

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: UNA REFORMA LEGISLATIVA PENDIENTE PARA LA NUEVA LEGISLATURA *

Antonio Fernández de Buján

Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid
Vocal de la Ponencia de Reforma de la Jurisdicción Voluntaria.
Comisión General de Codificación
antonio.bujan@uam.es

Resumen: *Es hora ya de que la Jurisdicción Voluntaria deje de ser un campo de experimentación del legislador. Estamos ante la oportunidad de modernizar la Justicia en esta materia y de hacerlo con voluntad de permanencia en el tiempo, desde una posición de consenso y de progreso, en una esfera del Ordenamiento de marcado carácter técnico-jurídico.*

Palabras clave: *Jurisdicción Voluntaria; autoridad jurisdiccional; Secretario del tribunal; Notario; Registrador.*

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

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

Índice: *1. Reforma legislativa pendiente: Libro III LEC 1881. Procedimientos Específicos. Iter Legislativo de la tramitación parlamentaria. 2. El nuevo perfil de la institución: 2.1. Concepto y Evolución Histórica. 2.2. Contenido. 2.3. Garantías del procedimiento. 2.4. Sanción constitucional. 3. Racionalizar. Desjudicializar. Redistribuir. Desregular. 4. Quince Propuestas de modificación respecto del texto normativo aprobado en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. 5. A modo de conclusión.*

1. REFORMA LEGISLATIVA PENDIENTE: LIBRO III LEC 1881. PROCEDIMIENTOS ESPECÍFICOS. ITER LEGISLATIVO DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

En el marco del Estado Constitucional de Derecho, una de las piezas que todavía queda por encajar en el organigrama de la Administración de Justicia

* El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación, del que el Autor es el Investigador Principal: «La Jurisdicción Voluntaria: Un Proyecto Legislativo pendiente de cumplimiento». Ministerio de Ciencia e Innovación. DER2008-06460-Co2-C1.

es la correspondiente a la Jurisdicción voluntaria. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del 2000, LEC, por la que se rige la jurisdicción contenciosa en los procesos civiles, establece en su Disposición Final decimoctava que: «En el plazo de un año, a contar de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre jurisdicción voluntaria». La reforma de la jurisdicción voluntaria fue asimismo prevista en el Pacto de Estado sobre la Justicia firmado por los dos partidos mayoritarios en España, el 28 de mayo del año 2001.

Por otra parte, en la afortunada y precisa Exposición de Motivos de la LEC se afirma, en el apartado quinto, que en cuanto a su contenido general, dicha ley «se configura con exclusión de la materia relativa a la jurisdicción voluntaria que, como en otros países, parece preferible regular en ley distinta». Especial significación tiene en este campo la Ley de Jurisdicción Voluntaria alemana (*Freiwillige Gerichtsbarkeit*) de 1898 que, con más de treinta reformas parciales, continúa en vigor.

Un primer paso importante en el cumplimiento del mandato legislativo pendiente de cumplimiento, tuvo lugar en diciembre del año 2002, al ponerse en marcha la maquinaria legislativa con la constitución, en el seno de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, máximo órgano asesor del Ministerio de Justicia en las tareas prelegislativas, de una Ponencia, presidida por D. José María de Prada y compuesta por siete miembros, que a lo largo de casi tres años de trabajo, elabora una propuesta normativa integrada por 306 artículos y 10 disposiciones complementarias - valoradas y tenidas muy en cuenta las observaciones formuladas por las Secciones de Derecho Civil y de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación -que asumida como Propuesta de Anteproyecto por el Ministerio de Justicia, es publicada en su Boletín Informativo en octubre del año 2005 «como texto preliminar de una nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, sin duda necesaria, por lo que se hace pública por su evidente interés para la comunidad jurídica, al objeto de propiciar su conocimiento y libre discusión», según se subraya en la Nota que antecede a la Memoria Explicativa y a la Exposición de Motivos. La ponderada propuesta de Anteproyecto elaborada por la Comisión General de Codificación gozó, de forma manifiesta, de una positiva acogida en la comunidad científica y por parte de los operadores jurídicos afectados, Jueces, Secretarios Judiciales, Notarios, Registradores, Abogados y Procuradores de los Tribunales.

A partir de este primer paso relevante del prelegislador, la propuesta de Anteproyecto de la Ponencia fue sometida a una revisión interna en el Ministerio de Justicia, fruto de la cual fue el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción

Voluntaria, aprobado en Consejo de Ministros de 2 de junio de 2006. El veinte de octubre del año 2006, el Consejo de Ministros aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona, en materia civil y mercantil, que reprodujo, con escasas modificaciones, el texto del Anteproyecto de Ley de junio de 2006, y si bien introdujo mejoras en determinados aspectos contemplados en el Anteproyecto de la Ponencia, cambió la concepción de la JV, al administrativizar el procedimiento judicial en la terminología y en el contenido y establecer una artificiosa equiparación, entre procedimientos de diferente naturaleza, como son el judicial y el administrativo notarial y registral, lo que se materializó en la supresión de la contradicción, de los recursos y de la asistencia técnica en los procedimientos judiciales.

La desafortunada, a mi juicio, previsión que implicaba un estéril reduccionismo de la JV al ámbito negocial y administrativo, fue por fortuna corregida en trámite de enmiendas en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, que procedió a la recuperación de las connotaciones jurisdiccionales del procedimiento judicial de JV, y a una distinta regulación de los procedimientos judicial y administrativo de JV, en atención a su diferente naturaleza jurídica, y a las reglas de funcionamiento y principios informadores propios de su conformación en el Ordenamiento Jurídico. En trámite de enmiendas se presentó un total de 323 al articulado del Proyecto.

El 27 de junio de 2007, fue aprobado en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, con Competencia Legislativa Plena, el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, antes denominado Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona en materia civil y mercantil, con un contenido de 229 artículos y 17 disposiciones complementarias, el 24 de julio, el texto legislativo, entró en el Senado, en cuya Comisión de Justicia los distintos Grupos Parlamentarios presentaron y debatieron un total de 239 enmiendas. Finalmente, el 24 de octubre de 2007, día en el que iba a ser votado en el Pleno del Senado, el Gobierno procedió a retirar el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En tanto no se apruebe una Ley de Jurisdicción Voluntaria, continúa vigente, con determinadas excepciones, conforme se establece en la disposición derogatoria única, apartados 1 y 2 de la nueva LEC, la regulación contenida en el libro III de la LEC 1881, relativa a la Jurisdicción Voluntaria, así como la correspondiente a la conciliación y a la declaración de herederos abintestato. En contraposición, sin embargo, con la mencionada previsión legal, con la conciliación ha pasado lo que sucedió con las diligencias preliminares, que siendo

ambas instituciones propias de la jurisdicción voluntaria han sido reguladas en sedes de naturaleza heterogénea. Así, la conciliación en la reciente Ley de Reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, y las diligencias preliminares en la Ley de Enjuiciamiento Civil, reguladora de la jurisdicción contenciosa¹.

Conviene señalar, por otra parte, que si bien un amplio número de los supuestos de jurisdicción voluntaria judicial se contienen en el libro III de la LEC, otros muchos en los que está prevista la intervención del juez o se incluyen en el marco de la denominada jurisdicción voluntaria notarial o registral, se regulan en textos legislativos diversos, como el Código Civil, el Código de Comercio, la Legislación hipotecaria, o la Ley y el Reglamento del Registro Civil.

En los últimos años, se ha generado, en un marco de expansión de la institución, una inflación de procedimientos específicos, sin que exista proceso contemplados en leyes civiles o mercantiles, que no siempre resultan justificados en su especificidad, pero que en buena medida se amparan en la ausencia de un procedimiento global de jurisdicción voluntaria en el libro III de la LEC. . Cabría citar, entre otros textos, en los que se regulan actos de jurisdicción voluntaria, las siguientes disposiciones legislativas: ley 30/1979, de 27 de diciembre, en materia de trasplantes de órganos; Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre Contrato de seguro, a propósito de nombramiento de tercer perito; ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio; Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre nulidad, separación y divorcio; Ley 1/1982, de 5 de mayo sobre derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, en relación con los menores; ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre tutela y curatela; Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque; Ley Foral de Navarra 5/1987, de 1 de abril, sobre autorización judicial para enajenar o gravar bienes fideicomisarios; Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de acogimiento y adopción; Ley 22/1987, de 11 de noviembre, en materia de Propiedad Intelectual, en supuestos de discrepancias sobre remuneración equitativa del autor, divulgación de la obra, subsanación de omisiones, reanudación de explotación de obra etc., que requieran autoriza-

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

ción judicial; Ley de la Generalitat de Cataluña, 40/1991, de 30 de diciembre, reguladora del Código de Sucesiones por causa de muerte, sobre autorización judicial en materia de conmutación o conversión del modo que grava una institución de heredero o de legado; Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor; Ley de la Generalitat de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, reguladora del Código de Familia, en materia de idoneidad para la adopción; Ley de la Generalitat de Cataluña, 18/2002, de 5 de julio, en materia de cooperativas, Ley 9/2000, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores; Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección patrimonial de las personas con discapacidad, etc...

2. EL NUEVO PERFIL DE LA INSTITUCIÓN

2.1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La Jurisdicción Voluntaria, JV en adelante, ha sido descrita o calificada por la doctrina y la jurisprudencia con los más variados epítetos: misteriosa, heterogénea, fascinante, atormentada, insistente, machacona y dando respuesta a problemas concretos, repudiada por todos y sin sede científica propia, enojosa, difícil y de poco lucimiento, uno de los más atormentados problemas de la ciencia jurídica europea, la gran olvidada y por qué no decirlo, la gran ignorada, autoritaria, inquisitiva y paradigmática por su brevedad y economía procesal pero, en la práctica, salvo valiosas excepciones, ha suscitado escaso interés en la doctrina científica y en el desarrollo argumental de la doctrina jurisprudencial, si nos atenemos a la relevancia de la parcela imprescindible de la realidad social que constituye su campo de aplicación².

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

En el último decenio, la previsión legislativa referida a la jurisdicción voluntaria ha estimulado la producción doctrinal. Vid. al respecto, entre otros estudios, en Fernández de Buján, A., *Jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2001; Id. *Hacia una Teoría General de La Jurisdicción Voluntaria I*, Iustel, Madrid 2007; Id. *Hacia una Teoría General de la Jurisdicción Voluntaria II*, Iustel, Madrid 2008; Id. *La Oficina Judicial y la Jurisdicción Voluntaria: dos reformas procesales a debate en el panorama legislativo español*, Estudios en Homenaje al Profesor Elías Díaz, RJUAM, Revista Jurídica de la UAM, 2009, y

Frente a posiciones maximalistas del tipo «la jurisdicción voluntaria podría ser eliminada de cualquier Ordenamiento Jurídico» o la de «las necesidades negociales y el tráfico jurídico, justifican la aplicación del procedimiento voluntario a supuestos de lesión de derechos o intereses legítimos», se impone una posición realista, en la que sitúan las más modernas corrientes de la ciencia procesal, partidarias de regular, sin quiebra de las garantías esenciales del proceso, y sin desnaturalizar el marco que le es propio, una parcela imprescindible de la realidad social, en constante expansión, fruto del nuevo perfil de la jurisdicción voluntaria, que ha evolucionado desde la originaria tutela de relaciones jurídico privadas, a la actual protección de derechos indisponibles, intereses generales, públicos o sociales, así como a la resolución de conflictos de intereses considerados de relevancia menor.

No debería, finalmente, extenderse artificiosamente el campo de la jurisdicción voluntaria fuera de su propio ámbito, por meras razones de economía procesal, lo que se produciría si se tramitasen por la vía del procedimiento voluntario supuestos de tutela de derechos o intereses lesionados o supuestos de conflicto relevante. No se puede establecer una jurisdicción voluntaria contra natura por un simple deseo de celeridad. Una cosa es que se facilite la transacción, y el compromiso, y otra es que se desnaturalice en un procedimiento voluntario, el conocimiento de supuestos en los que lo que subyace es la tradicional lucha por el derecho.

Sería deseable, en todo caso que, se valorase la creación, en el futuro, de juzgados que tuviesen atribuida la competencia en exclusiva en esta materia, tal como sucedía en la Edad Media, con los *iudices chartularii*, ante los que, en atención a su especialización judicial, se desarrollaba, con carácter exclusivo, la ficción procesal que encubría el negocio de jurisdicción voluntaria. En los pasados decenios en torno a un 10% de los asuntos conocidos en los juzgados civiles se corresponden con procedimientos de jurisdicción voluntaria.

No es la jurisdicción voluntaria una simple expresión nominal que, utilizada por el legislador como campo de experimentación o mero catalizador de procedimientos heterogéneos, carezca de justificación racional, ni de fundamen-

en: Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: Problemas actuales de la Jurisdicción, T.II, pp. 1462-1477. Fecha: 2010; Id. El necesario debate sobre el nuevo modelo de Oficina Judicial, Número especial de La Ley sobre la Oficina Judicial. N. 7.191, de 8 de junio de 2009, pp. 8-11; De Prada González, En torno a la futura ley de jurisdicción voluntaria, en El Notario del Siglo XXI, diciembre 2005; Rodríguez Adrados, El anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2006; Seoane Cacharrón, Breve examen crítico del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2006, La Ley, 28-9-2006.

tación histórica. Muy por el contrario, ya en Derecho Romano, existió el sustrato social y la realidad jurídica, de lo que por primera vez, en la historia de la ciencia jurídica europea, un jurista romano, del siglo III d.C., llamado Marciano, en su obra *Instituciones*, con posterioridad recogida en el *Digesto* de Justiniano, denomina jurisdicción voluntaria, «*iurisdictio* voluntaria». Asimiladas en la época clásica romana a la jurisdicción voluntaria determinadas actuaciones formalizadas ante los funcionarios encargados de los Archivos o Registros Públicos y ante los Notarios o Tabeliones, es en la Edad Media cuando se atribuye ya a los Notarios competencias específicas en materia de jurisdicción voluntaria, primero como profesionales adscritos a los tribunales y con posterioridad como titulares de los juzgados, *iudices chartularii*, con competencia específica para conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria, ante los que se desarrollaba la ficción procesal que encubría el negocio de jurisdicción voluntaria, en una primera etapa, superada la cual se procedía a la formalización del procedimiento de jurisdicción voluntaria, tramitado fuera ya del marco del proceso contencioso .

La expresión JV se trasmite en la Edad Media, a través de los glosadores y comentaristas al Derecho Común, y de éste pasa a los códigos modernos y a las legislaciones de los distintos países europeos.

La denominación de Jurisdicción Voluntaria tiene por tanto una fundamentación histórica derivada de su utilización sin intervalos durante casi veinte siglos, y la reforma de la Justicia no debe ni puede prescindir de la historia, en afortunada expresión de la EM de la LEC , a lo que hade añadirse el valor derivado del arraigo de una terminología utilizada de forma usual en el lenguaje común, en el de los operadores jurídicos y en la tradición jurisprudencial, así como la inutilidad de los esfuerzos doctrinales y legales realizados en otras latitudes para encontrar una expresión comprensiva del fenómeno que nos ocupa³.

Así, denominaciones como proceso no contencioso o procedimiento en Cámara de Consejo se han revelado como insatisfactorias, y no han logrado sustituir en los propios países en que se han introducido a la denominación clásica que ha seguido presente en las aportaciones científicas y, en ocasiones, de forma casi freudiana, en el propio texto de la ley⁴. Jurisdicción contencio-

³ Sobre la consideración del Derecho como producto histórico, vid. en Fernández de Buján, A., *Derecho Público Romano*; 14ª ed., Iustel 2004; Id. *Jurisdicción Voluntaria en Derecho Romano*, Reus 3ª ed. 1999.

⁴ Art. 32, disp. Att. del Código Civil Italiano: «el ministerio público debe ser oído siempre en los procedimientos de jurisdicción voluntaria que tienen contenido patrimonial»; arts. 35 y 36 del D.P.R.,

sa y voluntaria, una vez desgajadas de ésta las artificiosas adherencias que no le son propias, constituyen esferas de la jurisdicción, que requieren una actividad de enjuiciamiento del órgano jurisdiccional, si bien en la jurisdicción voluntaria que se enmarca, en gran parte de su contenido, en el amplio campo del ejercicio pacífico de los derechos, y de ahí la justificación funcional de la denominación, no existen, en general, posiciones contrapuestas, a priori, de personas enfrentadas, salvo supuestos de conflictos de relevancia menor, mientras que en la jurisdicción contenciosa, lo normal es la existencia de una controversia entre los litigantes, aunque hay también procesos declarativos o constitutivos en los que no existe oposición. Se trata de auténticos procesos sin contradicción de voluntades, como por ejemplo sucede en los supuestos de las denominadas sentencias sin oposición.

2.2. CONTENIDO

Con la expresión jurisdicción voluntaria, en sentido estricto, se hace referencia a aquellos procedimientos en los que un particular solicita la intervención de un juez, o éste interviene de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal sin que exista una contienda relevante con otra persona, o una lesión de derecho subjetivo o interés legítimo.

Son, por ejemplo, supuestos de jurisdicción voluntaria –de entre los más de 200 pendientes de nueva regulación, racionalización y redistribución– la adopción de medidas relativas al traslado o retención ilícita de menores en actuaciones de sustracción internacional; la aprobación del reconocimiento de la filiación extramatrimonial; la protección patrimonial de las personas con discapacidad; la declaración de ausencia o fallecimiento de una persona; que se proceda al nombramiento de un tutor o que se autorice a éste la venta de un inmueble de su pupilo; la constitución de una adopción o de un acogimiento familiar; las autorizaciones relacionadas con el honor, la intimidad o la propia imagen del menor; la autorización para el trasplante de órganos de personas fallecidas; que se autorice la convocatoria de una junta general ordi-

5 de enero de 1967, n. 200, que regulan las funciones y competencias de los cónsules en materia de jurisdicción voluntaria; arts. 9, 66 y 67 de la reciente ley de 31 de mayo de 1995, reformadora del sistema italiano de derecho internacional privado, mediante los que se regulan las hipótesis en que subsiste la jurisdicción del juez italiano en materia de jurisdicción voluntaria, así como los presupuestos y la eficacia en Italia de los procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que intervienen jueces extranjeros. Vid. al respecto en Venturini, *Consideración sulla qualificazione dei procedimenti stranieri di giurisdizioni volontaria*, Rivista di Diritto Internazionale privato e procésale, 2003, pp. 813-910. En relación con el estudio histórico de la institución de la jurisdicción voluntaria vid., Fernández de Bujan, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3ª ed. 1999.

naria de sociedad anónima que no se hubiese convocado en el plazo legal; que se acuerden medidas de garantía en relación con la mala administración de los padres; que se disponga el depósito y venta de mercancías y equipajes en los casos en que el destinatario no abone el flete o el pasaje; la auditoría de las cuentas de los empresarios; el nombramiento de perito en el seguro de daños; que se autorice al capitán del buque, la venta de un cargamento, en peligro de avería, en el puerto de arribada y no en el de destino; la liquidación y distribución de una avería gruesa, en materia de derecho marítimo, o los supuestos de intervención judicial, sin que exista proceso, en relación con la restricción de derechos fundamentales.

Se incluyen asimismo dentro de la esfera de la jurisdicción voluntaria un conjunto de procedimientos dirigidos a la solución judicial de conflictos que el ordenamiento jurídico considera que no tienen entidad suficiente para ser dirimidos en un proceso contencioso, entre los que cabe señalar las controversias entre los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, o los desacuerdos entre los esposos en la gestión de los bienes comunes. Se trataría de supuestos en los que la urgencia o la conveniencia de eludir la excesiva dilación del juicio ordinario, justificaría la tutela simplificada, ágil y flexible del procedimiento voluntario, que cumpliría, en estos casos, el papel que correspondería a un especial procedimiento sumario contradictorio.

Son considerados finalmente procedimientos de jurisdicción voluntaria judicial otros supuestos en los que la intervención del juez queda reducida a la mera presencia, comprobación de hechos, calificación, autenticación o documentación del acto o relación jurídica, lo que supone una desnaturalización de lo que debe entenderse por potestad jurisdiccional, ni parece asimismo necesaria en éstos supuestos la actuación judicial en garantía de derechos, que con carácter compartido con otros poderes del Estado, se atribuye a los jueces y tribunales en el artículo 117.4 de la Constitución.

Sería pues deseable, en este ámbito de reflexión, y en atención a las enseñanzas de la experiencia histórica, la dogmática jurídica y la realidad social propia de esta esfera del Ordenamiento, deslindar entre aquellas competencias que deben continuar atribuidas al órgano jurisdiccional, por razón de su naturaleza jurídica, o bien debido a la consideración de los jueces como los operadores jurídicos que gozan de un mayor grado de independencia e imparcialidad en el ejercicio de su función, y aquellas otras competencias que, atribuidas en su momento –finales del siglo XIX– a los jueces, en atención a su prestigio, a la seguridad jurídica que producía su intervención, a la prevención o desconfianza frente a otros operadores jurídicos, o a razones de mera tra-

dición historicista, oportunidad, conveniencia o división del trabajo, podrían desjudicializarse, al desaparecer las razones de política legislativa que constituirían su fundamento, y atribuirse, en la parte correspondiente a disposiciones finales, a profesionales del derecho, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, a quienes corresponden con mayor propiedad el ejercicio de estas funciones, en atención a su propia naturaleza así como a su especialización y cualificación jurídicas. Se trataría con ello no tanto de evitar el colapso de la justicia contenciosa, sino sobre todo de sistematizar y redistribuir funciones, en aras de la racionalización del sistema y como demostración de confianza en la madurez de la sociedad civil.

La intervención de oficio del juez y del fiscal está prevista en supuestos de procedimientos de jurisdicción voluntaria que afectan a menores, incapacitados o desvalidos, en estrecha relación con los preceptos constitucionales (arts. 9.2 y 53.3 CE) referidos al Estado social, o bien a la condición y estado civil de las personas, o a intereses jurídico-públicos, generales o sociales.

2.3. GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO

La nueva concepción de la JV judicial debe caracterizarse por su sustancial aproximación a la jurisdicción contenciosa, en materia de garantías del procedimiento. La previsión legal contenida en el artículo del Proyecto de Ley del Gobierno conforme a la cual: « La comparecencia se sustanciará por los trámites del juicio verbal con las siguientes especialidades », supone la supresión de las particularidades previstas en materia de JV y una práctica equiparación en la regulación de ambas esferas de la jurisdicción. Así en materias como:

- Días y horas hábiles;
- Desaparición de la posibilidad de modificar de oficio las providencias y autos no definitivos, conforme al 1818 LEC, que suponía una desvirtuación de lo previsto en la LOPJ, arts. 18 y 267, que establecen el principio de que las resoluciones judiciales sólo quedarán sin efecto en virtud, en su caso, de los recursos previstos por las leyes;
- Reforzamiento del principio de igualdad de partes, en la medida en que se produce una atenuación o práctica desaparición, en algunos casos de JV, de la posición de solicitantes, interesados (es, decir personas con interés concurrente o complementario, de cualquier tipo, jurídico, económico, moral etc., con el del solicitante), contrainterésados (es decir, personas con interés divergente al expresado por el solicitante) y afectados, en relación con la audiencia, alegaciones, testimonios (por ej. de terceros no interesados a las

que el procedimiento no afecta, en sentido estricto, a sus intereses), pruebas (en contraposición a las actuales informaciones, acreditaciones y justificaciones), trámite de conclusiones, registro de la comparecencia en soporte apto para la reproducción del sonido y la imagen, plazo para subsanar los posibles defectos u omisiones en las solicitudes, asistencia técnica, justicia gratuita, recursos etc., así como en aquellos supuestos en que por análogas motivaciones, rige el principio de impulso de oficio en el proceso contencioso o en el procedimiento de JV.

- Previsión de la controversia y la oposición
- Plazos cortos y prorrogables. Asunción, con carácter general, del principio preclusivo.
- Previsión de subsanación de posibles defectos u omisiones en las solicitudes, conforme al art. 23.1.
- Supresión del régimen singular de la apelación en uno o dos efectos, ex arts. 1819 y 1820.
- Previsión de supletoriedad de la Ley Procesal Civil, conforme al art. 12: « La Ley de Enjuiciamiento Civil será de aplicación supletoria a los expedientes de Jurisdicción Voluntaria administrados por Jueces y Secretarios Judiciales en lo no previsto por esta Ley » .

Resultaría apropiado, asimismo, un reforzamiento de los principios dispositivo y de aportación de parte en el procedimiento voluntario, una atenuación del dirigismo judicial, que en consonancia con la libertad de forma y el carácter más potestativo de la actuación judicial en esta esfera de la jurisdicción, pueda poner en riesgo las fundamentales garantías inherentes a todo procedimiento, una limitación del principio de impulso de oficio a aquellos supuestos de derechos indisponibles o de interés general, públicos o sociales y una aproximación de las posiciones de solicitante, interesados y terceros, en especial en aquellos supuestos en los que el interesado exprese un interés contrario al manifestado por el promovente, es decir, en aquellos casos en que nos encontremos en presencia de lo que se denomina *contrainteresado* en la legislación italiana, no obstante lo cual, no se produce un *sobreseimiento* del expediente.

El carácter variable y fluido entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria, en atención a las decisiones contingentes de política legislativa ha sido por otra parte, una constante en la historia de ambas esferas de la jurisdicción, y así por ejemplo los alimentos provisionales y la incapacitación por locura, fueron en una primera época de vigencia de la LEC1881 expedientes de

jurisdicción voluntaria, siendo con posterioridad transvasados a la jurisdicción contenciosa. En la misma línea, el legislador de la Ley Procesal Civil del año 2000 ha incluido en su seno supuestos que con anterioridad se regulaban por el trámite voluntario, como el internamiento de personas incapaces por trastornos psíquicos o conforme al artículo 770 LEC, las pretensiones que se formulan al amparo del título IV, libro I del Código Civil, relativo al matrimonio, que se sustanciarán por los trámites del juicio verbal.

A la necesidad de regular la contradicción en el procedimiento de JV judicial, que constituía, a mi juicio, la deficiencia de mayor calado del texto legislativo presentado por el Gobierno, se refirieron todos los expertos que comparecieron en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, entre ellos el autor del presente estudio, los días 7 y 14 de mayo de 2007, a fin de asesorar sobre el contenido del Proyecto. Carece de sentido articular un procedimiento judicial garantista, como en efecto así se había hecho, en contraposición a la vigente previsión legal que adolecía de esta nota caracterizadora, entre otros aspectos, en materia probatoria y de audiencia, y aplicarlo tan sólo a menores e incapaces, como se preveía en el Proyecto del Gobierno. Resultaba asimismo artificioso optar por una concepción de la JV basada en la ausencia de conflictividad como elemento diferenciador con la jurisdicción contenciosa, conforme a un modelo ya superado en la vigente legislación sustantiva y procedimental, española y comunitaria, como así fue subrayado en los preceptivos dictámenes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal.

Lógicamente si se acude al órgano judicial, en numerosos supuestos de JV en los que no están afectados intereses de menores o incapacitados, es ante la falta de acuerdo entre los interesados. Así, por ejemplo, para proceder a la consignación de un objeto o de una cantidad de dinero; para fijar el plazo para el cumplimiento de una obligación; para obligar a exhibir la contabilidad de una empresa o a auditar las cuentas de un empresario; para convocar una junta o asamblea general; para nombrar un tercer perito en un contrato de seguro; para proceder a liquidar una avería gruesa, o para resolver las discrepancias surgidas en el contrato de fletamento, entre fletador, como titular de las mercancías transportadas y fletante, como porteador de éstas, por señalar sólo alguno de los muchos supuestos en los que la discordancia es manifiesta o está subyacente, es porque existe un problema sin resolver o una necesidad que atender del ciudadano que acude en ayuda del órgano judicial. En otras ocasiones, es el propio texto legal el que prevé que la oposición no hará contencioso el expediente, como así sucede en la presentación y averación del testamento ológrafo o del testamento cerrado, o en los supuestos de extravío,

sustracción o destrucción del conocimiento de embarque.

En materia de efectos de la controversia se volvió, en el curso de la tramitación parlamentaria, a la regulación prevista en el Anteproyecto de la Comisión de Codificación, lo que supone optar por hacer una Ley eficaz y que resuelva los problemas que se plantean cuando se acude a un operador jurídico para que incoe un procedimiento, dado que la opción por el archivo del expediente cuando se genere una controversia y la oposición consiguiente, traería consigo la ineficacia de la Ley y, en consecuencia, los ciudadanos dejarían de acudir a la JV. La razonable regulación de la oposición prevista en la Ponencia de la CGDC y asumida en el Congreso de los Diputados se contiene en el art. 7 conforme al cual: Salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por algún interesado en el asunto no hará contencioso el expediente ni impedirá la tramitación del mismo hasta su resolución, que surtirá los efectos que correspondan a tenor de su contenido en tanto no sea revocado o modificado en proceso declarativo promovido por persona legitimada». La fundamental enmienda sobre los efectos de la controversia, la n. 100, sin duda la esencial, a mi juicio, en el logro de una Ley de JV eficaz, fue presentada y defendida en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Mixto.

2.4. SANCIÓN CONSTITUCIONAL

En relación con la sanción constitucional de la JV me parece plenamente acertado el análisis razonamiento contenido en el Fundamento de Derecho sexto de la STS de 22 de mayo del año 2000 (Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 6ª), de la que fue Ponente el Magistrado Peces Morate: «.....El que se admita la existencia de actuaciones de jurisdicción voluntaria, atribuidas a órganos no judiciales, para los que tal denominación es harto discutible, no supone que cuando un juez o tribunal está llamado por Ley a definir un derecho o a velar por él, sin que exista contienda entre partes conocidas o determinadas(artículo 1811 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil) su actuación no debe estar revestida de las garantías propias de la jurisdicción..... No se puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria los jueces y tribunales no están ejerciendo funciones jurisdiccionales (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), con independencia de que ulteriormente quepa sobre lo mismo otro proceso contradictorio y, en consecuencia, esas potestades quedan amparadas por el artículo 117,3 de la Constitución, según el cual su ejercicio ha de hacerse con arreglo a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan. Las demás funciones, que el art. 117.4 CE permite que

una Ley atribuya a los jueces y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquéllas que, a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos e intereses legítimos, como en los supuestos (citados por los demandados) de participación de jueces o magistrados en los Jurados de Expropiación Forzosa o en la Administración Electoral, en que aquellos se incorporan a otras Administraciones del Estado por la garantía que su presencia en ellas confiere.....».

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

Reparar lesiones de derechos o intereses legítimos o su no reconocimiento y dirimir controversias relevantes, constituye el núcleo esencial de la potestad jurisdiccional, y otorgar tutela judicial efectiva fuera del marco proceso contencioso, en conflictos cuya entidad no requiere un juicio ordinario o en defensa de derechos o intereses legítimos de menores, incapaces, personas con discapacidad, derechos indisponibles o intereses generales, públicos o sociales, mediante una actividad de enjuiciamiento y en aplicación del derecho objetivo, con todos los principios y garantías procesales, forma parte asimismo, a mi juicio, del contenido de facultades atribuidas con carácter exclusivo a Juzgados y Tribunales por el art. 117.3 CE o, en determinados supuestos, en garantía de derechos por el artículo 117.4 CE. En todo caso, la JV judicial, se configura como parte integrante de la idea de Administración de Justicia, considerada como función con un contenido más amplio que el propio del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Hay determinados procedimientos que, a mi juicio, necesariamente deben permanecer en el ámbito de la reserva jurisdiccional, y ello, únicamente lo garantiza el 117.3. Así no parece razonable trasvasar, con el actual marco constitucional, a una titularidad distinta de la judicial, procedimientos relativos a la autorización judicial para esterilizar un incapaz, o para el tratamiento no voluntario de una persona con trastornos psíquicos o para una intromisión legítima en el honor, en la intimidad o en la propia imagen de un menor o incapacitado o para autorizar o aprobar el reconocimiento de la filiación no matrimonial de menores o incapaces o para el nombramiento o remoción de un tutor o curador o para autorizar la venta de un bien del patrimonio de una persona con discapacidad o para decidir sobre la custodia de los menores cuando los padres vivan separados o sobre la atribución a uno sólo de los con-

yuges de la facultad para realizar actos de administración o disposición de los bienes comunes. No parece, a mi juicio, razonable que en los señalados y en otros análogos supuestos de JV, quepa cuestionar que el Juez está realizando una actividad de enjuiciamiento propia de la potestad jurisdiccional, consistente en constituir, autorizar, habilitar o complementar la capacidad de una persona, tutelar un interés público o resolver un conflicto cuya relevancia no requiere, a juicio del legislador, que sea dirimido en un proceso contencioso, mediante un procedimiento contradictorio o de ejercicio pacífico del derecho, sustanciado con todas las garantías de la tutela judicial efectiva.

De modo que el legislador debe ser consciente que no parece acertado mantener que la fundamentación de la JV se asienta tan sólo en el párrafo 4 del art. 117 CE, dado que ellosupondría que en el futuro pudiese decidirseque alguno o todos los supuestos mencionados se atribuyesen a otros operadores jurídicos, que no podrían ser, por razones obvias, otros profesionales distintos a los Secretarios Judiciales, Notarios o Registradores. Parece pues razonable o bien incardinar los procedimientos de Jurisdicción Voluntaria atribuidos a los Jueces en los apartados 3 y 4 del artículo 117 de la CE, o bien obviar esta cuestión en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria.

En el sentido expresado, se ha pronunció, en su preceptivo Dictamen al Proyecto de Ley, el Consejo General del Poder Judicial: pag. 23: «sin la nota de la exclusividad del apartado 3 del art. 117, el problema queda reducido a una mera opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones.....» .

3. RACIONALIZAR, DESREGULAR, REDISTRIBUIR Y DESJUDICIALIZAR

El marco constitucional en el que se desenvuelve la tutela judicial , no supone, por otra parte ningún obstáculo en esta materia, para racionalizar el sistema, desregular los procedimientos obsoletos, de nula aplicación práctica o de escasa eficacia, manifestaciones de la actual discordancia entre lo legislado y la actual realidad social, redistribuir entre jueces y secretarios las competencias asignadas al órgano jurisdiccional y desjudicializar aquellos supuestos quepor su propia naturaleza jurídica, comprenden a otros profesionales del derecho, en especial notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, en atención a su especialización y a la competencia funcional que se les reconoce por el Ordenamiento Jurídico.

La necesidad de descargar de trabajo a los jueces, concentrar su actuación en tareas jurisdiccionales, redistribuir competencias y racionalizar el sistema en la Administración de Justicia, constituyó, por otra parte, el objeto de una Recomendación del Consejo de Europa, dirigida a los países miembros de fecha 16 de septiembre de 1986. La desjudicialización supondrá la reforma de la correspondiente legislación notarial, registral, funcional o la de otros agentes jurídicos, respecto de los que se produzca el traspaso de competencias, dado que parece procedente que en la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria se regulen tan sólo las competencias que se mantienen en la órbita judicial

En la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por Ley de 23-12-2003, artículos 438,3 y 5 y 456,3 y 4, se prevé, por su parte, la competencia de los Secretarios Judiciales, en los actos de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento se les atribuya en las futuras leyes procesales, lo que supone asimismo un reconocimiento expreso de la competencia de estos profesionales del derecho en este ámbito, en la línea con lo previsto en el art. 290 de la LOPJ de 1985, que ya les atribuía las propuestas de autos definitivos en materia de jurisdicción voluntaria .

Se descargaría con ello de competencias a los jueces, que se atribuirían a estos funcionarios del derecho, que integran el órgano jurisdiccional, al menos a partir de la LOPJ de 1985, conforme a la opinión de una parte de la doctrina procesalística, cualificados por su preparación jurídica y por su dominio de la técnica procesal, que se encuentran en el momento actual, al decir de la mayoría de los estudiosos que se han pronunciado sobre la cuestión, infrautilizados en el marco de la Administración de Justicia, no obstante, la relevancia de las funciones que se les atribuyen en el marco de la Administración de Justicia: dación de fe, dación de cuenta, ordenación procesal y determinadas competencias en el ámbito de la ejecución.

El procedimiento podría consistir en reconocerles competencia para dictar decretos motivados, con hechos, fundamentos de derecho y fallo, en los asuntos que se les atribuyan, decretos motivados que serían recurribles ante el Juez en primera instancia. La utilización del término decreto supondría, por otra parte, la recuperación de la denominación de la resolución «*decretum*», con la que el magistrado romano concluía el procedimiento de jurisdicción voluntaria, así como la armonización con la terminología utilizada en la legislación alemana -el *Rechtsfleger* alemán, equiparable al Secretario Judicial español, concluye el procedimiento de jurisdicción voluntaria, mediante un decreto motivado-, y en la legislación italiana. En los asuntos de jurisdicción voluntaria cuyo conocimiento se mantenga en la exclusiva competencia de los jueces,

podría atribuirse al secretario, la tramitación del expediente que debería en todo caso se estudiado y decidido por el juez en auto motivado.

Notarios y Registradores son al propio tiempo, profesionales privados del derecho y órganos de la Administración pública, titulares activos de las funciones públicas que les atribuye el Ordenamiento Jurídico, y responsables de las actuaciones desarrolladas en su ejercicio ante los órganos judiciales.

En relación con la atribución de competencias que, podrían ser transferidas al Notariado⁵, cabe señalar que se hace imprescindible un amplio reconocimiento y atribución al Notariado de competencias desjudicializadas en este sector del Ordenamiento, en atención a la doble condición de los Notarios, de titulares de una función pública al servicio de los intereses generales, y de profesionales privados del derecho, lo que supondrá, por otra parte, la recuperación de un protagonismo en un ámbito, que ya les había sido reconocido por la historia, en atención al desempeño de funciones de autenticación, notificación, documentación, acreditación y ciertos supuestos de homologación y de fe pública extrajudicial, mera presencia o comprobación de hechos y garantía de derechos, en consonancia con la seguridad jurídica preventiva y la finalidad antilitigiosa de la actividad notarial, y que han hecho que el Notario actual, en palabras de Rodríguez Adrados, «no sea un mero fedatario público, sino que realiza un juicio de legalidad del acto en que interviene, cuidando que no sea contrario a las leyes ordinarias y a los presupuestos constitucionales, al propio tiempo que debe realizar un juicio de asesoramiento de los intervinientes».

La función notarial se ejerce, por otra parte, de forma independiente e imparcial, sin sometimiento a ordenación jerárquica, y su actuación, incluso en su función de dar fe pública, está sometida al control judicial. No constituye la actividad notarial un servicio público en su concepción administrativa, aunque si supone el ejercicio de un servicio público en cuanto a su función certificante y autorizante, en la medida en que se trata de una delegación parcial de la soberanía del Estado, que controla su recto ejercicio. Así, entre otros muchos procedimientos relativos a derechos reales, obligaciones, herencia, o derecho marítimo, cuya competencia se podría atribuir al Notariado, cabría señalar la matriculación mediante acta de notoriedad, la supresión de la intervención

⁵ Vid en este sentido Rodríguez Adrados, *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*, RDN, XLI-XLII, jul-dcb. 1963, pp 71-183; Id., *Formación del instrumento público, validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado*, RDN, XCVII-XCVIII, jul-dcb 1977, pp. 109-38; Id., *La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública*, Madrid, 1996, pp. 177 ss.

judicial homologadora de la decisión del Notario, en los supuestos de actas notariales de notoriedad para reanudar el tracto sucesivo o registrar los excesos de cabida, por suponer una desnaturalización de la actividad notarial y una inapropiada desconfianza de su actuación, el reconocimiento de la intervención notarial en los casos de declaración de herederos a favor de parientes colaterales, la consignación de deudas dinerarias, las subastas voluntarias, la protesta de averías o el inventario de bienes .

No voy a entrar tampoco en este estudio, en el examen detallado de los procedimientos que, a mi juicio, especialmente en el campo del derecho de cosas y en el del tráfico mercantil de sociedades, cabría atribuir en esta materia, al otro relevante Cuerpo de Profesionales del Derecho, el de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, que en cuanto órganos de las Administración, que ejercen una potestad pública, a través del procedimiento registral, podrían asumir todos aquellos procedimientos que incardinados de manera especial, aunque no exclusiva, en el marco de los derechos reales, como la anotación preventiva del crédito refraccionario, o la rectificación de errores en los Asientos del Registro de la Propiedad y en el ámbito del derecho societario, como la convocatoria de juntas generales de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, o asambleas generales de cooperativas en determinados supuestos, o el nombramiento de interventores, liquidadores o auditores en situaciones concretas, tengan clara vocación registral.

Baste decir que, tanto en materia civil como en mercantil determinados procedimientos que se desjudicialicen pueden ser atribuidos con idéntica eficacia tanto a Notarios como a Registradores, que en los supuestos desjudicializados debe suprimirse toda huella procesal y de manifestación de imperio, y que es en sede de disposiciones finales de la futura Ley Jurisdicción Voluntaria, donde deben incluirse los supuestos que salen de la órbita judicial y en sede de la legislación hipotecaria, notarial y registral, donde debe residenciarse la regulación correspondiente.

Cabe afirmar, en definitiva, en relación con este punto, que el reconocimiento de potestad decisoria a los Secretarios Judiciales en el ámbito de la JV, como reconocidos expertos en derecho procesal, y a su configuración como Cuerpo superior jurídico y único, de carácter nacional, al Servicio de la Administración de Justicia, y la amplia desjudicialización de competencias y su atribución a Notarios y Registradores, como profesionales de acreditada solvencia jurídica y titulares de un servicio público que ejercen por delegación del Estado, supone a una racionalización del sistema, una descarga de trabajo para los Jueces y una lógica ratificación de confianza en la idoneidad de estos

operadores jurídicos en el desempeño de esta función, así como en la madurez de la sociedad civil.

4. QUINCE PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN RESPECTO DEL TEXTO NORMATIVO APROBADO EN LA COMISIÓN DE JUSTICIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Todos los Grupos Parlamentarios manifestaron en las intervenciones de sus Portavoces en la Comisión de Justicia del Congreso, su voluntad de consenso, de diálogo y de aprovechar las sesiones de obligada tramitación en el Senado, para corregir las disfunciones y mejorar el texto legal en el Senado, lo que sólo en parte fue posible, debido que el Gobierno procedió a retirar el Proyecto de Ley en octubre de 2007, el mismo día en que iba a ser votado en el Pleno del Senado. En esta línea de voluntad de mejora del Texto del Proyecto, retirado por el Gobierno, y que deberá ser presentado por el nuevo Ejecutivo que resulte de las Elecciones en la próxima Legislatura, cabe enmarcar las observaciones que se expresan en las páginas que siguen.

- 1) La Exposición de Motivos del Proyecto debe ser revisada con a fin de coherencia su contenido con las reformas introducidas en las enmiendas votadas de forma favorable en la Comisión de Justicia del Congreso, en especial las referencias a los aspectos fundamentales que afectan a la concepción y filosofía de la JV, como son la posibilidad de controversia y oposición, la articulación de los recursos y la preceptividad de la asistencia técnica y representación procesal, con lo que ello supone de reforzamiento de las garantías y de la jurisdiccionalidad del procedimiento judicial y de cuestionamiento de la excesiva administrativación de la institución .
- 2) Los procedimientos atribuidos a los Jueces en materia de condición y estado civil de la persona y derecho de familia implican reserva judicial, es decir, el ciudadano no puede acudir a otro operador jurídico que no sea el Juez, pero no reserva jurisdiccional. En relación con este punto cabe señalar, a mi juicio, la afirmación contenida en la exposición de motivos, apartado tercero, conforme a la cual, «tal y como aparece concebida en la presente ley la jurisdicción voluntaria encuentra su amparo en el artículo 117.4 de la Constitución.....», supone a mi juicio una toma de postura doctrinaria en una cuestión sometida a debate en la doctrina europea, así como contrario a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuya sentencia de la Sala Tercera de 22 de mayo del año 2000, dice textualmente: "no se

puede afirmar que en la denominada jurisdicción voluntaria, los jueces y tribunales no estén ejerciendo potestades jurisdiccionales, con independencia de que anteriormente que pasó lo mismo, otro proceso contradictorio y en consecuencia, estas potestades quedan amparadas por el artículo 117.3 de la Constitución, las demás funciones –continúa diciendo el Tribunal Supremo– que el artículo 117.4 permite que la ley atribuya a juzgados y tribunales en garantía de cualquier derecho, son aquellas que a diferencia de las denominadas de jurisdicción voluntaria, no comportan protección jurisdiccional de derechos o intereses legítimos como en los supuestos de participación de los jueces en jurados de administración forzosa o en la administración electoral". Al debate doctrinal sobre la JV se refirió el Fiscal del TS en su intervención, previa a la aprobación de la enmienda que reintrodujo la posibilidad de oposición, en los siguientes términos: «...hay una polémica doctrinal fuerte –sobre– si la JV está incardinada en el 117.3 o en el 117.4. En puridad se podría decir que la contradicción, en cuanto que se va a resolver contradictoriamente, entraría ya en el conflicto y estaríamos más hablando de proceso y más del 117.3.....»

Por otra parte, la exclusión de la jurisdicción voluntaria del núcleo esencial indisponible y excluyente de funciones que conforman la potestad jurisdiccional de los jueces previsto en el 117.3 y su inclusión en las funciones de los jueces en garantía de derechos conforme al 117.4, respecto de los que no existe una reserva de jurisdicción, comportaría la posibilidad de traspaso en un futuro de las funciones relativas a menores, incapacitados, discapacitados, desvalidos, derechos indisponibles, supuestos atinentes a intereses públicos, restricción de derechos fundamentales, etc. a otros operadores jurídicos que en un momento determinado fueran considerados más idóneos, lo que, a mi juicio, resulta inasumible en el actual marco constitucional, en atención a la naturaleza de los intereses que están en juego y a la necesidad de que su conocimiento y resolución se atribuya al operador jurídico que goza de un mayor grado de independencia e imparcialidad, en su estatuto jurídico, en el marco de la Administración del Estado. Lo que sí cabría afirmar es que las competencias atribuidas a los jueces en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, se incluyen, dependiendo de la materia, en los párrafos tercero o cuarto del art. 117.

Parece razonable que algunas de las competencias que actualmente se atribuyen a los jueces, puedan trasvasarse a otros operadores jurídicos en el futuro, por ej. la declaración de ausencia y fallecimiento a los Secretarios Judiciales pero, a mi juicio, hay determinadas competencias respecto de las

que no cabe pensar, con el actual marco constitucional, en una titularidad distinta de la judicial, así por ejemplo respecto a la autorización judicial para esterilizar un incapaz, o para el tratamiento no voluntario de una persona con trastornos psíquicos o para una intromisión legítima en el honor, en la intimidad o en la propia imagen de un menor o incapacitado o para autorizar o aprobar el reconocimiento de la filiación no matrimonial de menores o incapaces o para el nombramiento o remoción de un tutor o curador o para autorizar la venta de un bien del patrimonio de una persona con discapacidad o para decidir sobre la custodia de los menores cuando los padres vivan separados o sobre la atribución a uno sólo de los cónyuges de la facultad para realizar actos de administración o disposición de los bienes comunes. No parece, a mi juicio, razonable que en los señalados y en otros análogos supuestos de JV, quepa cuestionar que el Juez está realizando una actividad de enjuiciamiento propia de la potestad jurisdiccional, consistente en constituir, autorizar, habilitar o complementar la capacidad de una persona, tutelar un interés público o resolver un conflicto cuya relevancia no requiere, a juicio del legislador, que sea dirimido en un proceso contencioso, mediante un procedimiento contradictorio o de ejercicio pacífico del derecho, sustanciado con todas las garantías de la tutela judicial efectiva.

Es decir, hay determinados aspectos que, a mi juicio, necesariamente deben permanecer en el ámbito de la reserva jurisdiccional, y ello, únicamente lo garantiza el 117.3. De modo que el legislador debe ser consciente que si mantiene que la fundamentación de la JV se asienta tan sólo en el párrafo 4 del art. 117 CE, cabría que en el futuro se decidiese que alguno o todos los supuestos mencionados se atribuyesen a otros operadores jurídicos, que en el marco de la JV serían Secretarios Judiciales, Notarios o Registradores.

En el sentido expresado, se ha pronunciado, en su preceptivo Dictamen, el Consejo General del Poder Judicial: pag. 23: «sin la nota de la exclusividad del apartado 3 del art. 117, el problema queda reducido a una mera opción del legislador, que podrá sustraer a la intervención judicial lo que constituyen manifestaciones de carácter constitutivo negocial, autorizaciones, aprobaciones u homologaciones.....» y Conclusión segunda, pág. 84: «Al considerar que la intervención judicial en los procedimientos de JV no reviste la nota de exclusividad, al tener encaje constitucional en el apdo. 4 del art. 117.....». En el texto del Anteproyecto elaborado en la Comisión de Codificación, se afirmaba que las competencias judiciales de JV quedaban amparadas por los párrafos tercero y cuarto del artículo 117 de la

Constitución.

En definitiva, parece evidente, a mi juicio, que la fundamentación constitucional de la JV, conforme a la fundamentalSTS de 22 de mayo de 2000, que se refiere la JV de competencia judicial, deberesidenciase o en el párrafo 3º del art. 117, o en los párrafos 3º y 4º del art. 117 de la CE, o quizáincluso podría resultar más prudente, que no se hiciese referenciaa la naturaleza jurídica de la JV, en una sede, como la Exposición de Motivos, que no parece la más apropiada para este menester, con el agravante, a mayor abundamiento, de tratarse de una cuestión sometida a debate en la doctrina europea, sin que exista una posición mayoritaria al respecto.

Cabe afirmar, para concluir este punto, que el procedimiento de JV de competencia judicial, para la protección de derechos e intereses legítimos, requiere una labor de enjuiciamiento por parte del Juez equiparable a la propia de la jurisdicción contenciosa, y una tramitación en la que han de respetarse los principios y garantías inherentes a toda actuación judicial, que debe concluir mediante una resolución judicial de fondo, mediante la que el Juez se pronuncie sobre la cuestión planteada en el curso del expediente, a fin de que el ciudadano obtenga la tutela judicial efectiva en el ejercicio de suderecho o interés legítimo. En definitiva, la pérdida de garantías supone, también en el ámbito de los procedimientos de JV, un menoscabo en la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de los justiciables. Cabe señalarasimismo que , al igual que sucede en el marco de la jurisdicción contenciosa, el ciudadano puede plantear una cuestión de constitucionalidad sobre el procedimiento de JV en su conjunto o sobre alguno de los preceptos específicos de su normativa.

- 3) El mantenimiento de las expresiones «administradores del expediente» y «administración y gestión del expediente», podrían resultar apropiadas en referencia a la función propia de los Notarios y de los Registradores, pero aplicadas a Jueces y Secretarios Judiciales, obedece a una concepción administrativista de la JV que ha quedado por fortuna superada en el texto aprobado en sede de la Comisión de Justicia, por lo que sería deseable su sustitución por las expresiones: «operadores jurídicos competentes» y «tramitación del expediente», en atención a su mayor tecnicismo y a su utilización usual en el lenguaje legislativo, así como en el propio de la doctrina y la jurisprudencia Se daría también con ello un paso adelante en el desideratum expresado en las líneas que cierran el Texto de la Exposición de Motivos de la Ley: «Quizá esta Leyconstituya el punto de partida para la elaboración de una dogmática y una teoría general de la jurisdicción volun-

taria, con principios informadores y reglas de procedimiento, que la incardine de forma definitiva en el campo de la ciencia procesal y la aleje de la mera técnica procedimental».

La denominación de forma indistinta a todos los titulares con competencia en la materia, supone una inadecuada administrativación terminológica de la JV, que sólo produce confusión, al poner en el mismo plano a operadores jurídicos que no lo están en el marco del Ordenamiento, ni por la naturaleza jurídica de sus actuaciones, ni por el grado de independencia e imparcialidad de cada uno de ellos, en relación con los ciudadanos y con los otros órganos del Estado. En este sentido se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial en las págs. 34 y 35 de su Informe: «El Anteproyecto denomina "administrador del expediente" a las autoridades o funcionarios a los que la ley, ésta u otra, designe para conocer y resolver los expedientes de JV (art. 2.1), denominación que por ir asociada a la idea de gestión, se considera inadecuada, como se ha indicado, tanto referida a la actividad que se realiza, como, en particular, a la función judicial», y pág. 20: «Lo que el Anteproyecto denomina administradores del expediente- parece que intentando encontrar una denominación genérica a todos ellos- constituye una denominación poco afortunada dado que los procedimientos de JV no son, en puridad, susceptibles de administración sino de tramitación y resolución.....».

- 4) En relación asimismo con la terminología cabe señalar que en materia de JV, en estricta técnica jurídica, la más adecuada, a mi juicio, se corresponde con la utilización de los vocablos acto, procedimiento y expediente. En puridad, previsto en la legislación sustantiva un acto de JV, y atribuida su titularidad a un Juez, Secretario Judicial, Notario o Registrador, se requiere, para la realización del derecho subjetivo o interés legítimo que constituya su objeto, que se incoe un procedimiento a solicitud de persona legitimada o, en su caso, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, si se trata de un procedimiento judicial, en el curso del cual se procederá a la tramitación de un expediente. La utilización abusiva en el Proyecto de Ley, del término expediente, con un carácter totalizador, que abarca de forma indistinta la perspectiva material y la procedimental, constituye un inapropiado reduccionismo lingüístico.
- 5) La coherencia conceptual exige que desde el propio artículo primero, en el que se atisba una especie de definición legal de JV, se prevea que la discordancia, previa entre los intervinientes o suscitada en la tramitación, se ventile en el propio curso del expediente, salvo que la ley disponga lo con-

trario. La reflexión expuesta, que pretende ser un ejercicio de realismo y de coherencia entre lo establecido en el art. 1 y lo previsto en el art. 7, a propósito de los efectos de la controversia, fue asimismo esgrimida por varios de los portavoces de los grupos parlamentarios, en el debate en la Comisión. Creo que una posible redacción del apartado 2º del art. 1 podría ser la siguiente: «Se considerarán procedimientos de jurisdicción voluntaria, todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención de un Juez, Secretario Judicial, Notario o Registrador, sin estar empeñada o promoverse contienda relevante alguna entre los interesados, sin perjuicio de que en ellos pueda suscitarse oposición, conforme a lo regulado en esta Ley».

- 6) En relación con la legitimación, art. 3, habría que prever que el procedimiento pudiese ser incoado de oficio, como así está contemplado en los procedimientos que afecten a menores o incapaces -aunque el impulso de oficio debería preverse, con carácter general, en todos los procedimientos con reserva judicial, en atención a la relevancia de su contenido, así en un procedimiento de declaración de ausencia o fallecimiento o de extracción de órganos-, o a instancia del Ministerio Fiscal, como sucede en múltiples supuestos. En el sentido apuntado se manifiesta el Dictamen del Consejo Fiscal, en el comentario de las Disposiciones Comunes «.....sería conveniente incluir entre los sujetos legitimados al Ministerio Fiscal ya que, en ocasiones, el ordenamiento le encomienda la obligación de promover el expediente como, por ejemplo, en materia de tutela, ausencia o protección del patrimonio de las personas con discapacidad».
- 7) En relación con la litispendencia (identidad de objetos) referida a procedimientos sustanciados ante operadores jurídicos de diferente naturaleza, se produce un discutible cambio de regulación en relación con la previsión del Proyecto de otorgar prioridad al expediente que se hubiera iniciado con carácter previo, al establecer en el art. 2.2 que: «Cuando se tramiten simultáneamente ante administradores de diferente naturaleza dos o más expedientes con idéntico objeto y sujetos, proseguirá la tramitación del iniciado ante la Administración de Justicia, y se acordará el archivo de los otros expedientes incoados».
- 8) En el Capítulo I relativo a Disposiciones Comunes se añade un apartado, el 3º, al artículo 5, rubricado como Medios de prueba, en el que se prevé el impulso de oficio por parte del Juez en los procedimientos relativos a menores o incapaces, al efecto de «ordenar la práctica de cuantas diligencias y actuaciones se estimen oportunas para asegurarse de la procedencia de lo solicitado o de cualquier extremo útil para la resolución del expediente», si

bien cabe señalar que:

- a) Ya se contiene en la regulación del Procedimiento Común a Jueces y Secretarios, un texto, art. 22.5, con análogo contenido,
 - b) El impulso de oficio debiera preverse también en aquellos supuestos en los que la resolución del expediente afecte a menores o incapaces, aunque éste no sea de titularidad judicial, por ej. cuando en un expediente de dominio resulten afectados intereses de menores, incapaces o ausentes, tal y como se prevé en el art. 113.4.
 - c) El impulso de oficio, debiera preverse, con carácter general, en todos los procedimientos con reserva judicial, en atención a la relevancia de su contenido, así en un procedimiento de declaración de ausencia o fallecimiento o de extracción de órganos.
- 9) En materia de días y horas hábiles, se vuelve a la previsión realizada en el art. 9 del texto del Anteproyecto de la Comisión de Codificación, que se atiene a lo previsto al efecto en la jurisdicción contenciosa, si bien, a mi juicio, debiera incorporarse una cláusula de estilo del tipo «salvo que la ley disponga lo contrario», en atención a que el propio texto del Proyecto prevé la habilidad de todos los días y horas en materia de Derecho marítimo, art. 173, así como establece en el art. 13.1 que «Fuera de las horas de audiencia del Juez encargado del Registro Civil, y siempre que la urgencia del asunto lo requiera, le sustituirá el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia». Cabría pues en materia de habilidad, volver al régimen general del art. 1812 de la LEC, cuando estén en juego intereses de menores o incapaces, que no deberían ser objeto de una régimen menos privilegiado que el que se otorga al Derecho Marítimo, o al menos preverse el régimen general de todos los días y horas hábiles en determinados supuestos como: la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional, respecto del que si se dispone la preferencia en la tramitación del procedimiento, art. 68; la autorización para la intromisión legítima en el honor, intimidad o propia imagen del menor o incapacitado, arts. 78 y 79, o los casos de discordancia en el ejercicio de la patria potestad, que pueden afectar por ej. a la potestad de guarda o a la realización o no de una operación o de una transfusión de sangre, al menor o incapaz, arts. 100 ss.
- 10) En materia de recursos cabe señalar que el reforzamiento del principio de audiencia, de oficio o a instancia de los interesados, implica la posibilidad de que se produzca discordia, discrepancia, contraposición, controversia, contradicción, en suma, entre los intervinientes, y que una vez tramitada y

resuelta la contradicción, el recurso contra la resolución, es decir, la doble instancia, parece inherente al procedimiento judicial. La no admisión de los recursos tiene sentido en un procedimiento sin contradicción, de ejercicio pacífico de los derechos, pero supone un menoscabo de la seguridad jurídica y de la tutela judicial efectiva, en un procedimiento en el que se admite la posibilidad de controversia y oposición, salvo que la ley disponga lo contrario.

Como fue subrayado por el Decano del Colegio de Abogados de Madrid en su intervención «...Un diseño que dice que lo nuclear es el verbal tiene contradicción.....y si no hay recursos es algo a corregir. El recurso no es un elemento de dilación, se interpone dentro de plazo o no existe, y lo que tarda es la resolución y no el recurso.... Así que si conseguimos que el recurso en esta materia se haga pronto por quien lo tiene que hacer, ya no hay dilación y ahorraría el pleito principal en muchas ocasiones. Además si el recurso se pone quiere decir que la parte que lo interpone está conforme en estar en jurisdicción voluntaria.....». La posición favorable del propio Presidente del Colegio Nacional de Secretarios Judiciales en su intervención parlamentaria y del Secretario judicial Seoane Caharrón en recientes estudios publicados sobre la JV, a que se articule un recurso contra el decreto del Secretario, por el que resuelve en un procedimiento de su competencia, es una buena muestra de la responsabilidad con la que los operadores jurídicos se posicionan ante el texto legal.

En el sentido expresado, y de conformidad con la filosofía de las intervenciones de los comparecientes, que resultaron unánimes en este punto, se ha aprobado la razonable enmienda 109 del Grupo Parlamentario Mixto, que se recoge en el art. 26, conforme al que se reintroduce la previsión de recursos y al que procede adicionar la establecido en el apartado 3 del art. 26. bis, que debe quedar sin efecto en el resto de su contenido.

- 11) En materia de asistencia técnica y de representación procesal, han sido asimismo unánimes en su filosofía las intervenciones de los comparecientes ante la Comisión de Justicia, en el sentido de resaltar que la intervención de abogados y procuradores siempre han servido para reforzar las garantías del procedimiento, la seguridad jurídica y, en consecuencia, la tutela judicial efectiva.

En los arts. 19, 19 bis y 19 ter, se procede a regular de forma diversa lo que corresponde a la misma rúbrica: Comparecencia de los interesados y defensa técnica. Parece evidente que el apartado 1 del art. 19 bis en el que se establece: «En los expedientes de jurisdicción voluntaria no será precep-

tiva la intervención de Abogado ni Procurador», ha de considerarse derogada, en atención a la aprobación de dos enmiendas en sentido contrario, la 150, que se corresponde con el art. 19, y reproduce lo previsto en el art.6 del Anteproyecto de la CGC, que establece el carácter preceptivo general de la intervención de Abogado, salvo en una serie de supuestos, y una enmienda transaccional, que se corresponde con el art. 19 ter y que establece: «La intervención preceptiva de Abogado y Procurador en los expedientes regulados en los títulos IV y V de esta Ley».

No resulta justificado, a mi juicio, el radical cambio de criterio legislativo en este punto, consistente en suprimir la intervención preceptiva de abogado. La propensión a equiparar o aproximar, también en este aspecto, procedimientos de jv. de distinta naturaleza y atribuidos a distintos titulares de competencia, en aras de la simplificación, de la disminución de formalidades y del coste del expediente, puede suponer, sin embargo, en determinados supuestos, una regresión en el reforzamiento de las garantías de los intervinientes.

En el A. de 2005, la representación de los interesados en el procedimiento se había regulado con un criterio análogo a la regulación vigente. El interesado debía ser dirigido por abogado, salvo en casos de conciliación, expedientes de cuantía inferior a dos mil cuatrocientos euros, para presentar la solicitud en expedientes que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en plazo perentorio, expedientes de reconocimiento de filiación extramatrimonial, y para la intervención de los interesados, distintos del solicitante, siempre que no tenga por objeto formular oposición.

Pues bien, el reforzamiento en el PL de los principios de audiencia, dispositivo y aportación de parte, la atenuación del dirigismo judicial, la posibilidad de la práctica de todo tipo de pruebas, lo que redundará en una superación de la verosimilitud a la que se encuentran abocadas, en ocasiones, las tradicionales informaciones, acreditaciones y justificaciones, previstas en la regulación vigente, unido todo ello al reconocimiento expreso de la posibilidad de contradicción y de recursos, en los procedimientos en los que se vean afectados intereses de menores o incapaces, al propio tiempo que supondrá una mejora en las garantías de los intervinientes y en la dialéctica entre los solicitantes, interesados- en especial en aquellos supuestos en que se manifieste un interés contrario o divergente del solicitante- o terceros no interesados, implicará, en determinados procedimientos, una mayor dificultad y complejidad procesal.

Por otra parte, la trascendencia económica de los intereses en juego, en ocasiones, la necesidad de razonar con criterios de lógica jurídica la utilidad o conveniencia de adoptar una u otra toma de postura, en otras vicisitudes, la proposición o práctica de pruebas, o bien las propias tensiones que generan las controversias en el ejercicio de la patria potestad, las relaciones de menores con el progenitor que no sea titular de la patria potestad o con parientes o allegados, o las divergencias relativas a la administración de los bienes de menores o incapaces o en la administración de bienes gananciales en el seno de la comunidad conyugal etc., parecen razones suficientes para que se reflexione sobre este punto, al efecto de distinguir entre aquellos supuestos en los que la previsible ausencia de dificultad técnica no hace necesaria o conveniente la preceptiva asistencia letrada, y aquellos otros en los que la posibilidad de contradicción o recursos prevista en los propios procedimientos, como sucede en los casos de menores o incapacitados o la existencia de una discrepancia o contradicción atenuada a priori, lo que tiene lugar en los procedimientos en materia de familia, hacen aconsejable la obligada intervención de un abogado. Podría incluso resultar aconsejable el establecimiento de la preceptiva intervención de abogado, con carácter general, en todos aquellos procedimientos cuya titularidad se atribuya a los Jueces.

Cabría asimismo plantearse en qué medida resultaría apropiada el carácter preceptivo de la asistencia técnica de abogado en procedimientos tramitados ante los S.J que pueden revestir una especial complejidad, como los expedientes de dominio y de liberación de cargas y gravámenes, la fijación del plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el albaceazgo, o la liquidación de averías.

Parece asimismo razonable argumentar que en atención a lo establecido en el art. 22 del PL «La comparecencia se sustanciará por los trámites del juicio verbal con las siguientes especialidades.....», resultase preceptiva la intervención de abogado y procurador, conforme al criterio establecido al efecto para el juicio verbal, en los arts. 23 ss LEC, en materia de primera instancia y apelación.

Los títulos IV y V regulan los procedimientos cuya competencia se atribuye a los Jueces, y su contenido atañe a la condición y estado civil de la persona y derecho de familia. Pues bien, la necesidad de armonizar el texto de ambas enmiendas, y la conveniencia de que en determinados procedimientos de especial complejidad tramitados ante los Secretarios Judiciales, se estableciese asimismo el carácter preceptivo de la asistencia técnica de

abogado y de la representación por procurador, como así ha sido incluso recomendado por el Presidente del Colegio de Secretarios en su intervención, podría propiciar una solución transaccional en el sentido de adicionar una clausula en el art. 19 ter, apartado 1 del tenor, «así como en aquellos otros expedientes tramitados ante los Secretarios Judiciales, en los que así lo disponga la Ley». Habría, conforme a dicha disposición, que determinar caso a caso en que expedientes sería aconsejable el carácter preceptivo de la intervención de estos profesionales. Ciertamente resulta difícil imaginar a un particular tramitando por ejemplo un expediente de dominio o un expediente de liberación de gravámenes o un albaceazgo o una liquidación judicial de averías, o un depósito y venta de mercancías y equipajes en el transporte marítimo etc., ante un Secretario judicial, que no tiene obligación legal ni puede prestar asesoramiento a la persona interesada o afectada.

Parece razonable asimismo reconocer a los Procuradores la capacidad de certificación en los actos de comunicación en que intervengan, en régimen de concurrencia y competencia con los servicios comunes, con un específico marco de responsabilidad, en atención a la acreditada profesionalidad y eficacia demostrada por estos operadores jurídicos, en su labor de colaboración con la Administración de Justicia. La agilización en el tráfico jurídico que se produciría con esta medida, podría justificar, a mi juicio, su toma en consideración en esta Ley, sin demorar, para una eventual reforma, una decisión, que tiene muchos visos de asumirse, en todo caso, en el futuro.

Si bien se da por supuesta, en varios artículos, la intervención del Secretario en los procedimientos de reserva judicial como, por ejemplo, cuando se afirma en el art. 23.1, incurso en la Sección correspondiente a Procedimiento Común, que: «El Secretario judicial controlará la existencia de posibles defectos u omisiones en las solicitudes y dará un plazo para subsanar los mismos.....» o en el art. 26 bis. 3., «..... que en los expedientes correspondientes al Juez, cabrá recurso de revisión, sin efecto suspensivo, contra las resoluciones interlocutorias dictadas por el secretario.....», sería conveniente reintroducir la previsión específica al respecto contenida en el art. 5.3 del Anteproyecto de la CGC: « En los casos en que la resolución definitiva del expediente corresponda al Juez, el Secretario Judicial llevará a cabo toda la tramitación, excepto la admisión y práctica de pruebas».

- 12) La regulación legal de la cosa juzgada no resulta satisfactoria, dado que la dicción legal puede dar lugar a confusión. En el ámbito de la cosa juzgada formal, parece claro que las resoluciones, dictadas en todo tipo de proce-

sos y procedimientos, que devengan firmes resultan inimpugnables, por lo que producen efectos de cosa juzgada formal, a ello se refiere el art. 207 LEC cuando afirma que « transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada.....», lo que no obsta, para iniciar un proceso contencioso, con independencia de que hayan variado o no los sujetos, el objeto o las circunstancias o presupuestos propios del procedimiento voluntario precedente y sin que ello deba entenderse, en modo alguno, como una impugnación de la resolución dictada en el marco de la jv.

Sucede, sin embargo, que el art. 25.2, puede generar confusión y cabe interpretar que entra en contradicción con el art. 2.2, al negar efectos de cosa juzgada al auto del Juez y al decreto del Secretario y no distinguir entre cosa juzgada formal, que sí se produce respecto de las resoluciones firmes en el marco de la jv., y cosa juzgada material, que asimismo se produce, a mi juicio, en su efecto negativo, en el ámbito de la propia JV, cuando se afirma en el propio art. 2.2 que «Resuelto un expediente de JV .por cualquier administrador, no podrá iniciarse otro expediente sobre idéntico objeto y entre los mismos interesados», y no se produce, por el contrario, en su efecto negativo, fuera del ámbito de la propia jv., lo que se prevé en el art. 2.3, al disponerse que «La resolución de un expediente de jv. no impedirá la incoación de un proceso judicial con el mismo objeto».

En definitiva, las resoluciones de jv. no comportan efectos de cosa juzgada material fuera del ámbito de la propia jv., pero sí en este ámbito., en sus efectos negativo y positivo. Cabría afirmar, por su parte, en relación con éste último, que cualquier órgano jurisdiccional quedará vinculado en cualquier proceso o procedimiento, y ello encajaría en el denominado efecto positivo de la cosa juzgada material, por el contenido dispositivo de la resolución adoptada en el expediente de jv., siempre que ésta no se cuestione en un proceso ordinario, en cuyo caso el juez no estará vinculado, en medida alguna, por lo decidido en el procedimiento de jv.. Negar efectos de cosa juzgada material a la jurisdicción voluntaria, en su propio marco, introduciría a mi juicio, una peligrosa variable, que sólo generaría inseguridad jurídica a los justiciables y al propio funcionamiento de la Administración de Justicia. Por decirlo con palabras utilizadas por el Fiscal del Tribunal Supremo en su comparecencia: «Estos expedientes producen efecto de cosa juzgada formal porque no se pueden impugnar en el mismo proceso y producen efecto de cosa juzgada material en otro expediente de jurisdicción voluntaria, no en un proceso contencioso posterior pero sí en

otro de jurisdicción voluntaria y si se ha resuelto no lo vamos a resolver otra vez, aunque la materia de familia es susceptible de otra modificación».

Mi propuesta es que el art. 25.2 quede redactado del siguiente tenor: «Cuando el operador jurídico competente sea un Juez resolverá el expediente mediante auto, que no tendrá efectos de cosa juzgada material, fuera del ámbito de la jurisdicción voluntaria.

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

- 13) Debería valorarse la conveniencia de regular la mediación, en el marco de la JV, de conformidad con las observaciones formuladas por varios comparecientes ante la Comisión de Justicia y por varios de los portavoces de grupos parlamentarios. La regulación de la mediación- se decía en la Memoria Explicativa del Anteproyecto de la CGC, que sí procedió a articular este procedimiento, suprimido en el Proyecto- «se hace ex novo y es una de las grandes innovaciones de la ley. Se ha querido recoger esta figura para dar respuesta a las recomendaciones internacionales de realizar esfuerzos en aras de disminuir la conflictividad judicial y a la exigencia de un importante sector doctrinal que pedía su introducción».

A mi juicio, la Ley de JV constituye una adecuada sede para regular un procedimiento como la mediación, que contribuya a evitar la judicialización de determinados conflictos en el ámbito civil, mercantil y familiar, que podría ser el ya previsto en el Anteproyecto, y que conforme expresó la Decana del Colegio de Abogados de Barcelona en su comparecencia: «Tal y como está previsto, reviste las garantías suficientes para su puesta en práctica». La regulación de la mediación es, por otra parte, un compromiso previsto en la D. F. 3ª de la Ley 15/ 2005, de modificación del CC. y de la LEC., para los casos de separación y divorcio. En el Texto aprobado habrán de tenerse en cuenta, como así se contempla en el procedimiento del Anteproyecto, las disposiciones aprobadas al efecto por la Unión Europea, así como las notas caracterizadoras de la actividad del mediador: profesionalidad, confidencialidad, imparcialidad y voluntariedad. La aprobación de una Proposición de Ley de articulación de la mediación y del estatuto jurídico del mediador, el día 26 de junio de 2007, en la Comisión de Justicia del Congreso, es decir, el día anterior a la votación de las enmiendas del Proyecto de Ley de JV, constituye una clara voluntad de regular esta materia, y el trámite pendiente en el Senado, puede constituir una buena oportunidad para aprobar una enmienda, en la que se haga efectivo el compromiso pendiente, en los

escasos meses que restan de Legislatura.

- 14) En relación con los procedimientos que, a mi juicio, podrían ser objeto de inclusión específica en el texto de la futura Ley de JV, aludiré a a) las propuestas del Cermi, b) A la enmienda 64 de Convergencia i Unió, de inclusión de un nuevo capítulo al Título IV, en materia de Personas, bajo la rúbrica «Del procedimiento para la autorización biológica de la filiación, paternidad o maternidad», y c) A supuestos que incluidos en la LEC, podrían ser trasladados a la futura Ley de JV, en atención a su naturaleza voluntaria.

Desde el sector de la discapacidad, representado por el CERMI, Comité español de representantes de personas con discapacidad, se ha solicitado que: 1) Se articule el procedimiento de JV previsto en el art. 156 del Código Penal, relativo a la autorización judicial de la persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica; 2) Se regule la autorización judicial para imponer tratamiento médico forzoso a los enfermos psíquicos y 3) Se valore la conveniencia de que la autorización judicial para el internamiento de personas que padecen trastornos psíquicos, se tramite a través de un procedimiento de JV.

La segunda propuesta del Cermi, que había sido ya asumida en una Proposición de Ley presentada por Convergencia y Unió en 2005 y articulada como procedimiento específico en el Proyecto de Ley, ha quedado sin efecto al aprobarse una enmienda de supresión del capítulo por el que se había procedido a su regulación. Ahora bien, a mi juicio, la intervención de los representantes del Cermi en la Comisión, así como la posición favorable de varios Portavoces y Comparecientes, con especial referencia por su significación en este Procedimiento, del Fiscal Jefe de la Sala Primera del TS, deberían ser objeto de una nueva valoración. Las consideraciones atinentes a que se trata de una alternativa, en muchas ocasiones, a una incapacitación, o a un internamiento no voluntario, creo que no han sido suficientemente desvirtuadas por los argumentos en sentido contrario. Se trata de que un acto sanitario como es el tratamiento o el periodo de observación de una persona que no tiene conciencia clara de su enfermedad, pero no hasta el punto de requerir una incapacitación o un internamiento, se articule en un procedimiento con todas las garantías. El problema no está resuelto y los afectados están de acuerdo en la conveniencia y urgencia de la medida. Quizás la ausencia de los preceptivos Dictámenes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, si pueda considerarse una objeción relevante a la articulación del procedimiento en el Texto de referencia.

La tercera propuesta es un claro reflejo del carácter variable y fluido

entre ambas esferas de la legislación, manifestado en instituciones como los alimentos provisionales, la incapacitación por locura o el internamiento de personas con trastornos psíquicos que se tramitaron por medio de procedimientos de JV antes de pasar a la esfera contenciosa. En el supuesto del internamiento, el trasvase se materializó con su inclusión en la LEC 2000. Ahora bien, configurado el Procedimiento de JV con todas las garantías propias de la tutela judicial efectiva, establecida su efectiva aplicación a supuestos en que estén en juego intereses de menores e incapaces, hasta el límite incluso de no proceder al trasvase de la esterilización de persona incapacitada al marco de la Jurisdicción contenciosa, con mayor razón debería considerarse de naturaleza voluntaria el internamiento, lo que redundaría por otra parte en una mayor armonización del sistema. Parece razonable, asimismo, que si se decide, como así parece, mantener la esterilización prevista en el art. 156.2 del C. Penal en el marco de la JV, sería conveniente proceder a la articulación del procedimiento singularizado, en atención a sus específicas particularidades. Es por todo ello que, a mi juicio, sería un acierto que se valorase en sentido positivo su regulación por el Senado.

La propuesta sobre «Investigación biológica de la filiación, paternidad o maternidad» de Convergència i Unió, está articulada con todas las garantías, pretende llenar un vacío legal sobre una cuestión de creciente trascendencia social, y tiene un entronque claro, entre otros preceptos constitucionales, en el art. 39.2 CE, conforme al cual: «La Ley posibilitará la investigación de la paternidad».

Habría que tener en cuenta, finalmente, a los efectos de su posible trasvase a la Ley de JV, que en la LEC se regulan bajo la denominación de procesos, supuestos sin contradicción de voluntades y de clara naturaleza voluntaria, así sucede por ejemplo: en los denominados procesos matrimoniales de separación o divorcio por mutuo consenso; en las demandas en solicitud de eficacia civil, de las resoluciones de Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico y de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, siempre que no se solicite la adopción o la modificación de las medidas establecidas; o en las demandas en juicio verbal en las que se pretende que el Tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario. Se contempla en este último supuesto el tradicional interdicto de adquirir la posesión, expresión que ha sido suprimida por la LEC, no obstante, el mantenimiento, en otras ocasio-

nes, de términos, principios, reglas y criterios de perenne valor, acuñados por la tradición jurídica y acogidos en las leyes procesales civiles de otros países de nuestra misma área cultural, conforme se afirma, con acierto, en la precisa y afortunada Exposición de Motivos de la Ley Procesal Civil. Se incluyen de igual modo en la LEC, en atención a motivaciones diversas, instituciones que tienen una naturaleza básicamente de jurisdicción voluntaria, así sucede en relación con las previsiones legislativas referidas a: diligencias preliminares; o medidas provisionales previas a las demandas de nulidad, separación o divorcio.

- 15) Parece razonable, finalmente que, en la Exposición de Motivos de la futura Ley, se haga una mención al Texto del Anteproyecto, que ha servido de fundamento y referencia obligada en el debate y, en su caso, aprobación de la Ley de JV. El Texto legal mencionado, publicado por el Ministerio de Justicia en octubre de 2005, es obra de una Ponencia que, constituida en el seno de la Sección Segunda, que presidía a la sazón por el Prof. Aurelio Menéndez, de la Comisión General de Codificación, y compuesta por siete miembros, presididos por D. José María de Prada, fue nombrada en el año 2002, por D. José María Michavila, y confirmada en el año 2004, por D. Juan Fernando López Aguilar, en su condición de Ministros de Justicia.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

La seriedad con que, sin duda, se acometió el estudio de la JV, manifestada en la constitución de una Ponencia en el seno de la Comisión General de Codificación, que elaboró un valioso texto prelegislativo entre los años 2002 a 2005, que sirvió de base al Proyecto del Gobierno, la comparecencia, en trámite de asesoramiento del Congreso de los Diputados, de 14 expertos sobre la materia y las 562 enmiendas presentadas por todos los grupos parlamentarios, así como en alto nivel técnico del texto legal aprobado en sede parlamentaria -la aprobación en el Congreso de enmiendas contradictorias se reducía a tan sólo dos artículos en materia de asistencia técnica y recursos- se vio frustrada, sin embargo, a mi juicio, por:

- a) El cambio de concepción, respecto de lo previsto en el texto de la Ponencia, que supuso la inclusión en el Proyecto de una artificiosa equiparación entre procedimientos de diferente naturaleza, como son el judicial y el administrativo notarial y registral, lo que se materializó en la supresión de la contradicción, de los recursos y de la asistencia técnica y la representación

- procesal, en los procedimientos judiciales.
- b) La oposición de algunos de los operadores jurídicos afectados, de forma singular, Secretarios Judiciales y Abogados, ante la desacertada previsión que implicaba un estéril reduccionismo de la JV al ámbito negocial y administrativo, debido a la supresión de las connotaciones jurisdiccionales del procedimiento judicial.
 - c) La articulación de un procedimiento judicial general unitario y garantista, en contraposición a la vigente previsión legal, que adolecía de esta nota caracterizadora, y su aplicación tan sólo a menores e incapaces, con el riesgo de ineficacia del procedimiento sustanciado ante los Secretarios Judiciales, y de frustración de estos operadores jurídicos, que se verían obligados a tramitar tan sólo los supuestos de ausencia de conflictividad, y a archivar el expediente en los restantes, obligando a los interesados a acudir a un juicio ordinario.
 - d) La polémica - surgida, a mi juicio, por una deficiente redacción legal- en torno a la consideración de no que parece la Ley de JV una ley adecuada para cambiar el actual modelo de seguridad jurídica preventiva y de fe pública, cuya probada eficacia y prestigio entre los justiciables y los operadores jurídicos, está fuera de toda duda razonable.
 - e) La inapropiada referencia a la naturaleza jurídica de la JV judicial en sede de Exposición de Motivos. El carácter controvertido de la cuestión en la doctrina española y europea, unido a la, a mi juicio, cuestionable ausencia de reserva jurisdiccional en los supuestos de atribución de competencias a los Jueces, hacen aconsejable o bien incardinar la materia en los apartados 3 y 4 del art. 117 CE, o bien incluso, lo que sería más prudente, no abordar la cuestión de la naturaleza de la JV en el texto legal.

Es hora ya de que la jurisdicción voluntaria deje de ser un campo de experimentación del legislador. Hay que elaborar una ley lo más completa posible que, escrita con buena técnica jurídica, conforme a las exigencias de la dogmática del derecho procesal:

- a) articule un procedimiento general con todas las garantías inherentes a cualquier actuación judicial, entre las que cabe destacar, que la oposición no impida la continuación en la tramitación del expediente, salvo que la ley disponga lo contrario, la posibilidad de recurrir en apelación el auto definitivo del Juez o en revisión el decreto del Secretario Judicial y el mantenimiento, salvo las excepciones previstas en la Ley, del carácter preceptivo de la asistencia técnica de abogado y la representación del procurador, junto

- con la previsión del beneficio de justicia gratuita, frente a la actual identificación de la institución con supresión o disminución de garantías, plazos o formalidades, en detrimento de la tutela judicial efectiva,
- b) suprima los procedimientos obsoletos, reforme los todavía útiles, y traslade e incorpore de otros textos legales los que tienen naturaleza voluntaria
 - c) desjudicialice competencias, en aras de la racionalización del sistema, y las atribuya a otros profesionales del derecho, Notarios y Registradores, de forma especial, las que razonablemente les correspondan por su propia naturaleza,
 - d) redistribuya competencias en el seno del órgano judicial entre Jueces y Secretarios Judiciales, y
 - e) reconozca al justiciable la posibilidad de optar, en determinados procedimientos respecto de los que no exista reserva judicial, entre acudir a un Secretario Judicial o a un operador jurídico extrajudicial, Notario o Registrador de la Propiedad o Mercantil, lo que constituye una manifestación de confianza en la madurez de la sociedad civil.

Estamos pues ante la necesidad de atender a una urgente necesidad social y de modernizar la Justicia en esta materia, caracterizada por la estrecha conexión con la vida diaria de los ciudadanos y por la relevante trascendencia práctica de muchas de sus manifestaciones, y de hacerlo con voluntad de permanencia en el tiempo, con el mayor consenso político posible, en una esfera del Ordenamiento de marcado carácter técnico-jurídico, en el que el debate no debe ser ideológico, sino en todo caso de concepción o filosofía de la jurisdicción voluntaria. Se trata, en definitiva, de dar respuesta, también en esta parcela del Ordenamiento Jurídico, al desafío de una Justicia más moderna, racional y eficaz.

PROPUESTAS PARA EL FUTURO DE LOS GOBIERNOS LOCALES. CRÓNICA DE UNA SUPERACIÓN

Borja Verea Fraiz

Subdirector general de Régimen Jurídico Local
Dirección General de Administración Local
Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia

"Nadie mejor que los individuos de una población conocen sus necesidades, sus recursos, los medios de aumentar sus bienes y de disminuir sus calamidades"
Alberto Lista, Revista de Madrid (1837)

Resumen: *Es una constante en el debate de la gestión pública preguntarnos sobre la necesidad de continuar con el sistema actual municipal o si este debe sufrir una profunda reforma. Se propondrán una serie de avances en la Administración Local que van desde ajustes puntuales en su financiación para conseguir una mayor eficiencia hasta un tratamiento más objetivo y profesional para con los empleados públicos locales, todo partiendo de una perspectiva histórica que intenta justificar la necesidad y posibilidad de evolución progresiva de los gobiernos locales.*

Palabras clave: *Gobiernos locales, propuestas, federalismo fiscal, impuestos, empleados públicos, gasto público, mejora, evolución histórica.*

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

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

Índice: *1. Servicio público como origen y esencia de los ayuntamientos 1.1. Origen de los servicios públicos locales 1.2. Las especialidades de los servicios públicos locales hoy en día 2. Propuestas de superación del sistema actual 2.1. En materia de financiación 2.1.1. Dignificación de las competencias municipales 2.1.2. Una nueva cultura en la financiación local 2.1.3. Algunos ajustes en los impuestos locales existentes 2.2 En el campo de la función pública local 2.3. Un mayor control del gasto público local 3. Bibliografía.*

1. EL SERVICIO PÚBLICO COMO ORIGEN Y ESENCIA DE LOS AYUNTAMIENTOS

Al igual que en el comienzo del trabajo premiado de Juan Francisco Parra Muñoz¹ podemos parafrasear a Ortega y Gasset en una de sus más famosas afirmaciones – “Castilla hizo a España y Castilla la deshizo”– y modular la misma para decir que si el servicio público está en el corazón de los ayuntamientos, en la esencia de su aparición, la problemática de los servicios públicos locales es sin duda la que está generando hoy en día los efectos más devastadores en los mismos. No es demasiado novedoso decir que la estructura constitucional, legislativa y financiera del campo local está consiguiendo unas constantes ineficiencias que someten a los ayuntamientos y diputaciones a la crítica constante y a la concepción de estas administraciones como una molestia o contrapunto del que debe ser el futuro de la gerencia pública.

A lo largo de este artículo intentaremos proponer una serie de modulaciones concretas en los diferentes ámbitos gerenciales en los que tiene potestades la Administración Local; ajustes que no exigen una reformulación traumática del sistema, sino que son de aplicación sencilla y casi inmediata y que entendemos pueden corregir algunos de los desajustes detectados tanto por la doctrina como por los operadores jurídicos.

1.1. ORIGEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Pero, como decíamos, la historia y origen de los ayuntamientos están íntimamente ligados a la historia de la organización natural de familias para la solución conjunta de una serie de intereses y la prestación conjunta de unos servicios. Así, y como origen de esta naturaleza pública podemos remontarnos al año 218 a.C. cuando desembarca en Ampurias la ciudad romana que tendrá su continuidad decadente² en el municipio visigodo³ hasta llegar a la época medieval cuando la idea de ayuntamiento hunde sus raíces en el imaginario común y se articula como el principal referente no ya de sometimiento legítimo a un poder, sino como nido de las futuras libertades. Así, la propia Ley 7/1985, de 2 abril, de bases del régimen local (LBRL) en su preámbulo establece, con palabras difícilmente mejorables: “... *Es menester recordar la anterior exclusividad de la vida agraria, controlada por entero por sectores relaciones de servidumbre. En ese contexto señorial, el renacimiento de las ciudades y su organización en*

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

² Como de una manera descriptiva narró Salviano de Marsella hacia el año 440 en su tratado *de gubernatione Dei*; lo podemos encontrar en BLAZQUEZ MARTINEZ, JOSÉ MARIA. “El sistema impositivo de la Hispania Romana”; Historia de la Hacienda Española (Épocas Antigua y Medieval), Homenaje al Profesor García de Valdeavellano, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1982 pag. 119 y ss.

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

Municipios posibilita el disfrute de libertades hasta entonces inaccesibles; permite redimirse de los malos usos y de la opresión señorial, así como adquirir un estatuto jurídico liberado de las pasadas y pesadas restricciones. No le faltaban motivos al hombre medieval para pregonar que "el aire de la ciudad hace libre". Si el señorío es el arquetipo de la sujeción personal, el Municipio es el reducto de las libertades. A decir verdad los Municipios son enclaves liberadores en medio del océano señorial de payeses, solariegos, etcétera, sometidos a la servidumbre... "

Va a ser curiosamente en Francia, nación conocida por su rechazo a alejar los poderes de París, donde se comience a teorizar sobre las libertades municipales y donde aparecerá el término *Pouvoir Municipal*, adelantado ya en aquella idea de la "Memoire sur les municipalités" que el fisiócrata Turgot⁴ presentó al Rey Luis XVI en 1775. Turgot proponía ya la administración de los intereses particulares de los pueblos por sus propios habitantes, participando, claro, del racionalismo iusnaturalista de la época e incorporando ya una ruptura del Antiguo Régimen. Se reconocían como una libertad natural los pueblos, los lugares y las parroquias formados por la asociación espontánea de individuos y familias: a los vecinos de cada pueblo habría de corresponderle la administración de sus asuntos propios⁵. Su proyección práctica sería inmediata el 4 de agosto de 1789 en la Asamblea Nacional que abolía los privilegios de provincias, villas y señoríos y poco más tarde dotaba al país de una nueva organización local. El Decreto de 22 de diciembre de 1789 generalizaba la institución municipal a todo lugar en el que existiera una asociación o comunidad espontánea de vecinos. Aquí en España, fue también en agosto, pero 21 años más tarde, cuando el Decreto de 6 de agosto de 1811, norma anterior a la Constitución de Cádiz de 1812, va a archivar el final del sistema feudal, por lo menos formalmente. Esta Constitución va a significar en lo que respecta a los municipios cambios fundamentales, que se expondrán clara y muy brevemente en el Título VI de la Constitución bajo el título "Gobierno en las provincias y pueblos." Aquí se estaban poniendo los pilares básicos del municipalismo

⁴ Sobre el *Pouvoir Municipal* y el origen francés de la autonomía local SANCHEZ MORÓN, MIGUEL "La autonomía local: antecedentes históricos y significado constitucional", Civitas Ediciones S.L., Monografías Civitas, Madrid, 1990, pag. 37 y siguientes; y GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO "Turgot y los orígenes del municipalismo moderno", incluido en *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Madrid, 1981.

⁵ El nacimiento de la autonomía local que llegará a nuestros días trufada y mejorada por las tesis Burmeister en Alemania, y sin duda por la teoría de la "garantía institucional" de Carl Schmitt que recepcionaría en nuestro país Parejo Alfonso y posteriormente la famosísima STC de 2 Febrero de 1981; vemos que en esencia y literalidad no escapa mucho de estos primeros brotes de autonomía local en su origen francés. Así el artículo 2 de la LBRL regula que "... la legislación...deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y a las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses" y el propio artículo 137 de la CE consagra que los Municipios y Provincias disfrutaban de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

actual al tiempo que sirvió como una base fundamental sobre la que se sostuvieron los textos positivos posteriores del sistema local. Estas referencias constitucionales hechas en Cádiz al ámbito local pueden ser resumidas en dos ideas fundamentales: por una parte, que sobre la vida local está la vida nacional (la cual tiene unas necesidades generales no localizables en los municipios) y por otra parte está la evidencia de la decadencia medieval que se contrapone ante el discurso de la necesidad de cierta forma de descentralización⁶.

Si desde Francia se articulaban las bases teóricas del municipalismo moderno, sin duda fueron los *pilgrims* recién llegados a América en el siglo XVII los que pusieron en práctica con todas sus consecuencias las potencialidades de las libertades municipales, configurando lo más cerca que la cultura occidental moderna estuvo de las ciudades-estado griegas. La fundación de Nueva Inglaterra fue sin duda una novedosa experiencia que no tiene parangón en la historia de Occidente. Cuando hablamos de colonias, como es el caso, estos "colonos" solían ser personas sin educación y sin recursos; todo lo contrario que los emigrantes que llegaron a Plymouth que si bien pertenecían al llamado puritanismo, eran todos ellos miembros que dejaban en el Reino Unido una posición social estimable y medios de vida muy seguros; hombres con una educación selecta que marcharon al Nuevo Mundo a la búsqueda de una perfección intelectual. Perseguían lo que Tocqueville llamó el "triunfo de una idea". Se constituyeron a partir de 1620 pequeñas ciudades, grupos sociales que ya tenían en sus constituciones los principios generales sobre los que se basarán posteriormente las modernas cartas magnas, generando además un ejemplo práctico de que los ayuntamientos son una realidad natural de todas las sociedades: "el municipio es la única asociación tan identificada con la naturaleza que allá donde hay hombres reunidos se forma espontáneamente un municipio"⁷.

En España la Constitución de Cádiz de 1812 y el posterior Decreto de 1813 supusieron, con adelantos y retrocesos, la entrada jurídica de la nueva administración local alejada de los principios medievales y del Antiguo Régimen. Tras varias normas cambiantes al tiempo que los cambios constantes del siglo diecinueve, se consiguió una estabilidad normativa con la *Ley Orgánica Municipal y Provincial de 1877* que estuvo vigente casi cuarenta y siete años, aunque sufrió más de veinte intentos de reforma. Así, cuando el 23 de diciembre el abogado del Estado Calvo Sotelo fue nombrado Director General de Administración Local ya se puso en marcha el estudio de la reforma

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

⁷ Para todo lo referido al nacimiento de Nueva Inglaterra se recomienda a TOCQUEVILLE, ALEXIS "La Democracia en América", Alianza Editorial, Madrid, 2005, pag.66 y siguientes y MORTON, NATHANIEL New England,s Memorial.

local que ultimó en el conocido como Estatuto Municipal de marzo de 1924. Ya vimos como desde el nacimiento teórico del municipalismo moderno, así como desde el nacimiento práctico del mismo con la llegada a Plymouth, giraba la insobornable idea de libertad para la gestión de los intereses comunes; esto es, que la idea de ayuntamiento no dejó nunca de ser la unión de un grupo de familias más o menos numeroso que trata de gestionar en común una serie de intereses que afectan a la totalidad localizada, y por lo tanto dar una mejor respuesta a este encargo, a esta tutela, a esta gerencia. Esta idea constante no se va a proyectar en el *Estatuto Municipal de Primo de Rivera de 8 de marzo de 1924*, que solo va a utilizar expresiones como "servicios municipales obligatorios" y "deberes mínimos de los Ayuntamientos". La lista de estos artículos comprende aquellas actividades que tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia de la época, e incluso antes, venían desarrollando las administraciones locales⁸ y que poco variaron desde el artículo I sobre los deberes de los ayuntamientos de la *Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias de 23 de junio de 1813* hasta el artículo 26 de la LBRL. La republicana *Ley Municipal de 1935* siguió sin definir el concepto de servicio público aunque sí enumeraba las características que debe reunir esta categoría, concretamente en su artículo 131, que viene a repetir en su conceptualización las mismas que exigía el Estatuto Municipal para la municipalización de un servicio; esto es, que tenga carácter general, que sea de primera necesidad, que pueda prestarse predominantemente dentro del término municipal y que redunde en beneficio directo o indirecto de una parte considerable de los habitantes del Municipio. En la misma línea continúa la legislación de régimen local posterior a la Guerra Civil, que en el artículo 156 establece de manera tauto-

⁸ Curiosamente un análisis de estos servicios públicos enumerados en las diferentes leyes de administración local desde 1813 hasta la vigente LBRL nos muestra que en estos doscientos años poco debieron evolucionar las necesidades de los vecinos ya que prácticamente están los mismos servicios repetidos en todas las normas. Analicemos por ejemplo las enumeradas en el artículo 201 del Estatuto Municipal que casi no se diferencian del actual artículo 26 de la Ley 7/1985, lo que es una muestra de la poca capacidad de adaptación de nuestros legisladores, así dicho precepto dispone:

- a) *El suministro y vigilancia de agua potable*
- b) *La evacuación de las aguas negras y residuales en condiciones higiénicas*
- c) *Inspección y mejora higiénica de las viviendas con prohibición de habitar las insalubres.*
- d) *Policía sanitaria de las vías públicas, cuadras, establos, mataderos, mercados, centros de reunión, lavaderos y cementerios.*
- y) *La supresión de aguas estancadas y charcas y acondicionamiento de estercoleros.*
- f) ...
- g) *La inspección y examen de alimentos y bebidas, especialmente el pan, las carnes y la leche.*
- h) *La higiene de las escuelas*
- i) *La habilitación de locales que sirvan para enfermería de epidemiados.*

lógica⁹ que "son servicios municipales cuantos tiendan a la consecución de los fines señalados como de competencia municipal...", artículo que continuando con la falta de imaginación de nuestros legisladores en el campo local se va a repetir en el actual artículo 85 de la LBRL: "son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias".

1.2. LAS ESPECIALIDADES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES HOY EN DÍA

El concepto de servicio público, y aun más, de servicio público local es especialmente complejo, y no solo porque no aparezca correctamente definido en los textos normativos, sino también desde el punto de vista doctrinal. Una de las nociones más aceptadas es la que vincula el concepto de servicio público con el de titularidad de la Administración prestadora del servicio, por lo tanto la Administración titular se convierte en *dominus* del mismo, lo cual produce el efecto de legitimar a esta Administración para llevar a cabo una gestión monopolística del servicio en cuestión¹⁰. Así consagra la legislación estatal positiva a sus servicios públicos: radiodifusión y televisión, explotación unificada del sistema eléctrico o el transporte público de viajeros regular y permanente de uso general.

Sin embargo, no podemos trasladar lo antedicho a los servicios públicos de esfera municipal, ya que el hecho de calificar una determinada actividad como servicio público local no convierte a los ayuntamientos en titulares de dichas actividades¹¹, pues cómo decíamos, la titularidad dominical sobre un determinado servicio habilita o legitima al *dominus* del mismo a excluir de su prestación a la iniciativa personal o incluso la iniciativa que pretendan llevar a cabo otras administraciones; y esto no sucede respecto de los servicios públicos municipales. En ellos, cuando hablamos de titularidad municipal estamos hablando de la titularidad sobre la competencia que ostenta el municipio en relación con esos servicios y no de la titularidad sobre el servicio. Como establece Fernández González, en el terreno local existe una distinción clara entre los servicios de titularidad municipal y los servicios públicos municipales, respecto de los primeros, que son los servicios esenciales recogidos en el artículo 86.3 de la LBRL el municipio puede manifestar su titularidad mediante un ejercicio monopolístico de los mismos, con exclusión de la iniciativa de cualquier otro sujeto. En lo que respecta a los servicios públicos municipales, el municipio no puede considerarse automáticamente

⁹ PARRA MUÑOZ, JUAN FRANCISCO. "El Servicio Público Local, ¿una categoría a extinguir?", IAAP, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, 2006, pag. 28 y siguientes.

¹⁰ PÉREZ ZÚÑIGA, JOSE MARÍA. "La reforma del régimen legal de las tasas y precios públicos en los servicios locales: las tasas locales". CEMCI Publicaciones, Granada, 2004, pag. 119 y siguientes.

¹¹ FERNANDEZ GONZALEZ, F.J. "La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman". Civitas, Ayuntamiento de Gijón, 1995, pag. 143 y siguientes

titular o *dominus* del servicio en cuestión y no podrá, en principio, excluir la iniciativa personal en la prestación del mismo.

Concreta estas ideas Parra Muñoz al establecer que el legislador local tuvo siempre la idea de servicio público local muy vinculada a la objetivación de las competencias de los entes locales, estableciendo una noción amplia del concepto en cuanto que abarca todos los ámbitos de actuación locales, actuación que es amplísima y por la que casi cualquier acción municipal tendría soporte competencial según la literalidad del artículo 25 de la LBRL, que actúa a modo de Aleph. Las consecuencias de la identificación en el ámbito local del concepto de servicio público con el de competencia serían que la ley habilita con carácter general a los municipios a prestar cuantos servicios públicos estime oportunos. Esta habilitación universal sólo tiene dos límites: por una parte, que se trate de servicios que entren dentro del ámbito competencial y, por otra, el límite de la finalidad, es decir, servicios que contribuyan a satisfacer las aspiraciones de la comunidad vecinal. En definitiva, se produce una identidad entre servicio público local, competencia local y satisfacción de las aspiraciones de la comunidad concreta. Términos que nos conectan automáticamente con las primeras propuestas de los fisiócratas franceses y los *pilgrims* puritanos de Nueva Inglaterra.

Tenemos, por lo tanto, más de 8.000 ayuntamientos, 315 en Galicia, muy diferentes, pero no solamente con las diferencias naturales o de origen como puede ser la población o la extensión, incluso el PIB local, sino con diferencias incorporadas y derivadas de los servicios públicos que prestan, nunca los mismos y con la misma eficacia, así como la organización o financiación de estos servicios que en casos parecidos pasan de la gratuidad al pago íntegro de los usuarios, de la excelencia en la gestión a la administración decimonónica. En definitiva tenemos ayuntamientos, también aquí en Galicia, bien gestionados y saneados y ayuntamientos casi en quiebra técnica que se mantienen como moribundos a la espera del suero prolongador de la agonía. Esta situación, sin entrar en porcentajes, exige, en todo caso, respuestas de los legisladores para incorporar a la normativa aquellas propuestas que puedan mejorar la ratio.

Las diferencias estructurales entre mejores ayuntamientos y ayuntamientos mal gestionados no son muchas y por lo tanto esas serán las cuestiones sobre las que girarán las propuestas de modificación de la gerencia local, que cómo decía al principio evitará un análisis de reforma global del sistema, y a cambio intentará proyectar pequeños cambios posibilistas a corto plazo. Por tanto, las diferencias afectan normalmente: a la cantidad y calidad de los servicios públicos que se prestan, a la organización interna de su función pública, a su rigor presupuestario o al cumplimiento de la legalidad en los diferentes campos competenciales. Cuestiones todas que pueden unificarse en una pregunta ¿cómo podemos mejorar la prestación de los servicios públicos locales?

2. PROPUESTAS DE SUPERACIÓN DEL SISTEMA ACTUAL

2.1. EN MATERIA DE FINANCIACIÓN

2.1.1. Dignificación de las competencias municipales

A pesar de ser una cuestión constante en los debates doctrinales y en las propuestas que cada pocos años se presentan en materia de financiación local, lo cierto es que el problema no tiene una solución magistral ya que es muy difícil saber cuánto dinero se necesita para mantener a las entidades locales con un mínimo de solvencia financiera. ¿Por qué? Porque no tenemos claro qué es lo que queremos financiar, no sabemos cuántos servicios públicos va a prestar cada ayuntamiento ni con qué calidad, por lo que cualquier análisis se va a enfrentar ya con la realidad; esto es, ayuntamientos que propusieron una carta de servicios por encima de sus posibilidades y por lo tanto requieren una nueva reforma del sistema. Son constantes las quejas de los gobiernos locales haciendo una reiterada alusión a las competencias impropias, es decir, aquellas a las que no están obligados por la legislación vigente pero que sin embargo generan servicios prestados por las entidades locales. No deberían ser un problema este tipo de competencias, en todo caso casi residuales si analizamos la normativa local anteriormente citada que habilita una competencia universal de los ayuntamientos en la prestación de servicios, pues la solución lógica sería la no aplicación de gasto allí donde no se está obligado y donde no haya una emergencia social.

Verdadero problema sí que lo generan aquellas competencias que estando establecidas en la normativa, generalmente en las normativas autonómicas, no pueden ser prestadas por los ayuntamientos porque fueron incorporadas a la legislación sin una correcta valoración técnica y cuantificación del coste que supondría, y por lo tanto, de la cantidad de dinero que se debería de traspasar a las administraciones con estas nuevas obligaciones.

Una primera propuesta sería la necesidad de dignificar las obligaciones que se les asignan a los ayuntamientos, ya que muchas veces sólo deben pasar el filtro de la Comisión Galega de Cooperación Local¹² y quedan después ya a la legitimación de la mayoría simple de los parlamentos autonómicos. No hay un control presupuestario de lo que pueden suponer determinadas competencias en las arcas municipales, control que sí deben pasar siempre los aumentos de gasto que suponen los nuevos servicios autonómicos o estatales a través de los preceptivos informes de las Consejerías de Hacienda y servicios de intervenciones por los que pasa obligatoriamente toda nueva normativa. Las entidades locales se encuentran con la norma publicada y vigente en el

¹² Todas las Comunidades Autónomas tienen un órgano semejante, en Galicia se regula en los artículos 15 a 17 de la Ley 5/1997 de 22 de julio de Administración Local de Galicia.

diario correspondiente y el deber de prestar el nuevo servicio, pero con el mismo presupuesto de ingresos que el año anterior¹³. Por lo tanto la dignificación de los nuevos deberes municipales puede conseguirse a través de diversos mecanismos. En primer lugar, y por supuesto, que la exigencia de responsabilidades a los ayuntamientos sea siempre a través de Ley (no por normas reglamentarias ni por Órdenes) y que los nuevos Estatutos de Autonomía opten por una lista de los deberes municipales¹⁴ y posterior bloqueo de los mismos exigiendo para su modificación una mayoría cualificada y, en todo caso, un estudio del coste que supondrán en las entidades locales el ejercicio de tales competencias. En los procesos de creación de estas normas debería exigirse que la memoria económica preceptiva en la tramitación de la nueva ley llevara siempre incorporada la cantidad que los presupuestos autonómicos deberán prever para la financiación de estas responsabilidades por los entes locales. Otra manera de actuar supondría la creación de normas técnicamente impecables pero de muy difícil aplicación práctica.

Por otra parte, no cabe duda que también influye en esta situación de ayuntamientos sobredimensionados, sin financiación, las respuestas que estos dan automáticamente ante demandas de los ciudadanos por la prestación de servicios cada vez más sofisticados. Y es evidente, en palabras de Suárez Pandiello¹⁵ "que las mayores demandas de nuevos servicios propios de procesos de modernización y democratización de nuestra sociedad pivotan sobre la administración más próxima al ciudadano, esto es, la administración local". Este problema, como adelantábamos, no puede ser resuelto por las haciendas autonómicas y estatales, ya que responden a una decisión exclusiva de la administración local y por lo tanto deberá articular los mecanismos para financiar estas nuevas necesidades vecinales.

¹³ Este problema que puede quedar como una problemática teórica tiene repercusiones prácticas de importantes consecuencias en sectores muy importantes. Así, por ejemplo, en el campo de la prevención de incendios forestales la Ley 3/2007 de Prevención y Defensa contra los Incendios Forestales de Galicia, dispuso una serie de deberes a los ayuntamientos como son la ejecución forzosa y subsidiaria en la gestión de la biomasa y la no presencia de determinadas especies arbóreas alrededor de los 100 metros de los núcleos poblacionales, edificaciones, urbanizaciones, basureros, campings e instalaciones recreativas; y en el caso de zonas de alto riesgo de incendio forestal la limpieza 50 metros alrededor de las edificaciones residenciales, comerciales, industriales y de servicios, instalaciones agrícolas, ganaderas y forestales, y todas las urbanizaciones, edificaciones e instalaciones. Estos deberes están en los artículos 21 y 23 de la citada ley y suponen unos costes burocráticos y materiales importantes en los ayuntamientos que no son compensados por la administración autonómica.

¹⁴ Esta parece que es la línea que sigue la Ley 2/2007 de 19 de marzo de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía en sus artículos 92 y 93, y en la Ley 5/2010 de 11 de junio de Autonomía Local de Andalucía en sus artículos 8 y siguientes.

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

Por lo tanto, el problema competencial de la administración local, previo al de la financiación, exige por una parte la dignificación de las competencias municipales a través de su enumeración y bloqueo, y sobre todo, mediante la obligación de las Administraciones con capacidad legislativa de acompañar siempre los proyectos de Ley con su correspondiente memoria económica dedicada a la financiación de las entidades locales.

Como consecuencia también de lo anteriormente dicho, surge la problemática que genera la dificultad de configurar de una manera uniforme las necesidades de gasto de los ayuntamientos, derivado principalmente del camino irrepitable que sigue cada entidad local debido a la falta de una normativa clara en materia competencial y organizativa, acompañada además de una falta de controles e inspecciones más allá de los consejos y reparos de los funcionarios con habilitación de carácter estatal que no tienen efectos prácticos de mejora. Al ser muy difícil dibujar un análisis de costes uniformes sobre la necesidad de gasto, junto con la variabilidad competencial de cada gobierno local, los avances teóricos de modificación siempre quedarán incompletos. Como analizaremos en el campo de la función pública local, urge un estudio minucioso sobre "el ayuntamiento" que queremos; con una muy clara delimitación de sus necesidades de gasto, de su organización interna, de sus posibilidades presupuestarias y de la concreción de sus deberes ineludibles a través de normas imperativas de general cumplimiento.

2.1.2. Una nueva cultura en la financiación local

Afrontar la financiación de las entidades locales nos exigía antes tomar una serie de decisiones que corresponden únicamente al diseñador de las subhaciendas contributivas, esto es, a aquellas que únicamente tienen como misión la prestación de servicios y no otros objetivos. ¿Cómo queremos que se financien los servicios públicos locales?¹⁶ O incluso, ¿cuál es el nivel de gobierno óptimo para proveer un servicio, en términos macroeconómicos¹⁷? Decíamos al inicio de este artículo que las propuestas de cambio serían en todo caso posibilistas, sin embargo no podemos evitar proponer también estas preguntas de reformulación del sistema. La máxima eficiencia en la prestación de los servicios públicos se consigue con la aplicación a los mismos del

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

¹⁷ No es el objetivo de este artículo una propuesta de reformulación total de la territorialización española. Avanzan muchos esta necesidad, entre ellos CADAVAL SAMPEDRO, MARÍA y CARAMÉS VIETEZ, LUIS. "Os municipios galegos: entre o minifundismo e a ineficacia". USC-Xunta de Galicia. 2007. En su página 119 establecen "o tamaño territorial municipal non se corresponde coas áreas de atracción dos bens públicos locais ofrecidos por cada entidade, nin alberga a totalidade das zonas de uso".

principio de beneficio que permite establecer el nivel más eficaz de *outputs* que exige una comunidad; teoría proyectada en los principios básicos del federalismo fiscal y ampliamente estudiada. El federalismo en su concepción política se mueve en diferentes parámetros al concepto económico que tiene como objetivo que distintos grupos de personas que viven en comunidades distintas puedan expresar sus diferentes preferencias por la cantidad y calidad de los servicios públicos, lo que inevitablemente lleva a diferencias en los niveles de tributación y en los servicios prestados. Todas estas comunidades competirían entre sí para ofrecer mejores servicios con menos carga tributaria.

Es verdad que estas haciendas locales con elasticidad pura sólo existen en la teoría y que, en realidad, los factores de distorsión son muchos y variados. La cuestión es preguntarnos si la aplicación del principio de beneficio en la financiación de los servicios locales resuelve mejor que otros los tres problemas fundamentales de cualquier finanza pública¹⁸: la asignación y utilización eficiente de recursos, la distribución de la renta y la estabilización.

No parece lógico que los presupuestos locales deban centrarse en la estabilización del sistema (control de precios, empleo...), ya que no se mostrarían efectivos. Así por ejemplo, y en una exageración, si las haciendas locales tuvieran competencia en la política monetaria ante una necesidad puntual abusarían de la creación de dinero y no en el aumento de la carga tributaria para tratar de evitar así la fuga a las comunidades próximas, tampoco sería eficaz un intento de estabilización a través de la emisión de deuda pública ya que su reducido tamaño nos haría inevitablemente hablar de "deuda externa" y, por lo tanto, de transferencias para "fuera" y descapitalización.

¿Y sobre la distribución de la renta? ¿La gente no trasladaría su residencia si a pocos kilómetros las retenciones sobre la renta fueran la mitad que dónde tenemos nuestra vivienda habitual? El flujo de personas en esta situación sería constante y distorsionaría las decisiones políticas redistributivas.

Parece que la verdadera eficacia se puede encontrar en una asignación eficiente de los ingresos, (cómo y cuánto podemos gastar en bienes públicos¹⁹). Somos conscientes de que estamos hablando de bienes o servicios que agotan sus beneficios en la comunidad, en el área geográfica de la hacienda tomada en cuenta (recogida de basura, transporte urbano, seguridad, educación, salud, control urbanístico...). Por tanto, si las haciendas centrales tienen como misión la estabilización del sistema y la redistribución de la renta, las haciendas locales deben centrar sus potencialidades en conseguir

¹⁸ Esto ya en Xornal de Galicia el día 22 de marzo de 2009 bajo el título "Más allá del federalismo fiscal".

¹⁹ ALVAREZ RENDUELES, JOSE RAMÓN. "La Teoría de los Bienes Públicos en la Hacienda Pública Moderna". Revista de Hacienda Pública Española, número 23, 1973; página 41.

una asignación eficiente de los recursos dedicados a la prestación de servicios²⁰; conseguir mejores servicios más baratos, y la única manera es a través de la implementación del principio de beneficio en estas prestaciones públicas.

Pero esto nos conduce nuevamente a la pregunta del comienzo, sabemos que una hacienda pequeña y contributiva debe utilizar el principio de beneficio para conseguir mayores cuotas de eficacia en sus servicios públicos, pero: ¿cuál es el nivel ideal de gobierno/hacienda para prestar un servicio público?

La realidad actual evita que podamos entender que los gobiernos y las haciendas se dedicaran únicamente a sus bienes y servicios perfectamente delimitados; no funciona así la sociedad hoy en día donde las comunicaciones inmediatas, los medios de transporte, la información en red y la globalidad de las actividades supondrá que cualquier servicio público prestado en algún lugar delimitado tenga influencia en el resto de las comunidades, un servicio que incluso hace unos años era un bien público territorializado hoy influye en la totalidad del sistema. Las administraciones públicas están respondiendo a este fenómeno a través de las prestaciones multinivel, pero esto no tiene su proyección en el sistema impositivo, y mucho menos, en la financiación de las entidades locales.

Por lo tanto la modificación que se podría incorporar a las normativas autonómicas, y por supuesto, a la normativa básica en materia de financiación local es la participación de todos los ayuntamientos en la recaudación del IRPF abonado por sus residentes y del IVA generado por el consumo en su territorio como una manera inaplazable de generar elasticidad en la financiación local y flexibilizar la rígida imposición patrimonial actual; esto permitiría a los ayuntamientos participar en la dinámica general de la economía manteniendo además la estabilidad ya automatizada que los tributos obligatorios actuales; sin olvidar, que si bien la generalización de esta participación a todos los ayuntamientos puede aparentemente suponer una pérdida de corresponsabilidad fiscal²¹ esta se ve compensada por un fuerte ánimo de la suficiencia financiera en los mismos.

Ya desde la normativa estatal se establece en los artículos 111 y siguientes de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales una cesión en la recaudación estatal de los impuestos el IRPF, IVA y los Impuestos Especiales sobre la Cerveza, sobre el Vino y Bebidas Fermentadas, sobre Productos Intermedios, sobre Alcohol y Bebidas Derivadas, sobre Hidrocarburos y sobre Labores del Tabaco. Esta cesión, si bien abre el camino

²⁰ OATES, WALLACE E. "Federalismo Fiscal". Colección Nuevo Urbanismo. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid 1977; página 55 y siguientes

²¹ GARCÍA MARTÍNEZ, ANDRÉS. "La participación en el IVA como recurso de la hacienda municipal en Alemania". Cuadernos de Derecho Local número 18, Octubre, 2008. Fundación Democracia y Gobierno Local., pag. 124.

propuesto, solo afecta a los ayuntamientos capitales de provincia y Comunidad Autónoma y a todos aquellos con población de derecho superior a los 75.000 habitantes. La posibilidad de mejora antes adelantada supondría que las Comunidades Autónomas también estableciesen una transferencia territorializada según la recaudación que cada ayuntamiento tuviese en su territorio, individualizando así las dinámicas de ingresos de cada ayuntamiento y mejorando por lo tanto los Fondos de Cooperación Local que se incrementan en bloque vinculados a diferentes criterios de evolución.

Una manera poco ensayada por las Administraciones Autonómicas sería a través de la configuración de recargos a los que habilita el artículo 12.1 de la LOFCA sobre impuestos estatales (como por ejemplo sobre el IRPF) y aplicar una afectación²² de estos ingresos extraordinarios a la financiación de las entidades locales²³. Esta propuesta debe contar con un importante consenso ya que es un incremento directo del esfuerzo fiscal del contribuyente que además no va a tener un retorno directo como en los supuestos en los que está presente el principio de beneficio. Mi opinión es que es un mecanismo de financiación de las arcas municipales que no puede ser rechazado y debe estar presente cuando se articule una modificación más amplia de las haciendas locales.

Además de la necesidad de incorporar al sistema impositivo local esa estructura territorializada de los impuestos más flexibles, no debemos abandonar la pregunta fundamental en este apartado que es cómo hacer servicios públicos más baratos y mejores. Sabemos que la teoría económica es clara en lo que respecta a la eficiencia cuando establece que la aplicación de parámetros de mercado en la prestación pública supone conseguir mayores niveles de rentabilidad. Cuando estamos ante servicios con posibilidad de dividir el beneficio que generan, esto es, actividades públicas que benefician de modo particular a los sujetos pasivos, la mejor forma de financiarlos es cobrándole el coste íntegro del servicio al usuario²⁴. Vimos anteriormente como las haciendas locales no pueden tener esa finalidad redistributiva ni tener intenciones estabilizadoras del sistema, y el pago del servicio por el usuario *“permitiría aproximar las tasas y precios públicos a los que se fijarían en el sector privado, de suerte que la oferta se acomodaría a la demanda y además es equitativo en la medida en que no desplazamos la carga fiscal a aquellos que no disfrutaban de los servicios”*. En

²² RAMOS PRIETO, JESÚS. “La participación de las haciendas locales en los tributos de las Comunidades Autónomas”. Series de Gobierno Local, 10. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona, 2010, Pag 242.

²³ Fue la Comunidad Autónoma de Madrid a través de su Ley 15/1984 de 19 de diciembre del Fondo de Solidaridad Municipal de Madrid la que activó este sistema y fue objeto de un profundo rechazo social aunque su legalidad fue avalada por la STC 150/1990 .

²⁴ SUÁREZ PANDIELLO, JAVIER. “Cómo abordar la reforma de la financiación local” Informe sobre financiación local. Balance y propuesta de reforma. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona, 2010. Pag.31.

definitiva, debemos extender el principio de beneficio en la prestación de los servicios públicos locales, que son en su mayoría perfectamente divisibles y permiten ajustar este abono del gasto.

Del análisis de las liquidaciones de los presupuestos municipales gallegos tenemos que destacar que hay dos servicios que junto con el capítulo I destinado al personal devoran la mayor parte de los ingresos municipales: el alumbrado público y la recogida de basura y limpieza viaria. Justo el alumbrado público y la limpieza viaria aparecen recogidos en el artículo 21 del RD Ley 2/2004, 5 de marzo de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales como servicios donde la norma prohíbe expresamente la aplicación de tasas y por lo tanto la aplicación en los mismos de criterios de beneficio en busca de rentabilidad. Se ve en estos casos (especialmente en el del alumbrado público) con especial crudeza los efectos de la financiación de servicios locales vía presupuestos y sin repercusión del precio sobre los usuarios encargados de pagarlo; la inexistencia de mecanismos de control de la cantidad y calidad de servicio que necesitan los vecinos, en definitiva deja a las entidades locales a merced de las propuestas de las empresas suministradoras. No tiene mucho sentido con el estado de la tecnología actual seguir manteniendo el alumbrado público como un bien público local puro con imposibilidad de repercutir el precio sobre los vecinos que deberían decidir la cantidad, calidad y las inversiones necesarias de eficiencia energética en los alumbrados públicos municipales. Poder aplicar criterios de rentabilidad en el coste de la iluminación de nuestras calles y plazas es una necesidad para las arcas municipales, y posibilidades las hay siempre vinculadas a la creación de tributos relacionados con el principio de beneficio (tasas o impuestos).

El otro servicio que más recursos consume es la recogida de basura y traslado para su tratamiento y eliminación. Este servicio sí puede financiarse a través de tasas; sin embargo la autonomía local habilita a diferentes sistemas de financiación del mismo, a diferentes sistemas de gestión que van desde la prestación por funcionarios municipales hasta la contratación de empresas especializadas, reflejo directo de la diversidad municipal y de la imposibilidad de soluciones unívocas. Sin embargo, en esta propuesta y apuesta por evitar *free-riders* y por la utilización generalizada del principio de beneficio sería importante establecer unas reglas imperativas de que los servicios más importantes se financiaran a través de los usuarios, e imponer controles e inspección sobre las tasas establecidas, así como la corrección en el cálculo de las mismas a través de la comprobación del informe técnico-económico preceptivo del artículo 25 de la Ley de Haciendas Locales (que es el que decide el coste del servicio que se presta). El análisis de las Ordenanzas Fiscales actuales proyecta situaciones curiosas como la variabilidad de precios a pagar en ayuntamientos semejantes o la no necesidad incluso de cobrar algunos servicios, lo que genera la complicidad y aplauso inicial del vecino

pero acaba sin duda en el desequilibrio presupuestario.

En definitiva, tenemos que profundizar por una parte en la extensión de la participación de los ayuntamientos en la recaudación del IRPF y del IVA, bien a través de propuestas estatales o bien por decisiones autonómicas en su parte de impuestos cedidos²⁵ para conseguir una mayor flexibilidad en las haciendas locales, además de apuntalar la suficiencia financiera, sin olvidar el acercamiento que esto supondría de los gobiernos locales a la realidad económica de cada momento y proyectando esta administración multinivel también en el ámbito contributivo.

Además, se debería profundizar en las bondades que el principio de beneficio genera al obtener rentabilidad en la prestación de los servicios locales y por lo tanto extender la necesidad de copago en todos los deberes locales, si bien sin abandonar el principio de capacidad económica que debe estar siempre presente en el sistema hacendístico local por exigencia constitucional. La hacienda local tiene que estar sólo dirigida a conseguir que los servicios que presta sean mejores y más eficientes y olvidar cualquier tentación redistributiva y bonificadora cuya responsabilidad corresponde a las haciendas centrales.

2.1.3. Algunos ajustes en los impuestos locales existentes

Como estuvimos viendo no conviene a las haciendas más pequeñas separarse del principio de beneficio en su configuración de los ingresos ya que son muy sensibles en términos locacionales a los diferentes tratamientos fiscales, lo que supone que un mayor alejamiento del principio de beneficio y un mayor acercamiento al principio de capacidad económica supondría sin duda un alto coste en términos, por ejemplo, poblacionales o de competitividad. Así la tensión entre principio de capacidad o principio de beneficio deberá tener en cuenta siempre estos parámetros, especialmente en las haciendas locales tan sensibles y con una movilidad indiscutible.

Pero nos vamos a centrar ahora en las materias impositivas de los impuestos municipales obligatorios ya que parece claro que no es aplicable una transposición literal de la teoría de los bienes públicos²⁶. Estos bienes se caracterizan por dos aspectos

²⁵ Aunque parece que el artículo 39.2 de la RD Ley 2/2004, 5 de marzo de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales imposibilitaría esta posibilidad esto no es aceptado por RAMOS PRIETO, JESÚS que establece que “este precepto resulta hoy anacrónico, ya que cuando fue redactado los impuestos cedidos eran exacciones reguladas en su totalidad por el Estado que no obstante delegaba el ejercicio de bastantes de las competencias de aplicación – gestión, recaudación e inspección – y revisión en vía administrativa; pero este mecanismo de financiación durante los últimos años los acercó paulatinamente a la idea de “tributos comunes o compartidos” en “La participación de las haciendas locales en los tributos de las Comunidades Autónomas”. Claves del gobierno local. Fundación Democracia y Gobierno Local. 2010.

²⁶ En el artículo de VALLE SÁNCHEZ, VICTORIO. “Una nota sobre la caracterización de los bienes públicos”. Revista de Hacienda Pública Española, número 23, 1973; página 21; se recoge la definición

fundamentales: la no competencia en su consumo y la no aplicabilidad del principio de exclusión²⁷.

La primera característica significa que es indiferente el número de personas que consuman ese bien o servicio puesto que el consumo de uno no perjudica, afecta o influye en el mismo consumo por otro²⁸. Pero estos bienes públicos puros, en el caso de existir, tienen una determinada proyección geográfica y esta será fundamental en cuanto a la decisión de a qué nivel de la administración financiera corresponderá en su caso la suministración (el gasto) de este²⁹. Esta característica se reconoce como la indivisibilidad de los bienes públicos ya que una vez construido el bien o una vez que se decide crear el servicio se produce una oferta conjunta en la que cualquier unidad de ese bien puede hacerse disponible para todos los individuos³⁰.

La otra característica de los bienes públicos es la no aplicabilidad del principio de exclusión. En los bienes personales o de mercado, determinados servicios alcanzan un determinado precio lo que influye a la hora de excluir a aquellos que no estén dispuestos a pagar el precio que corresponda. El principio de exclusión es la clave de arco del sistema de mercado, ya que obliga a cada sujeto a revelar sus preferencias y determinar así el valor de cada bien. Pues en los bienes públicos nos encontramos que esta exclusión debería de ser imposible por variadas razones. Como por ejemplo causas físicas: la simple pertenencia a un grupo y a un determinado territorio implica el disfrute del bien (como por ejemplo la protección del medio, el orden público, etc.). También hay imposibilidades técnicas: sí habría posibilidad física pero el desarrollo de las tecnologías no permite realizar ese proceso de exclusión y dación de preferencias que determinarían el coste de un servicio³¹. Otra causa de la imposibilidad de aplicación del principio de exclusión es la llamada inaplicabilidad estricta, que es la acepción más correcta desde el punto de vista teórico, y son bienes en los que es imposible realizar curvas de oferta y demanda y funcionan a través de una suerte de decisión del tipo "todo o nada" sin posibilidad de ajuste cantidad-precio-coste.

Aplicando estas características sobre los servicios municipales es evidente que la

de Samuelson de bien público: "el consumo de tales bienes por un individuo no se sustrae del consumo realizado por cualquier otro individuo de estos mismos bienes".

²⁷ GARCÍA VILLAREJO, AVELINO y SALINAS SÁNCHEZ, JAVIER. Manual de Hacienda Pública General de España. Tecnos, 1985, Madrid, páginas 123 y siguientes.

²⁸ El mejor ejemplo es el de un faro que ayuda a los pescadores a entrar en puerto, que lo utilicen muchos o pocos no influye en el servicio una vez construido.

²⁹ Siguiendo con el ejemplo del faro parece razonable que si solo se benefician unos pescadores concretos de una zona determinada, procedan estos a su mantenimiento.

³⁰ VALLE SÁNCHEZ, VICTORIO. "Una nota sobre la caracterización de los bienes públicos". Revista de Hacienda Pública Española, número 23, 1973; página 23.

³¹ El ejemplo habitual en este supuesto es la utilización de una vía pública por un peatón.

mayoría de estos no cumplen ninguna de las características que acabamos de enumerar, que algunos cumplen la indivisibilidad y que otros cumplen la no aplicabilidad del principio de exclusión. No encontramos bienes públicos locales puros (como vimos por ejemplo con el alumbrado público) que necesiten ser financiados a través de un impuesto general y trufado completamente por el principio de capacidad económica.

Lo que sí parece más evidente es que en el caso de no existir el encorsetamiento establecido por el artículo 31 de la CE no debería haber problema actualmente para establecer una financiación de los servicios mínimos municipales a través del copago mediante un sistema de tasas o precios públicos o personales que además facilitarían un avance en la asignación de recursos³² al permitir conocer las preferencias de los usuarios.

Esta apuesta por el copago de los servicios públicos, que lleva consigo una exaltación del principio de beneficio y también del principio de equivalencia, también permitiría reducir el número de los consumidores libres de cargas o *free-riders* como los denomina la doctrina anglosajona. Estos servicios una vez creados y financiados sin tener en cuenta el principio de beneficio favorecen por igual tanto a aquellos consumidores que cooperan en su financiación como a aquellos que no lo hacen. Como decíamos, no se produce así en nuestro sistema, que tocado transversalmente por el principio de capacidad, establece en el ámbito local un sistema de impuestos que serán dentro de los tributos locales el producto fundamental de sus ingresos.

Así, y después de todo lo expuesto, del análisis de los hechos imposables de los impuestos locales se demuestra que la selección de estos, además de la tradición, lleva implícita una fuerte presencia del principio de beneficio (no como una figura que faculta a contribuir en función del beneficio que se obtiene) sino como una suerte de elemento que permite seleccionar los hechos imposables de un sistema básicamente orientado a prestar servicios³³. Así la vinculación del ciudadano con el municipio es imprescindible, y esta a su vez con el hecho imponible seleccionado, ya que ambos ponen de manifiesto una determinada provocación de costes y por lo tanto la necesidad de sufragárselos a los habitantes geográficamente localizados.

En definitiva, los principios constitucionales impiden que la cantidad de coste provocada por cada sujeto sea abonada por el propio sujeto. Así se articulan los impuestos locales que en todo caso no pueden evitar estar completamente viciados por el principio de beneficio. Estos impuestos por lo tanto están íntimamente relacionados con la cuota que paga el particular y el beneficio que obtiene por la actividad suministradora

³² ÁLVAREZ RENDUELES, JOSÉ RAMÓN. “La Teoría de los Bienes Públicos en la Hacienda Pública Moderna”. Revista de Hacienda Pública Española, número 23, 1973; página 41.

³³ GARCÍA NOVOA, CÉSAR. “Aproximaciones al objeto de imposición en el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica”. Tributos Locales, número 83, septiembre 2008, página 14.

de servicios: así poseer un bien inmueble, realizar una actividad empresarial o profesional y la titularidad de vehículos se presumen hechos que generan unos costes o una intensidad de utilización de los bienes y servicios públicos municipales. Podemos decir que estos impuestos tienen por lo tanto "cuerpo de impuesto pero alma de tasa".

Este aspecto peculiar de la imposición municipal justifica de alguna manera la duplicidad de hechos impositivos con figuras autonómicas y estatales, ya que su fundamento como impuestos con causa de tasa reduce de alguna manera las deficiencias evidentes desde el punto de vista de justicia tributaria. No olvidemos que la diferencia principal entre el impuesto y la tasa es que aquel no es consecuencia de una especial actividad de la administración ni constituye una compensación por las prestaciones realizadas, lo que no es de todo cierto según esta concepción de la imposición local, y habilita así una justificación a la duplicidad impositiva.

La pregunta de por qué estas materias impositivas son las escogidas por el legislador para configurar los impuestos obligatorios y servir al principio de capacidad económica no parece tener otra respuesta que la mera discrecionalidad³⁴. Así poder disecionar por qué unas actividades municipales sí se pueden financiar íntegramente o parcialmente a través de tasas y otras son financiadas transversalmente por impuestos no nos lleva a respuestas científicas; aunque algún autor establece que la razón no es otra que la diferente naturaleza del bien protegido³⁵, cuestión en todo caso discutible. Por lo tanto la situación que nos encontramos es un sistema tributario local formado por impuestos fundamentados en el principio de beneficio, y tasas y contribuciones especiales que por su propia naturaleza se fundan en ese mismo principio.

¿Por qué estos tributos en la Ley de Haciendas Locales y no otros? En la propia Exposición de Motivos de la Ley 39/1988 se insinuaba una reserva de materia impositiva a las Haciendas Locales y se decía que a partir de esta "se crearon las figuras impositivas idóneas para el mejor y más racional aprovechamiento de esa materia imponible". Es discutible esta visión de la tributación local como un espacio reservado y exclusivo a las figuras impositivas locales y más parece una normativa heredera de una fuerte tradición. Un acercamiento a los impuestos locales no puede sino devolvernos un conjunto de tributos que recaen sobre materias impositivas ya grabadas por el Estado y nos revela un sistema de prestaciones patrimoniales obligatorias duplicadas y un dudoso estado desde el punto de vista de la justicia tributaria y de aplicación del

³⁴ VILLAR ROJAS, FRANCISCO JOSÉ. Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos. Estudio de su naturaleza y régimen jurídico. Fundación de Estudios de Regulación. Editorial Comares. Granada 2000. Página 11

³⁵ PEREZ ZÚÑIGA, JOSÉ MARÍA. "La reforma del régimen de la tasas y precios públicos locales (Una aproximación al problema de la financiación de las Corporaciones Locales). *El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados* número 15, 2005. Pag 2524. Tomo 2.

principio constitucional de la capacidad económica³⁶. El legislador en 1988 a la hora de escoger materias impondibles no profundizó en nuevas posibilidades sino que mantuvo la misma línea argumental que en los sistemas anteriores con simples aspectos de reordenación y modernización del ya existente.

Respecto de los impuestos municipales es destacable su especial incidencia sobre los bienes inmuebles. La explicación del gran peso de la fiscalidad inmobiliaria en la Hacienda Local estaría, entre otros motivos, en que los bienes inmuebles constituyen una manifestación inequívoca e inmediata de riqueza, y por lo tanto, son susceptibles de generar ingresos continuos y estables, en palabras de Sánchez Galiana³⁷. Además, los tributos que gravitan sobre los bienes inmuebles satisfacen las exigencias del principio de beneficio pues son los propietarios llamados a soportarlos los directos beneficiarios de una buena parte de los servicios municipales³⁸.

El paradigma de estos impuestos es sin duda el Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Se criticó siempre su escasa flexibilidad y su carácter regresivo, y la mayor parte de la doctrina apuesta por la adaptación del valor catastral que configura su base imponible (Art. 65 RD Ley 2/2004, 5 de marzo de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) por su proyección a las realidades de mercado³⁹; un valor de referencia representativo del comportamiento del mercado inmobiliario. También sería conveniente minimizar el uso de beneficios fiscales para ampliar así sus posibilidades recaudatorias (volviendo a la idea de no configurar la financiación local con aspiraciones redistributivas). Otro aspecto olvidado hasta el día de hoy es el desarrollo reglamentario del término vivienda desocupada que habilitaría a los ayuntamientos a establecer un recargo del 50% (art. 72.4 in fine RD Ley 2/2004, 5 de marzo de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) a esas viviendas con el impacto extrafiscal que tendría en estos momentos de crisis; no tiene sentido que la posibilidad legal del artículo no fuera aún ejecutada. Especialmente interesante me parece la idea de Suárez Pandiello en el IBI rústico *“el IBI de los inmuebles rústicos se encuentra desde hace un cuarto de siglo en una situación de estancamiento que es preciso superar habida cuenta el incremento de la calidad de vida en el sector agrario vinculado en gran medida al esfuerzo financiero realizado*

³⁶ HERRERA MOLINA, PEDRO M. Capacidad económica y sistema fiscal. Análisis del ordenamiento español a la luz del sistema alemán. Monografías Jurídicas. Marcial Pons. 1998. Barcelona. Páginas 515-533.

³⁷ SÁNCHEZ GALIANA, JOSÉ ANTONIO. “La necesaria reforma tributaria de las haciendas locales: algunas consideraciones sobre la imposición municipal”. Quincena Fiscal Aranzadi. Num. 9/2010. Editorial Aranzadi SA. Pamplona. 2010.

³⁸ SIMÓN ACOSTA, E. “Los impuestos sobre la riqueza inmobiliaria”. Informes sobre el Proyecto de Ley Reguladora de las Haciendas Locales. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 1988, pag. 39 y ss.

³⁹ No tiene la misma opinión SÁNCHEZ GALIANA, JOSÉ ANTONIO en “La necesaria reforma tributaria de la haciendas locales: algunas consideraciones sobre la imposición municipal”

por los entes locales en el mayor acopio de servicios públicos en cantidad y calidad. Defendemos que este gravamen debe reconsiderarse y vincularse a las inversiones y gastos realizados por los municipios en el rural". Imaginemos las consecuencias de una medida así en los ayuntamientos gallegos, mayoritariamente rurales. Por último, algún otro autor establecía alguna solución valiente y que comparto, que dotaría al IBI de una flexibilidad de la que carece y que evitaría muchas otras modificaciones. Trátese de liberar los márgenes del tipo de gravamen⁴⁰ y que este sea casi libre para los ayuntamientos; o por lo menos que tenga menos trabas evitando esa tutela por la legislación estatal. Estos tipos de gravámenes podrían estar sujetos a criterios idóneos que evitarían la total discrecionalidad de los ayuntamientos⁴¹. Y por supuesto esta misma idea es aplicable al resto de impuestos locales.

El impuesto municipal más criticado, y más hoy en día, es el Impuesto Sobre Actividades Económicas. Aunque el impuesto, y especialmente desde 2002 cuando se extendieron las exenciones a todas las personas físicas⁴² y a las personas jurídicas cuya cifra de negocio no había superado el millón de € está en mínimos recaudatorios y con poca influencia en los presupuestos locales de la mayoría de los ayuntamientos. El impuesto no responde a su nombre, ya que a la vista del ámbito subjetivo y objetivo debería llamarse "Impuesto sobre Ciertas Actividades Económicas de las Grandes Compañías"⁴³. Es unánime la doctrina en que solamente cabe o su desaparición o su reajuste en condiciones más asumibles de eficiencia y equidad. Y es aquí donde podemos poner en conexión la propuesta de hacer partícipes a todos los ayuntamientos en la recaudación estatal y autonómica del IRPF y del IVA, actuación que debería ir acompañada en todo caso con la desaparición del IAE e ir así acomodando los diferentes hechos imposables.

Como analizamos en apartados anteriores de la fiscalidad municipal, los impuestos locales tienen además de su potente componente histórico una finalidad de hacienda contributiva, esto es, encaminada a financiar los servicios municipales y a costear los gastos derivados de la utilización de estos servicios, en una proyección del principio de

⁴⁰ En esta línea de profundizar en la flexibilidad del sistema financiero local también VALENZUELA VILLARUBIA, ISIDRO. "El sistema de financiación de los entes locales: visión crítica y propuestas para su reforma". Instituto Andaluz de Administración Pública. Premios Blas Infante 2005. Sevilla. 2005. Pag. 213

⁴¹ CHECA GONZÁLEZ, CLEMENTE. "Las últimas reformas sobre el IBI y en materia catastral". Las haciendas locales: situación actual y líneas de reforma. Serie claves del gobierno local, 4. Fundación Democracia y Gobierno Local. Barcelona. 2005. Pag. 249.

⁴² Exención que desde un punto de vista teórico tiene mucha lógica, ver LOPEZ ESPADAFOR, CARLOS MARÍA. "La necesaria reforma del impuesto sobre actividades económicas: su articulación como recurso de la haciendas locales y su coordinación dentro del sistema tributario español". Documentos. Instituto de Estudios Fiscales. Doc 15/06.2006, pag.27.

⁴³ POVEDA BLANCO, FRANCISCO. "El nuevo impuesto sobre actividades económicas. Comentarios y análisis práctico". Deusto. Bilbao.2003

beneficio. Así, dentro de este esquema, el Impuesto de Vehículos de Tracción Mecánica como tributo que graba los vehículos sería consecuencia de la necesidad de financiar los accesos rodados municipales y las vías de comunicación interna de las entidades locales así como su mantenimiento. Siguiendo esta lógica jurídica lo importante por lo tanto sería no ya el titular del vehículo, ni siquiera su potencial usuario; sino el lugar donde habitualmente el vehículo genera un consumo de vías de comunicación municipales. El ayuntamiento que va a recibir el líquido de la recaudación de este tributo va a ser aquel que sea el del domicilio legal del titular administrativo del vehículo, esto es, lo que conste en el DNI o se justifique con algún otro documento legal como un certificado de empadronamiento. Es evidente que esto no garantiza que el municipio que sufra las consecuencias de la utilización de sus vías por vehículos vaya a recibir toda la recaudación de estos ya que justo la naturaleza ontológica del vehículo es el movimiento y un vehículo puede estar "consumiendo" carreteras de un municipio al que no le abonará el impuesto ya que su titular tiene su domicilio legal en otro lugar. Un análisis de los requisitos que exige la Dirección General de Tráfico para proceder a un cambio de domicilio en el permiso de circulación de un vehículo establece que se exija sólo como documentación justificante bien el DNI, el certificado de empadronamiento, la tarjeta censal, etc. Si no hay cambio de municipio será suficiente con un recibo de agua, luz, gas, etc. Entiendo que la característica del lugar de utilización física del vehículo es más importante desde la perspectiva del federalismo fiscal municipal que su titular o el domicilio de su titular y que en el estado de la tecnología actual no debería ser especialmente difícil tener perfectamente localizados consumos de vías de comunicación que lleva a cabo cada vehículo y realizar así una repartición de la carga impositiva más equilibrada, lo que permitiría además evitar las astucias de derivar el impuesto a municipios con menor carga impositiva con una modificación de domicilio o de cambio de titular fraudulenta y muy sencilla desde el punto de vista administrativo y tributario pero con una importante desviación de flujos recaudatorios. Además la visión clásica del vehículo como objeto que gasta y destroza carreteras está hoy superada y las pérdidas para el municipio que soporta la circulación de estos va más allá de una simple reposición de infraestructura y afecta a otros ámbitos como el medio, el espacio, el ruido o la calidad de vida de sus vecinos.

Hay otra posibilidad que permite la normativa básica estatal en la Disposición Adicional Primera del RD Ley 2/2004 de 5 de marzo de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; y es que la administración autonómica establezca y exija un impuesto sobre la materia imponible grabada por el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica; el ejercicio de esta potestad establecerá las compensaciones a favor de los municipios mediante subvenciones incondicionadas o participación en los tributos de la Comunidad Autónoma, ya que se suprimirían los Impuestos sobre Vehículos de Tracción

Mecánica de cada ayuntamiento. Las ventajas de esta posibilidad son claras desde un punto de vista de gestión del impuesto y aplicación del uso territorializado del vehículo. Además puede permitir abrir el hecho imponible a criterios más profundos de corte medioambiental vinculados a la contaminación del vehículo. Otro beneficio de esta posibilidad es que permitirá articular mejores estrategias de la fiscalidad del automóvil al ser impuestos cedidos en las Comunidades Autónomas el Impuesto de Hidrocarburos, parte del IVA y el Impuesto de Matriculación. Esta posibilidad además no generaría ningún desgaste en la suficiencia financiera ya que los ayuntamientos no podrán nunca percibir menos de lo que percibían ni suponer una merma en las posibilidades de crecimiento futuro por dicho impuesto.

2.2. EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL

Uno de los principales problemas de la función pública local es posiblemente la fragmentación de su normativa, con fallos de estructuración. Estamos ante una regulación superpuesta que va desde la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que aún mantiene algunos artículos vigentes de la conocida Ley 30/1984 o que hasta necesita suplirse en ocasiones con la Ley de Funcionarios Civiles del Estado o el Real Decreto 364/1995, del 10 de marzo, por lo que se aprueba la Legislación General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado; también de aplicación obligatoria a todos los ayuntamientos es la legislación que establece los programas y requisitos mínimos para el acceso a la función pública local; RD 896/1991. La normativa autonómica gallega también es aplicable a las entidades locales gallegas al incluirse en el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Función Pública de Galicia en su artículo 3.2. Y por supuesto la normativa administrativa específica de régimen local que afecta a los empleados públicos locales, esto es, los artículos vigentes de la LBRL, el RD Legislativo 781/1986 de 18 de abril por lo que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.

Por lo tanto es evidente que una primera propuesta debe ir encaminada a la simplificación del ámbito normativo; responsabilidad que en este caso es compartida entre el legislador estatal y el legislador autonómico. Por ello, misión importante es una nueva articulación de la cascada reglamentaria de la función pública local, en la que debemos destacar una nueva decisión que debe tomar el legislador como hasta donde quiere llegar en la organización administrativa municipal. Un desajuste básico hoy en día en los ayuntamientos, y por supuesto en los gallegos, es la falta de una estructura burocrática más o menos uniforme que pueda servir ya no de molde, sino de límite

ante posibles errores de gestión que generan problemas de difícil solución. Un acercamiento a los cuadros de personal de los municipios gallegos, especialmente en los de población media y los más pequeños, nos muestra una estructura funcionarial dispersa y sin ningún tipo de parámetro que pueda validar la eficiencia de la misma. Varios ayuntamientos de población semejante, extensión parecida y similares presupuestos pueden tener un cuadro de personal en sus servicios básicos completamente diferente, los funcionarios que desarrollan las funciones básicas presentan entre ayuntamientos diferencias tanto cuantitativas como cualitativas, podemos encontrarnos que en estos ayuntamientos haya funcionarios de la Escala de Administración General, subescala Técnica (A1) y en otros no tengamos ninguno pero sí un exceso de la subescala de auxiliar. Esto además genera unas consecuencias inmediatas en el capítulo I de los presupuestos locales. El establecimiento de una configuración nuclear en la burocracia de la Administración Local sería muy interesante desde un punto de vista de la ordenación y profesionalización de los funcionarios locales, configuraciones de cuadros de personal según los habitantes, presupuestos y con un margen lo suficientemente amplio que permita ajustar las necesidades concretas de cada ayuntamiento pero también lo suficientemente lógico que evite situaciones ineficaces. La normativa habilita perfectamente para tomar estas decisiones de mínimos en las organizaciones locales y no afectaría al punto central de la autonomía local. La decisión de un gobierno municipal de optar por crear plazas de funcionarios cuando estas no son necesarias tiene consecuencias de casi imposible solución en las más de 8.000 entidades locales que salpican el Estado y por lo tanto es un error tentador y de efectos de evolución progresiva. La creación de cada plaza de funcionario debe ajustarse a parámetros muy estrictos de control financiero a largo plazo. En la misma línea de falta de cierta limitación en la función pública local y que *"los funcionarios representan poco más de la quinta parte de todo el personal al servicio de la Administración Local"*⁴⁴; por lo tanto el resto es personal laboral. Casi el 75% de los empleados públicos locales en España son personal laboral; una muestra más de lo defectuoso del sistema y de la necesidad de su corrección. Es necesaria una vuelta al modelo estatutario de la función pública. En esta línea la figura jurisprudencial del personal laboral indefinido no fijo, trasladada ya a normativa, presenta en los ayuntamientos gallegos un problema casi endémico puesto que a través de procesos selectivos (en el mejor de los casos) para la contratación de personal laboral por obra o servicio determinado (laboral temporal) se están creando en los presupuestos gastos estructurales derivados de las sentencias de la jurisdicción laboral que exigen la creación de la plaza en el cuadro de personal

⁴⁴ LOPEZ PELLICER, JOSÉ ANTONIO. El régimen de la función pública local ante la anunciada reforma de la administración local y en anteproyecto de ley básica de esta. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. n.º7. Quincena del 15 al 29 de abril. Editorial La Ley. 2006

y en el presupuesto municipal y la posterior convocatoria de la misma con carácter permanente. Así, un error en la gestión por los gobernantes locales supone un gasto permanente a los vecinos y a las arcas municipales, además de implicar una ineficiencia en la gestión. Una solución para este problema sería la reducción al máximo en las posibilidades de contratar personal laboral temporal, sustituyendo estas necesidades puntuales de empleados públicos por la figura ya establecida en el artículo 10 del EBEP de funcionarios interinos para ejecución de programas de carácter temporal y que no tienen esa problemática de generar gasto público estructural permanente en el caso de extenderse en el tiempo por un error o dejación de los gobernantes locales.

Es cierto que las últimas Leyes de Presupuestos Generales establecen unos límites al crecimiento del capítulo I de todo el sector público, disposiciones derivadas de la situación coyuntural que tenemos y que en ningún caso soluciona el problema de fondo. Esta regulación de limitación y ordenación de los cuadros de personal de las corporaciones locales, por lo menos en lo que respecta a los servicios básicos administrativos, es ya una cautela que tiene nuestra normativa en su artículo 169.1 del RD Legislativo 781/1986 de 18 de abril por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local: *"La Administración del Estado fijará los criterios de población, clasificación de la Secretaría respectiva y demás que sirvan para la determinación de las Corporaciones en que puedan existir puestos de trabajo a desempeñar por funcionarios de cada una de las Subescalas de la Escala de Administración General"*. Además de esto el problema no es normalmente la masa salarial global sino muchas veces los salarios de cada funcionario que son tremendamente diferentes entre los ayuntamientos para puestos de igual categoría y nivel, jugando con el complemento específico y produciendo desajustes e ineficacias; la intervención de márgenes debería extenderse también hacia una unificación de salarios entre las administraciones locales con características parecidas.

Otro problema conocido en el campo de la función pública local son las deficiencias que genera una Administración de cercanía en los procesos de selección de su propio personal, especialmente en aquellos ayuntamientos más pequeños. Una solución que se debería estudiar es el alejamiento del proceso selectivo lo más posible del órgano decisorio que requiere ese personal, para garantizar la objetividad e imparcialidad. Si bien, según la normativa básica actual, los tribunales de selección ya sólo pueden estar formados por personal técnico capacitado, no es menos cierto que la opción continua por el concurso-oposición supone una apariencia generalizada de falta de igualdad de oportunidades entre los aspirantes a la función pública. Una solución que mejoraría esta apariencia de objetividad y por lo tanto dignificaría a los empleados públicos locales sería que los procesos selectivos se realizaran a través de un encargo

de gestión por la Escuela Gallega de Administración Pública⁴⁵ o que fuera necesario en todo caso pasar un curso selectivo en la misma que garantizase los conocimientos mínimos en toda la administración local gallega y por lo tanto una profesionalización mínima obligatoria en todos los funcionarios locales. Así se hace ya, por ejemplo, con los Policías Locales.

Por último, una función pública dignificada con algunas de estas propuestas tiene que concluir con una mayor responsabilidad de la misma, y por lo tanto con mayores posibilidades de los funcionarios locales de controlar y fiscalizar las acciones políticas para conseguir su ajuste a la legalidad. Como dice Cuadrado Zuloaga⁴⁶ los políticos necesitan del concurso de los funcionarios públicos como gestores públicos, empleados públicos que conozcan el amplio panorama de posibilidades que ofrece la ciencia administrativa como eficaz garantía de una adecuada ejecución de las líneas programadas. La ayuda de los funcionarios más expertos y capacitados es imprescindible para llevar adelante la política de los gobernantes con arreglo a criterios de buena Administración. No parece conveniente extender el modelo introducido por la Ley 57/2003 de modernización de la Administración Local que solamente consiguió duplicar puestos aislando al Secretario y otorgando muchas de sus funciones a otros funcionarios. Incrementar el gasto burocrático duplicando puestos tiene mucho menos sentido en ayuntamientos de menor tamaño donde los funcionarios con habilitaciones de carácter estatal deben conjugar las funciones de gestores-directivos al tiempo que de fiscalizadores de la legalidad. Esta función de control de la legalidad debe ser potenciada en la nueva regulación concediéndole unas mayores consecuencias administrativas a los controles internos de los ayuntamientos, ya que se está viendo la falta de eficacia de las depuraciones contencioso-administrativas y contables por los órganos externos. Parece más interesante aprovechar esta figura de honda tradición en nuestros ayuntamientos que experimentar controles administrativos vía autorizaciones por parte de las administraciones autonómicas y estatales sobre los actos locales, posibilidad habilitada por la jurisprudencia constitucional y que ya se hace en algunos sectores como el patrimonial. Poner en valor la figura de estos funcionarios es una garantía para el ciudadano.

⁴⁵ La normativa catalana establece esta previsión en su artículo 286.4 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por lo que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña: "Si lo acuerda el pleno de la corporación local, la selección de su personal puede encomendarse a la Generalitat, mediante la Escuela de Administración Pública de Cataluña. En este caso, la Generalitat aprueba las bases y hace la convocatoria y el proceso de selección, en el marco de lo que establece el apartado 3."

⁴⁶ CUADRADO ZULOAGA, DANIEL. Progresiva desprofesionalización de la Administración Pública. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. nº7. Quincena del 1 al 15 de junio. Editorial La Ley. 2009.

2.3. UN MAYOR CONTROL DEL GASTO PÚBLICO LOCAL

El instrumento financiero fundamental en las entidades locales gallegas es el presupuesto. Los problemas de tesorería que tienen la mayoría de los ayuntamientos gallegos tienen su origen en una mala planificación presupuestaria por una parte y en una defectuosa ejecución del mismo por otra. La mala planificación genera unos presupuestos que no se ajustan a la realidad y con unos ingresos por encima de los que serán, ya no recaudados, sino ni tan siquiera reconocidos y por lo tanto la posibilidad de gastar más allá de lo posible. Además, en muchas de las administraciones locales no se sigue un procedimiento administrativo de reconocimiento del gasto, especialmente en los gastos menores, lo que supone la prestación de servicios y la suministración de productos sin conocer previamente la existencia del crédito necesario. Estas circunstancias, ampliadas por otras, generan que sea necesario acudir a la figura del reconocimiento extrajudicial de crédito como figura habitual para aplicar al presupuesto todas las facturas atrasadas; procedimiento que tiene en la normativa un carácter excepcional y que es utilizado como un ciclo diabólico y en ocasiones supone consumir una parte importante del crédito corriente. A esto podemos añadir que la falta de personal capacitado y organizado por criterios estrictamente administrativos para ayudar en sus funciones a los Interventores está generando que la fiabilidad de los datos contables pueda no ser en la mayoría de las ocasiones lo rigurosa que debería y por lo tanto oscureciendo aun más las soluciones⁴⁷. No cabe duda que aquí las Diputaciones Provinciales tienen una carencia ya que debería ser obligatoria en todas ellas unas Unidades de apoyo contable y presupuestario que pudieran actuar con carácter inmediato en cualquier ayuntamiento que lo solicitara y tener al tiempo una contabilidad integrada provincial, lo que generaría una cantidad de datos e indicadores que mejorarían la gestión económica financiera local además de permitir aprovechar mejor los recursos.

Ya relacionado con la evolución de la economía en los últimos años, es cierto que esta generó muchos ingresos puntuales vinculados especialmente al urbanismo, que supusieron la expansión de los gastos corrientes estructurales que ahora en época de recesión se ven amenazados. Me gustaría destacar aquí la reciente Ley de Disciplina Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera aprobada por el Parlamento de Galicia que evitará justo que en épocas expansivas la autonomía presupuestaria pueda volver a generarnos estos gastos estructurales. Sería una medida apropiada la extensión del ámbito de aplicación de esta norma a las entidades locales gallegas; medida que en-

⁴⁷ RODRÍGUEZ CASTAÑO, ANTONIO RAMÓN. “Propuestas para la mejora de la gestión económico-financiera de las corporaciones locales”. En el Libro “Estudios sobre la modernización de la Administración Local: teoría y práctica”. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2009.

tiendo perfectamente legal ya que el Estatuto de Autonomía de Galicia establece en su artículo 49 que *"corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la tutela financiera sobre los entes locales respetando la autonomía que a los mismos reconocen los artículos 140 y 142 de la Constitución y de acuerdo con el artículo 27. 2 de este Estatuto"* y además el artículo 27.2 del mismo establece que la *"organización y régimen jurídico de las comarcas y parroquias rurales como entidades locales propias de Galicia, alteraciones de términos municipales comprendidos dentro de su territorio y, en general, las funciones que sobre el Régimen Local correspondan a la Comunidad Autónoma al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y su desarrollo"*; y, por supuesto, lo establecido en el artículo 30.1: *"fomento y planificación de la actividad económica en Galicia"*. Tradicionalmente, al hablar de los principios rectores de las Haciendas locales, vienen instantáneamente a la cabeza los principios anteriormente citados de autonomía y suficiencia financieras. No obstante, a las Haciendas locales, como parte integrante de la Hacienda Pública española y gallega, le son de aplicación las reglas generales de funcionamiento de la Hacienda General, que presiden las relaciones entre las distintas haciendas del Estado.

En palabras inmejorables de Valenzuela Villarubia⁴⁸, y siguiendo su exposición al respecto, además de los principios de autonomía y suficiencia financiera hay otros principios que también son de aplicación a las entidades locales gallegas, como es sin duda el principio de legalidad, que justo tiene una importante proyección en lo que respecta tanto a los ingresos locales, como al gasto público local, y por supuesto en todo lo que se refiere a la legislación presupuestaria.

Por lo que respecta al gasto público local, las Entidades locales aparecen vinculadas en la gestión de sus gastos por lo dispuesto en el art. 133.4 CE, que obliga a las Administraciones Públicas a contraer obligaciones financieras y a realizar gastos solo en el marco que les permiten las leyes. Este mandato significa que las Entidades Locales deberán prever su gasto (presupuestar), y ejecutarlo, conforme a las normas básicas que determina la Ley de Haciendas Locales, la normativa de desarrollo y la legislación presupuestaria.

Además la doctrina del Tribunal Constitucional en lo que se da en llamar "Hacienda de coordinación" habilita el establecimiento de reglas financieras a las haciendas locales por parte de las haciendas estatal y autonómica. (STC 27/1987 de 27 de febrero⁴⁹).

⁴⁸ VALENZUELA VILLARUBIA, ISIDRO. "Los principios genéricos de las Haciendas locales españolas y su limitación sobre la política fiscal local". El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, N^o 20, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2010, Ref. 2965/2010, pág. 2965, tomo 3, Editorial LA LEY

⁴⁹ De entre todos los pronunciamientos del Alto Tribunal, destacamos la Sentencia 27/1987, del 27

La nueva ley de disciplina presupuestaria plantea grandes novedades para garantizar la sostenibilidad financiera de las finanzas públicas gallegas, por lo que no tendría mucho sentido dejar fuera de esta normativa a las finanzas locales gallegas cuando estas suponen cerca del 20% del total del gasto del sector público gallego. Una de las medidas más importantes de esta ley es el establecimiento de un límite de gasto no financiero autorizado por el Parlamento de Galicia que evitará que ingresos extraordinarios se incorporen a la estructura administrativa a través del gasto corriente, y que significará el destino de estos ingresos extraordinarios para amortizar deuda. La flexibilidad de los tributos locales supuso en el anterior ciclo expansivo que justo estos ingresos extraordinarios generaran un incremento del gasto fijo de los ayuntamientos y diputaciones por lo tanto la entiendo como una medida imprescindible en el ámbito local gallego. El control del incremento del gasto más allá de las previsiones de esta ley también sería interesante pero como decíamos en el apartado anterior, dotar de mayores efectos a los controles internos de los ayuntamientos puede generar una primera barrera de especial importancia ante la constante tentación de presupuestos no ajustados a la realidad.

de febrero, que definió el contenido y límites de lo que se ha venido a denominar «la Hacienda de coordinación», con las siguientes conclusiones:

- Contenido. La coordinación implica una red de relaciones interadministrativas tendente a conseguir la información mutua, la homogeneidad técnica, y la acción conjunta de las Administraciones coordinadas, con el objetivo de alcanzar el interés común, evitando disfuncionalidades.
- Límites. Los límites genéricos de toda acción de coordinación vienen dados por las siguientes pautas:
 - La coordinación no entraña limitación a las competencias de los entes coordinados, sino límite al ejercicio de estas.
 - La coordinación no puede traducirse en la imposición de instrucciones agotadoras para el ente coordinado, de modo que este vea suprimida totalmente su capacidad de influencia o decisión en la acción conjunta. Los medios y técnicas empleados deben respetar la discrecionalidad de los entes coordinados.

En cumplimiento de estas llamadas del intérprete constitucional, la legislación administrativa ideó una serie de técnicas y medios para hacer efectiva la coordinación entre Administraciones Públicas. Estas técnicas son requeridas especialmente en aquellas situaciones en las que se cruzan competencias o funciones de distintos entes, como sucede con el establecimiento del sistema financiero para la Hacienda Pública. Así, la coordinación financiera local se puede alcanzar desde varios estadios (...) Coordinación normativa. Se logra mediante la articulación del trinomio legislación básica/legislación de desarrollo/Ordenanzas y Legislaciones locales, integrando todas ellas el conjunto normativo financiero aplicable a las Entidades locales (el ordenamiento jurídico-financiero local).

3. BIBLIOGRAFÍA

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

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

LA ORDENACIÓN DEL LITORAL EN GALICIA: BASES CONCEPTUALES, PRESUPUESTOS POLÍTICOS Y RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

Francisco Javier Sanz Larruga

Catedrático de Derecho Administrativo
Director del Observatorio del Litoral
Universidade da Coruña

Resumen: *Resumen: Después de exponer las bases conceptuales y jurídicas de la ordenación del litoral en Europa y en España, se analizan los precedentes normativos de ordenamiento de la Comunidad Autónoma de Galicia sobre la ordenación y planificación de sus zonas costeras. Finalmente, se estudia el Plan de Ordenación del Litoral de Galicia aprobado por el Decreto 20/2011.*

Palabras clave: *litoral, gestión integrada de zonas costeras, ordenación del territorio, urbanismo, medio ambiente, Galicia.*

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

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

Sumario: *1. Introducción. 2. Bases conceptuales y presupuestos jurídicos para la ordenación de las zonas costeras. 2.1. El indeterminado concepto de "ordenación del litoral". 2.2. La elaboración doctrinal sobre la gestión integrada de las zonas costeras. 2.3. La ordenación del litoral en la Unión Europea. 2.4. La frustrada Estrategia española de Gestión Integrada de las Zonas Costeras. 2.5. Las iniciativas y experiencias sobre ordenación del litoral de las Comunidades Autónomas. 3. Hacia la ordenación integrada y sostenible del litoral de Galicia. 3.1. La previsión estatutaria sobre ordenación del litoral. 3.2. La ordenación del litoral en la Ley 10/1995 de Ordenación del Territorio de Galicia. 3.3. Las referencias al litoral en la Ley de Ordenación Urbanística y de Protección del Medio Rural de Galicia de 2002. La previsión del "Plan Sectorial de ordenación del litoral. 3.4. El relanzamiento del Plan de Ordenación del Litoral por la Ley 6/2007, de 11 de mayo, de Medidas Urgentes en materia de ordenación del territorio y del litoral. 4. El plan de ordenación de litoral de 2011. 4.1. Hitos fundamentales en la tramitación del POLGA. 4.2. Una previa y obligada referencia a la reciente reforma de la Ley 9/2002 en virtud de la Ley 2/2010 y sus repercusiones sobre el litoral. 4.3. Las Directrices de Ordenación del Territorio de Galicia y sus determinaciones sobre el litoral. 4.4. La aprobación definitiva del Plan de Ordenación del Litoral de Galicia por el Decreto 20/2011. 5. Conclusión. 6. Bibliografía.*

1. INTRODUCCIÓN

Desde la aprobación del Estatuto de Autonomía de Galicia en 1981 –en cuyo artículo 27,3 se contempla como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma la “ordenación del territorio y *del litoral...*”– hasta la reciente aprobación del “Plan de Ordenación del Litoral de Galicia” (en adelante, POLGA), en virtud del Decreto 20/2011 de 10 de febrero, han transcurrido tres décadas a lo largo de las cuales se han ido desarrollando, no sin problemas, los contenidos esenciales de nuestro ámbito autonómico.

Destacar que el litoral en Galicia es un elemento fundamental de nuestra identidad y uno de los más valiosos componentes de nuestro patrimonio natural resulta una obviedad. Desde hace mucho tiempo algunos vinimos reclamando que la ordenación del litoral era una prioridad para nuestra Comunidad Autónoma¹ y, sin embargo, es ahora cuando podemos vanagloriarnos de contar con un Plan que está llamado a llenar este vacío histórico de nuestro ordenamiento jurídico.

Para llegar a este punto se han tenido que superar muchas “batallas” jurídicas que tienen que ver con la regulación jurídica del Estado en materia de costas y con el alcance de las competencias autonómicas sobre las zonas costeras. En el ámbito de la Unión Europea se ha puesto de manifiesto la necesidad de ordenar de forma racional y sostenible las costas en las que vive la mayor parte de la población. Y de otra parte, las Comunidades Autónomas litorales se ha “aventurado” a desarrollar iniciativas de gestión integrada de sus costas que han acabado por generalizarse a toda España. De todo esto tratamos en el apartado II de este trabajo.

La previsión jurídica de un “plan de ordenación del litoral” vendría de la mano del derecho urbanístico con la aprobación de la vigente Ley de Ordena-

¹ En este sentido cabe destacar la pionera obra de E. PENAS: *Elementos para unha ordenación integral dos usos do medio litoral de Galicia*, Consellería de Pesca, Acuicultura y Marisqueo, Xunta de Galicia, Santiago, 2000. Se trata del primer trabajo científico en el que se propone para Galicia, si bien desde una óptica en la que predomina la preocupación por la ordenación y protección de los recursos pesqueros y marisqueros, una verdadera ordenación y planificación de los usos del litoral de Galicia. Poco años después publiqué mi monografía *Bases doctrinales y jurídicas para un modelo de gestión integrada y sostenible del litoral de Galicia* (editado por la Consellería de Medio Ambiente, Xunta de Galicia, Santiago, 2003) con una especial atención a los elementos jurídicos de la gestión, ordenación y planificación del litoral de Galicia. También cabe destacar el libro colectivo coordinado por T. CARBALLEIRA RIVERA: *Ordenación del litoral*, Xunta de Galicia, Santiago, 2001, que recoge las ponencias de unas Jornadas que con tal título se celebraron –organizadas por la Escola Galega de Administración Pública– en Ferrol en abril de 2000. Y mucho más reciente el libro que recoge las intervenciones tenidas lugar en un seminario organizado por el CEIDA: VALES VÁZQUEZ, C. (Director): *A Xestión do litoral*, Xunta de Galicia, Consellería de Innovación e Industria, CEIDA, 2009.

ción Urbanística y Protección del Medio Rural de 2002 como analizamos en el apartado III.

Y, ahora, en plena crisis financiera y, por ende, "crisis del ladrillo", que ha rebajado la enorme presión urbanizadora a que han estado sometida muchas de las zonas costeras de nuestro litoral de Galicia, contamos con un recién aprobado "plan de ordenación del litoral de Galicia" (al que dedicamos el apartado IV del presente trabajo). Un Plan que habrá que analizar en profundidad en los próximos años en la medida en que su aplicación concreta va a requerir, sin duda, interesantes debates jurídicos de diversa índole (urbanístico, ambiental, etc.).

En previsión de futuras investigaciones, nos proponemos en este trabajo la más modesta tarea de enmarcar esta importante iniciativa en el ámbito de las políticas públicas y con el objetivo de ofrecer una breve historia de su desarrollo normativo.

2. BASES CONCEPTUALES Y PRESUPUESTOS JURÍDICOS PARA LA ORDENACIÓN DE LAS ZONAS COSTERAS.

2. 1. EL INDETERMINADO CONCEPTO DE "ORDENACIÓN DEL LITORAL".

Qué ha de entenderse por "ordenación del litoral" plantea considerables dificultades ante la propia indeterminación jurídica del concepto de litoral. Con anterioridad a la STC 149/1991, de 4 de julio (sobre la Ley de Costas, en adelante, LC) alguna doctrina había defendido la separación entre los conceptos de "ordenación del territorio" y "ordenación del litoral". Así, por ejemplo, MEILÁN GIL, afirma que "la concreta competencia sobre ordenación del litoral supone algo no reconducible e identificable agotadoramente con la ordenación del territorio y del urbanismo. *Ha de salvarse en la medida de lo posible la singularidad de aquella competencia, sin subsumirla en la genérica de ordenación del territorio y sin reducirla al urbanismo*"².

Una interpretación diferente era la de quienes opinaban que el litoral forma parte del territorio de las Comunidades costeras y que, por tanto, la ordenación del litoral no es mas que una especialidad de la ordenación del territorio³. En

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

³ En este sentido, por ejemplo: SAINZ MORENO, F.: "Término municipal y dominio marítimo", en *Revista*

esta misma dirección, PÉREZ CONEJO defiende que la interpretación adecuada sobre la "ordenación del litoral" parece ser la de una ordenación basada en el criterio de la "planificación en profundidad", es decir, "una ordenación racional hacia el interior del territorio en contraposición al asentamiento de actividades y localización de los usos efectuados, tradicionalmente, en la primera franja adyacente al mar"⁴.

En cuanto a la legislación local y urbanística se deduce, como señala PONS CANOVAS, de sus disposiciones que "las funciones de planificación, ejecución y disciplina urbanísticas se refieren exclusivamente a la porción de superficie terrestre de los Municipios y de las Comunidades Autónomas"⁵. Sin embargo no han faltado autores que, desde la perspectiva de la expansión de las facultades territoriales y urbanísticas, consideran que las aguas interiores y el mar territorial forman parte del término municipal y del territorio autonómico⁶.

Por otra parte, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que llega hasta nuestros días –que recoge PONS CANOVAS⁷– se niega la viabilidad jurídica de concurrencia de las competencias –autonómicas y locales– urbanísticas y de ordenación del territorio sobre las aguas marítimas. En ella se insiste en que los diferentes instrumentos municipales de ordenación urbanística –lo cual sería extensible a los instrumentos autonómicos de ordenación territorial– no pueden planificar los espacios marítimos mientras no exista un soporte físico o terreno que pase a formar parte de la zona marítimo-terrestre; y, por consiguiente, que las aguas interiores y el mar territorial no forman parte del término municipal ni del territorio autonómico litoral. Como señala el mismo autor, este criterio jurisprudencial "constata una grave desconfianza respecto

de *Administración Pública*, 112 (1987), p. 194, y PERALES MADUEÑO, F.: "Legislación urbanística y legislación sectorial. Un ejemplo: Proyecto de la Ley de Costas", en *Revista de Derecho Urbanístico*, 108 (1988), p. 123 y 124. También es la postura de PÉREZ ANDRÉS, A. A.: *La ordenación del territorio en el Estado de las Autonomías*, Marcial Pons, Instituto Universitario García Oviedo, Madrid, 1998, pp. 381 y ss.

⁴ *Las costas marítimas: régimen jurídico y competencias administrativas*, Comares, Granada, 1999, p. 378, nota 103. Donde se citan, para apoyar este criterio –utilizado además por la mayoría de los países europeos–, entre otros, los trabajos de GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.), *Análisis del litoral español. Diseño de las políticas territoriales*; y MICHAUD, J. L.: *Ordenación de las zonas litorales*, trad. Por J. Vioque Lozano, Madrid, 1981.

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

⁶ PONS CANOVAS cita los autorizados trabajos de GUAITA (en su *Derecho Administrativo Especial*), de BOQUERA OLIVER (en su trabajo sobre "Las licencias urbanísticas en las zonas marítimo-terrestre, marítima y portuaria"), GUTIÉRREZ COLOMINA (en su trabajo sobre el *Régimen jurídico urbanístico del espacio rural*), etc. Incluso una STC de 18 de mayo de 1984 (Ar. 2905) en la que se reconoce la competencia de los Municipios sobre incrementos de su territorio por accesión natural o artificial.

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

al papel de los planes de ordenación territorial y urbanística y priva completamente a las Comunidades Autónomas y a los Municipios de las facultades para ordenar las superficies marítimas más próximas a la ribera del mar y controlar las actividades proyectadas en tales superficies"⁸.

Por último, el TC ha sido taxativo al proclamar en su STC 149/1991 (sobre la Ley de Costas) que: "es obvio que la competencia autonómica sobre la ordenación del territorio *no se extiende al mar...*" (FJ 7º A) a) b'). Si bien tal conclusión no afecta a la competencia autonómica sobre la autorización de vertidos –no sólo los industriales y contaminantes, como pretendía el art. 110, h de la LC, declarado inconstitucional– desde tierra al mar y a las actividades relacionadas con la acuicultura –que le lleva a anular la referencia a esta materia en el artículo 111,1, d)–.

En el fondo de esta doctrina dominante –que priva a las Comunidades Autónomas de proyectar su competencia de ordenación del litoral sobre la zona marítima– late la concepción tradicional "patrimonialista" de los poderes de la soberanía o jurisdicción del Estado sobre los bienes del dominio público marítimo (el mar territorial y las aguas interiores) con la imposibilidad de que otras Administraciones públicas puedan ejercer competencias sobre el mismo. Se trata de una tesis basada en la concepción del dominio público como propiedad que ha sido rebatida muy convincentemente por la Profesora GARCÍA PÉREZ por ser poco apropiada en el caso del mar territorial⁹. En la misma línea, MENÉNDEZ REXACH mantiene que "en el mar territorial y en las aguas interiores (...), el Estado ejerce "soberanía", es decir, "poder", "jurisdicción" y no "dominio" o "propiedad"¹⁰. Concluye PONS CANOVAS que sobre el mar territorial y las aguas interiores el "Estado no sólo ostenta la mera titularidad demanial, sino que también ejerce un conjunto de potestades sobre una diversidad de materias... (...). Pero de ahí a entender que estas potestades impiden el desarrollo en las superficies marítimas de las competencias autonómicas y municipales sobre ordenación del litoral y urbanismo hay un abismo"¹¹.

Con la LC vigente, la ordenación del litoral debe entenderse como una re-

⁸ *Ibidem*. p. 189. Otros autores que también han mostrado oposición a dicha doctrina son BOQUERA OLIVER, ROMERO HERNÁNDEZ, GUTIÉRREZ COLOMINA y GARCÍA PÉREZ (citados por PONS CANOVAS).

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

¹⁰ En su trabajo: "La configuración del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de Costas", *Estudios Territoriales*, 34 (1990), p. 17.

¹¹ *El régimen jurídico de la ordenación de los espacios portuarios*, cit. pp. 194-195. Y cita una antigua STS de 2 de octubre de 1967 en la que se llegaba a reconocer la jurisdicción local no sólo sobre la zona marítimo-terrestre sino "aún las superficies que la continúan dentro de las aguas territoriales...".

gulación y determinación de los usos del espacio costero –no como un régimen de utilización y aprovechamiento del demanio marítimo-terrestre que es facultad del Estado–, “a través de la planificación territorial y/o urbanística, si bien el contenido de tales planes que incidan sobre el litoral ha de poseer un carácter más específico y unas determinaciones más pormenorizadas al ser planeamiento de detalle y desarrollo, lo que en última instancia supone que esa ordenación debe integrar todas las políticas sectoriales, incluida por supuesto la propia del demanio ribereño”¹². Resulta indudable que la LC incide sustancialmente sobre el planeamiento territorial (ordenación del territorio) y el urbanístico¹³, lo cual es posible “siempre que dicha repercusión se limite a establecer un régimen especial de protección, que condicione, pero que no impida, el ejercicio propio de las competencias de la Administración planificadora –autonómica y/o local–”¹⁴.

Dado que en litoral concurren diversos tipos de planificaciones, tanto sectoriales como generales (o territoriales) es preciso determinar su jerarquía de acuerdo con un criterio de prioridad que, ordinariamente es el siguiente¹⁵:

- 1º.- la planificación ambiental
- 2º.- la planificación derivada de la ordenación del territorio
- 3º.- la planificación demanial (hidrológica, costera, viaria, salvo la portuaria)
- 4º.- la planificación urbanística

Conviene, no obstante, recordar aquí algunas de los pronunciamientos del TC en las citadas sentencias que han de orientar las actuaciones competenciales de las diferentes Administraciones implicadas en la gestión del litoral¹⁶:

- todas las Comunidades Autónomas costeras poseen competencia exclusiva sobre la ordenación del litoral, incluyéndose en éste, al menos, la ribera del mar y las zonas de protección e influencia, que forman parte

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

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

¹⁴ PÉREZ CONEJO, op. cit. p. 393.

¹⁵ *Ibidem*. p. 393.

¹⁶ *Ibidem*. pp. 393-400.

- del territorio de las correspondientes Comunidades autónomas litorales y de los Municipios costeros
- la política de ordenación del territorio –que también es de competencia autonómica– parte de la necesidad de coordinar o armonizar, en cuanto a su proyección territorial, los planes de actuación de las diversas Administraciones públicas, incluida la del Estado (las derivadas de la titularidad que ostenta sobre el demanio costero)
 - ni las Comunidades Autónomas pueden desconocer las competencias que constitucionalmente se atribuyen al Estado, ni éste puede ignorar los títulos competenciales exclusivos de aquéllas. En todo caso, la ordenación territorial que de algún modo realiza la Administración del Estado al establecer el régimen jurídico del demanio litoral debe realizarse dentro de sus límites propios¹⁷
 - sobre los terrenos privados colindantes con el dominio público marítimo-terrestre, el condicionamiento de la ordenación territorial por parte del Estado se fundamenta en varios títulos competenciales: igualdad básica en las obligaciones de todos los propietarios (art. 149,1,1ª CE), legislación básica sobre medio ambiente (art. 149,1,23ª CE) –si bien ésta puede ser complementada por las “normas adicionales de protección” que pueden dictar las Comunidades Autónomas–, puertos de interés general, iluminación de las costas y señales marítimas (art. 149,1,23ª), etc.

Finalmente, a pesar de las indudables semejanzas entre las técnicas –o políticas– de “ordenación del territorio” y de “ordenación del litoral”, soy de la opinión de quienes afirman que esta última es una materia con sustantividad propia. Y, como vamos a ver seguidamente esta singularidad de la ordenación del litoral ha dado lugar a una específica metodología llamada “gestión integrada de las zonas costeras”.

2. 2. LA ELABORACIÓN DOCTRINAL SOBRE LA GESTIÓN INTEGRADA DE LAS ZONAS COSTERAS.

En 1972, el Congreso de los Estados Unidos de América aprobó la pionera *Ley federal de Gestión de las Zonas Costeras (Coastal Zone Management Act)*, que dio lugar al desarrollo de una metodología y a una nueva disciplina científica denominada “gestión integrada de las zonas costeras” (conocida bajo las

¹⁷ La titularidad dominical del Estado sobre la zona marítimo-terrestre conlleva una serie de facultades, fundamentalmente para asegurar la integridad física y jurídica de la misma, así como para garantizar la satisfacción de los valores sociales pella (así, por ejemplo, el caso de las playas).

siglas GIZC) que ha servido de ejemplo a otros instrumentos de ordenación territorial en otros países del mundo¹⁸.

En España el Profesor BARRAGAN MUÑOZ –Catedrático de Geografía de la Universidad de Cádiz– ha tenido el mérito de introducir en nuestro país los estudios sobre esta modalidad de ordenación territorial sobre la idea del litoral como "espacio disputado" y como "espacio problema"¹⁹. La necesidad de una ordenación específica del litoral nace de su realidad como bien escaso y progresivamente valorado para la localización de usos y actividades que entran en competencia. La ordenación del litoral requiera de un proceso de gestión integrada –una fase preliminar (de fijación de criterios de coherencia), una fase de descripción y análisis, una fase de valoración y diagnóstico, una fase de generación y selección de alternativas, y una última fases de ejecución y seguimiento²⁰.

En el mundo jurídico este concepto de la GIZC ha ido calando en la doctrina si bien todavía es preciso incorporar muchas de las ideas que supone aplicar plenamente un sistema de gestión integrada y sostenible de las zonas costeras²¹. Desde una perspectiva interdisciplinar constituye un buen punto de partida en esta línea de trabajo la actividad de investigación y difusión que viene desarrollado el Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña²².

¹⁸ Sobre la GIZC en Estados Unidos: HERRERA XIMENEZ, M. D.: "La gestión costera en los Estados Unidos: *Coastal Zone Management Act, 1972* y la estructura del programa asociado *Coastal Zone Management Program*", en SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza y Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña, A Coruña, pp. 81-90.

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

²⁰ Cfr. BARRAGÁN MUÑOZ, J. M.: Ordenación, planificación y gestión..., cit. pp. 154-164. Asimismo pueden consultarse sus más recientes trabajos: *Medio ambiente y desarrollo en áreas litorales: introducción a la planificación y gestión integradas*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003; *Las áreas litorales de España. Del análisis geográfico a la gestión integrada*, Ariel, Barcelona, 2004; *Política y gestión de áreas litorales en España, La gestión de áreas litorales en España y Latinoamérica*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005. Recientemente este Profesor ha constituido la *Red Española de Gestión Integrada de Áreas Litorales* (REGIAL) cuya página web puede consultarse en la dirección de internet: <http://www.uca.es/grupos-inv/HUM117/grupogial/paginas/proyectos/REGIAL/proyectorgial> (consultado el 20 de junio de 2011).

²¹ cuanto a una guía del proceso de gestión de áreas litorales cabe destacar igualmente el trabajo coordinado por DOMENECH, J. L. y SANZ LARRUGA, F.J.: *Guía para la implementación de un sistema de gestión integrada de zonas costeras*, Netbiblo, Oleiros, 2010.

²² Una buena muestra de la recepción de la gestión integrada de zonas costeras es el trabajo reciente de uno de los "autores intelectuales" de la Ley de Costas de 1988, MENÉNDEZ REXACH, A.: "La gestión integrada del litoral" en NÚÑEZ LOZANO, M. C. (Dir.): *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 135-185.

²² Cfr. su página web: <http://www.observatoriodelitoral.es> y la obra colectiva dirigida y coordinada por

2. 3. LA ORDENACIÓN DEL LITORAL EN LA UNIÓN EUROPEA²³.

El creciente interés por la ordenación y planificación de las zonas costeras en Europa hunde sus raíces en los comienzos de los años ochenta del siglo XX, bajo el impulso del Consejo de Europa, teniendo como punto de partida la aprobación de la *Carta Europea del Litoral* (Knania, Creta, octubre de 1981).

En el seno de la Unión Europea, la preparación de una "estrategia comunitaria para la gestión integrada de las zonas costeras" fue cobrando fuerza, desde mediados de los años noventa del pasado siglo, a instancia del Consejo de Ministros comunitario (Resolución de 6 de mayo de 1994) y se materializó en el *Programa de Demostración de la Comisión Europea sobre gestión integrada de las zonas costeras* (1996/1999). Los resultados de este "Programa de Demostración" –fruto de las experiencias desarrolladas en los treinta y cinco proyectos locales y regionales de toda Europa (Huelva, Valencia y Barcelona, en el caso de España)– se plasmaron con posterioridad en dos importantes documentos de la Comisión publicados en 1999: "Hacia una estrategia europea para la gestión integrada de las zonas costeras: principios generales y opciones políticas" y "Lecciones del programa de demostración de la Comisión Europea sobre la gestión integrada de las zonas costeras".

La experiencia obtenida por el referido Programa de Demostración de la Comisión y otros informes que fueron elaborados por diferentes expertos e instituciones, determinaron la publicación, en septiembre de 2000, de la propuesta de la Comisión para la puesta en marcha en la Unión Europea del proceso de GIZC²⁴. Esta propuesta culminó dos años después con la aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo de la *Recomendación 2002/413/CE sobre la aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras en Europa*. Sobre la base de un planteamiento fundamentado en la «estrategia europea para un desarrollo sostenible», destacó algunos principios programáticos que deberían seguir, en su caso, las «estrategias nacionales»:

SANZ LARRUGA, F. J. y GARCÍA PÉREZ, M. (Dirs.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza e Instituto de Estudios Económicos de Galicia- Observatorio del Litoral, A Coruña, 2009.

²³ Sobre el proceso de desarrollo de la estrategia de GIZC en la Unión Europea cfr. SANZ LARRUGA, F. J.: "La Unión Europea y la estrategia sobre gestión integrada y sostenible del litoral", en *Noticias de la Unión Europea*, nº 217 (2003) Año XIX, pp. 117-131. Mas recientemente el trabajo del mismo autor: "La Unión Europea y la estrategia comunitaria sobre gestión integrada de las zonas costeras", en SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza y Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 2009, pp. 29-54.

²⁴ Para obtener información sobre esta iniciativa de GIZC en la Unión Europea puede consultarse la página web: <http://ec.europa.eu/environment/iczm/home.htm> (consultada el 20 de junio de 2011).

- una «perspectiva amplia y global» -temática y geográfica-,
- «a largo plazo» que tenga en cuenta el principio de cautela;
- «una gestión modulada en un proceso gradual»; una «sólida base científica»;
- «soluciones específicas y medidas flexibles»;
- un «trabajo en sintonía con los procesos naturales y que respete la capacidad de carga de los ecosistemas»;
- la «participación de todas las partes interesadas»;
- el «apoyo y la participación de todas las instancias administrativas competentes a escala nacional, regional y local»; y
- «el recurso a una combinación de instrumentos».

Como paso previo a la elaboración de las citadas «estrategias nacionales» de GIZC, los Estados miembros debían crear unos «inventarios nacionales» cuyo objetivo es "determinar los principales agentes, las normas y las instituciones que influyen en la gestión de las zonas costeras" y cuyos criterios deberían abordar los siguientes aspectos:

- «tener en cuenta diferentes sectores y ámbitos" relacionados con el litoral (pesca y acuicultura, transportes, energía, gestión de recursos, protección de especies y hábitats, patrimonio cultural, empleo, desarrollo regional tanto en zonas rurales como urbanas, turismo y esparcimiento, industria y minas, gestión de los residuos, agricultura y educación),
- "abarcar todos los niveles administrativos»,
- «analizar los intereses, cometido y preocupaciones de los ciudadanos, las organizaciones no gubernamentales y el sector empresarial",
- "determinar las organizaciones y estructuras de cooperación interregionales pertinentes», y
- «consignar las políticas y medidas legislativas aplicables».

Con posterioridad, el Informe de la Comisión al Parlamento y la Consejo sobre «la evaluación de la gestión integrada de las zonas costeras en Europa» (COM(2007) 308 final, de 7 de junio de 2007) ha puesto de manifiesto su importancia para la futura política marina de la Unión Europea, su utilidad para tratar los problemas de degradación ambiental de las zonas costeras (entre otros, los efectos del cambio climático) y, en definitiva, la validez de la Recomendación 2002/413/CE para la aplicación de las estrategias nacionales de GIZC.

2. 4. LA FRUSTRADA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE GESTIÓN INTEGRADA DE LAS ZONAS COSTERAS²⁵.

En respuesta a los requerimientos del Capítulo VI de la Recomendación 2002/413/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, el Gobierno español –a través de la Dirección General de Costas (dependiente del Ministerio de Medio Ambiente)– hizo público, a finales de 2005, un documento que contiene la *Estrategia Española de Gestión Integrada de Zonas Costeras*. Esta estrategia –que se propone como objetivos estratégicos el «desarrollo sostenible» y la adopción del modelo de GIZC– se proyectaba hasta el horizonte del año 2010 y preveía entre otras medidas: la elaboración y aprobación del *Plan Director para la Sostenibilidad de la Costa*; la creación del *Observatorio de Sostenibilidad del Litoral Español* que tiene por finalidad desarrollar acciones de investigación, selección y cálculo de indicadores relativos al litoral que han de servir para la toma de decisiones e información pública sobre las zonas costeras; la promoción de *Convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas litorales* para impulsar la gestión integrada de las respectivas zonas costeras del litoral español; la constitución del *Consejo Nacional de la Costa* que ha de jugar un papel consultivo y que pretende integrar a representantes de todos los sectores relacionados con la gestión del litoral; la *compra de terrenos en las zonas costeras* para su protección y restauración, con el objetivo de incluirlos en el dominio público marítimo-terrestre, etc²⁶.

En otro documento publicado, en septiembre de 2007, por el Ministerio de Medio Ambiente con el título *Estrategia para la Sostenibilidad de la Costa*, tras

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

²⁶ La Estrategia española determinaba un periodo temporal de ocho años (2002-2010) que incluía:

- 1^a.- la fase de "*preparación*" de los años 2002 a 2005, iniciada con la celebración –durante el mandato español en la Presidencia del Consejo Europeo en el primer semestre de 2002- a mediados del mes de abril de 2002, en el municipio de Villajoyosa (Alicante, España) del *I Foro Europeo sobre Gestión Integrada de las Zonas Costeras*. Después a esta reunión le han seguido varios actos públicos y reuniones relacionados con la Recomendación 2002/413/CE.
- 2^a.- la fase de "*planificación y organización*" (2006-2007): en la que debería elaborarse el Plan Director para Sostenibilidad de la Costa, la firma de los Convenios con las Comunidades autónomas litorales para la colaborar en la GIZC y la creación y constitución de los órganos públicos del Consejo Nacional de la Costa y el Observatorio de Sostenibilidad del Litoral Español.
- 3^a.- la fase de "*ejecución y revisión*" (2008-2010): sobre puesta en marcha de las acciones e instrumentos dirigidos a conseguir los objetivos de la Estrategia.

destacar la singularidad y variedad de los ecosistemas de confluyen en la franja costera, se definen varios "retos y desafíos": frenar la ocupación masiva de la costa; recuperar la funcionalidad física y natural del litoral; mitigar los efectos del cambio climático; y cambiar el modelo de gestión de la costa²⁷.

Pero lo cierto es que, al día de hoy (mediados del año 2011), desde la reordenación del Ministerio de Medio Ambiente a mediados de 2008 con la integración en el mismo del "Medio Rural y Marino" tales Estrategias no se ha aplicado, salvo algunas medidas concretas (como los Convenios de colaboración, compra de terrenos en el litoral, etc.)²⁸.

2. 5. LAS INICIATIVAS Y EXPERIENCIAS SOBRE ORDENACIÓN DEL LITORAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS²⁹.

En virtud de las competencias reconocidas sobre "ordenación del territorio y del *litoral*" -en los Estatutos de Autonomía primero, y, en la propia Ley de Costas de 1988, después (cfr. su art. 114)- a la mayor parte de las Comunidades Autónomas marítimas, son muchas las iniciativas que, relacionadas con la GIZC, se han desarrollado en las mismas desde principios de los años noventa

²⁷ Esta Estrategia debía iniciarse con la elaboración de un documento en que se recogiera "el diagnóstico preliminar de la costa y un avance de las propuestas de actuación", realizado con la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, expertos, ciudadanía, etc. Asimismo se determinaba que en el ámbito espacial de la Estrategia -siguiendo la delimitación de las Demarcaciones Hidrográficas de la Directiva Marco del Agua- se distinguirían: el litoral mediterráneo, cuenca atlántica, Guadiana y Guadalquivir, los dos archipiélagos y "las costas de Galicia" y el Cantábrico. Para esta tarea el Ministerio de Medio Ambiente promovería la "Comisión para la sostenibilidad de la Costa" -que "estará integrada por los actores principales concernidos"- y creará un "Consejo científico de expertos" cuya misión será la de apoyar a la citada Comisión. Además, la Estrategia contemplaba tres fases en su proceso de elaboración: una primera fase de información y participación de todos los actores para alcanzar un consenso suficiente para la integración de sus respectivos intereses; una segunda fase sobre el avance y discusión de propuestas estratégicas de actuación por parte de las Administraciones Públicas concernidas; y una tercera fase sobre el establecimiento definitivo de propuestas y alternativas estratégicas de actuación, y su posterior evaluación.

²⁸ Cfr. el apartado específico de la página web del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino sobre la "gestión integrada de las zonas costeras" donde ha desaparecido toda referencia a dichas Estrategias: <http://www.marm.es/es/costas/temas/el-litoral-zonas-costeras/default.aspx> (consultado el 20 de junio de 2011).

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

del pasado siglo. La primera actuación autonómica que propiamente aborda la gestión integrada de las zonas costeras son las *Directrices Regionales del Litoral de Andalucía*, aprobadas por Decreto 118/1990, de 17 de abril, formuladas con "la finalidad de servir de marco de referencia para el desarrollo de las políticas sectoriales y el planeamiento urbanístico que sobre dicho ámbito se efectúe, los cuales deberán asegurar la compatibilización del uso y aprovechamiento de las potencialidades del litoral con la preservación y renovación de sus recursos" (art. 1º,1); sin embargo, su aplicación resultó un verdadero fracaso. En la actualidad se están aprobando planes territoriales específicos como, por ejemplo, el «Plan de Ordenación del Territorio de la Comarca del Litoral Occidental de Huelva» (Decreto 130/2006). Además, cabe destacar que se inició en esta Comunidad Autónoma el proceso de elaboración de la «Estrategia Andaluza de Gestión Integrada de Zonas Costeras» pero no ha seguido el programa de aplicación previsto³⁰.

Otra de las normas pioneras en esta materia son las *Directrices Subregionales de Ordenación del Territorio para la Franja Costera del Principado de Asturias* aprobadas –en desarrollo Ley 1/1987 de Coordinación y Ordenación Territorial del Principado de Asturias– por el Decreto 107/1993, de 16 de diciembre, y que en mayo de 2005 acabaron cristalizando en el *Plan Territorial Especial de Ordenación del Litoral de Asturias* (POLA). Igualmente, los *Planes de Ordenación del Litoral* de la Comunidad Autónoma de Baleares, aprobados por el Decreto 72/1994, de 26 de mayo –que parte de una concepción amplia y flexible del litoral– han sido otro buen ejemplo de los primeros y más específicos instrumentos de ordenación del litoral³¹.

Desde comienzo del siglo XXI se han venido sucediendo nuevos instrumentos de ordenación de las zonas costas, así, las *Directrices de Ordenación General* y las *Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias*, incorporadas a la Ley 19/2003, de 14 de abril, en las que la ordenación del litoral aparece vinculada con la ordenación turística y territorial, aunque tales Directrices todavía no han sido aprobadas. Por su parte, la Comunidad de Murcia introdujo en su Normas reguladoras del Suelo –aprobadas por la Ley 1/2001 reformada con posterioridad, en 2005– la figura de los "*Planes de Ordenación del Litoral*" que tampoco han sido aprobados. En el caso de Cantabria, tras mucha conflictivi-

³⁰ Sobre el caso de la Comunidad Autónoma andaluza y sus iniciativas de gestión de zonas costeras cfr. las monografías citadas de BARRAGÁN MUÑOZ.

³¹ Para el caso de las Islas Baleares -y desde una perspectiva de ordenación turística- cfr. el trabajo pionero de SOCÍAS CAMACHO, J. M.: *La ordenación de las zonas turísticas litorales*, Universidad Carlos III, Instituto Pascual Madoz, BOE, Madrid, 2001.

dad política el Parlamento de la Comunidad Autónoma aprobó, en septiembre de 2004, el *Plan de Ordenación del Litoral* (POL) –previsto por la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria– que ha sido recurrido por algunos municipios cántabros ante el Tribunal Constitucional, pendiente de resolución.

Con posterioridad, otras Comunidades Autónomas litorales han publicado sus planes de ordenación del litoral. Es el caso de Cataluña con su *Plan Estratégico para la Gestión Integrada de las Zonas Costeras de Cataluña* (elaborado por Departamento de Medio Ambiente y Vivienda de la Generalidad de Catalunya, y publicado en julio de 2004) que no fue aplicado y, sin embargo, fueron aprobados los “Planes directores urbanísticos del Sistema Costero” de 2005 como intento para frenar la urbanización del litoral. Por lo que se refiere al País Vasco, se ha aprobado en virtud del Decreto 43/2007 del Gobierno Vasco, el *Plan Sectorial Territorial de Protección y Ordenación del Litoral del País Vasco*. Y finalmente, el en caso de la Comunidad Valenciana, sobre la base de la Ley 4/2004 de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, está a punto de aprobarse el “Plan de acción territorial del litoral de la Comunidad Valenciana”.

De este apretado resumen cabe destacar que todas las Comunidades Autónomas con mayor o menor acierto, desde una perspectiva de ordenación del territorio o urbanística, antes o después, ... han apostado por la aprobación de instrumentos de ordenación del litoral³². Esto significa que, como vamos a ver, la Comunidad Autónoma de Galicia ha sido la última en poner en marcha la elaboración y aprobación de un instrumento similar.

3. HACIA LA ORDENACIÓN INTEGRADA Y SOSTENIBLE DEL LITORAL DE GALICIA

3. 1. LA PREVISIÓN ESTATUTARIA SOBRE ORDENACIÓN DEL LITORAL

El marco normativo gallego que necesariamente debe tenerse en cuenta para desarrollar una política de gestión de su litoral tiene su norma cabeceera en el Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril³³. En esta norma fundamental del ordenamiento jurídico gallego nos inte-

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

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

resa especialmente la referencia a las competencias que atribuye a los poderes públicos en lo que afecta más directamente al litoral. En su Título II, relativo a las competencias de Galicia se pueden identificar, de acuerdo con el grado de alcance de su contenido, los siguientes materias:

1º.- dentro de las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma (art. 27):

- "ordenación del territorio y del *litoral*, urbanismo y vivienda" (27,3)
- "*puertos (...) no calificados de interés general por el Estado y los puertos de refugio y puertos (...) deportivos*" (27,9)
- "*la pesca en las rías y demás aguas interiores, el marisqueo, la acuicultura, (...)*" (27,15)
- "Cofradías de pescadores, (...), sin perjuicio de lo que dispone el art. 149 de la CE" (27,29)
- "Normas adicionales de protección del *medio ambiente y del paisaje* en los términos del artículo 149,1,23ª" (de la CE) (27,30)

2º.- dentro de las competencias de desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado (art. 28):

- "ordenación del sector pesquero" (28,5)
- "puertos pesqueros" (28,6)

3º.- dentro de las competencias de ejecución de la legislación del Estado (art. 29):

- "salvamento marítimo" (29,3)
- "vertidos industriales y contaminación en las aguas territoriales del Estado correspondientes al litoral gallego" (29,4)

De los títulos competenciales señalados debe destacarse a los efectos de este trabajo la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia para la "ordenación del litoral". Una competencia que aunque expresada como "exclusiva" debe tener en cuenta las competencias que sobre el dominio público marítimo y marítimo-terrestre tiene el Estado (art. 132 de la CE) como ya tuvimos ocasión de analizar. Como en el caso de otras Comunidades Autónomas costeras, dicho título competencial sobre "ordenación del litoral" estaba estatutariamente reconocido pero se tardaría mucho en hacerse valer salvo en lo previsto por la Ley de Costas.

3. 2. LA ORDENACIÓN DEL LITORAL EN LA LEY 10/1995 DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE GALICIA

Aún mucho antes de que se concretara el instrumento específico para or-

denación del litoral de Galicia (lo cual no se produciría explícitamente hasta el año 2002) no cabía la menor duda de que, junto a los relativos a la protección ambiental y a la ordenación urbanística, su plasmación debía encontrarse en alguno de los previstos por la legislación sobre ordenación del territorio y, particularmente, en la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de *Ordenación del Territorio de Galicia*³⁴ (en adelante, LOTG). En efecto, esta Ley viene a desarrollar la competencia exclusiva que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 148.1.3 de la Constitución española y 27.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia, corresponde a la Comunidad Autónoma gallega en materia de "ordenación del territorio y *del litoral*, urbanismo y vivienda".

Como señala su Exposición de Motivos, la LOTG pretende resolver una serie de problemas que ha venido padeciendo hasta el momento en su política territorial y de las actuaciones de las distintas Administraciones Públicas: "... la acumulación de iniciativas carentes de un claro sentido territorial, que permitiese alcanzar una distribución espacial de actividades capaces de aprovechar las potencialidades propias de cada zona (...) La falta endémica de una visión integradora y combinada de la actuación administrativa...". Y a continuación, destacaba la necesidad de aplicar una política integradora, cuya tarea se encomienda a la ordenación del territorio: "A la ordenación del territorio, por la fuerza misma de los principios de que trae causa, le corresponden el *papel integrador de las distintas perspectivas* y la consecución de una visión superadora de la parcialidad inherente a éstas, determinando su carácter organizador de las funciones sectoriales, presidido por la *idea central del principio de coordinación* (...) exige la articulación de los procesos de decisión en un doble sentido: *asegurando la necesaria integración de las políticas sectoriales en el seno de cada instancia territorial y estableciendo los ejes de interconexión de las distintas instancias territoriales entre sí*". Resulta meridiano que se está reclamando un política integrada de la ordenación territorial.

Y como finalidad primordial, la LOTG se propone, en su artículo 1º: "... establecer los objetivos fundamentales y crear los instrumentos necesarios para la coordinación de la política territorial y la ordenación del espacio de la Comunidad Autónoma de Galicia, al objeto de *favorecer la utilización racional del territorio gallego y proteger el medio natural, mejorar la calidad de vida y contribuir al equilibrio territorial*." Por lo tanto, junto a la ordenación integrada su objetivo de la sostenibilidad ambiental.

Este objetivo fundamental se presenta particularmente propicio para ins-

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

trumentar jurídicamente la ordenación integral del litoral de Galicia, al que la LOTG sólo se refiere expresamente a la hora de concretar los objetivos generales. Efectivamente, el artículo 3º, c) señala entre éstos, la:

"Compatibilización del proceso de desarrollo del sistema productivo, de la urbanización y de la ordenación turística como la racional utilización de los recursos naturales, *sobre todo en lo referente al litoral*, a los recursos hidráulicos y al paisaje."

De todas formas, esta referencia expresa al litoral dentro de la ordenación del territorio no la encontramos en los instrumentos específicos que la Ley prevé para tales objetivos. En cuanto los concretos instrumentos de ordenación del territorio, la LOTG contempla cinco tipos:

- 1º.- *Directrices de ordenación del territorio.*
- 2º.- *Planes territoriales integrados.*
- 3º.- *Programas coordinados de actuación.*
- 4º.- *Planes y proyectos sectoriales*³⁵.
- 5º.- *Planes de ordenación del medio físico.*

Además estos instrumentos se presentan como "complementarios y no excluyentes" de los previstos por la legislación urbanística (cfr. art. 5º LOTG).

Por lo que se refiere a las "*Directrices de Ordenación del Territorio*" (cfr. arts. 6 a 11 de la LOTG), éstas constituyen el instrumento principal mediante al cual ha de diseñarse la ordenación del territorio de Galicia, estableciendo las pautas espaciales de asentamiento de las actividades de acuerdo con las políticas sociales, económicas y culturales emanadas de la Comunidad Autónoma. Se presenta con una clara pretensión integradora de todas las políticas sectoriales que inciden sobre el territorio, con una amplia perspectiva que afecta a los planes, programas y acciones desarrolladas por todas las Administraciones públicas radicadas en Galicia (la Administración autonómica y las Administraciones locales), y con una marcada finalidad de coordinación. Además, su formulación se proyecta tanto sobre las actuaciones públicas como privadas.

Dado el extenso ámbito de aplicación de este instrumento y su orientación holística sobre todas aquellas acciones que afectan al territorio, las "*Directrices*" ofrecen un mecanismo de ordenación de gran importancia para la política de gestión integrada del litoral. En este sentido, la relación tierra-mar

³⁵ Este tipo de planes fueron desarrollados por el Decreto 80/2000, de 23 de marzo.

que, como vimos, resulta imprescindible para esta finalidad se puede articular adecuadamente mediante este instrumento. Efectivamente, repasando los contenidos que deben tener las Directrices encontramos muchas determinaciones que pueden aportar elementos de ordenación muy valiosos, así, por ejemplo:

- la formulación de un diagnóstico de los problemas existentes en relación con los asentamientos urbanos y productivos, con el medio físico y los recursos naturales y con las previsibles pautas de desarrollo territorial (cfr. art. 7,1,a) LOTG); unos asentamientos que cada vez son más importantes en la franja litoral de Galicia y que presionan sobre el sensible medio físico costero.
- la delimitación de áreas de protección que deben quedar sustraídas al desarrollo de actividades urbanas, con el fin de ser destinadas a la preservación o explotación de los recursos naturales (cfr. art. 7,1,f) LOTG); pensemos en las rías gallegas o en las zonas húmedas sobre las que existe un régimen de protección especial.
- la determinación de los criterios y condiciones a las que deben someterse las propuestas de desarrollo urbano, industrial, agrícola, etc., en función de las disponibilidades de recursos energéticos, hidráulicos o de saneamiento (cfr. art. 7,1,i) LOTG); basta señalar aquí los problemas derivados de los vertidos industriales y de aguas residuales de las ciudades costeras de Galicia.

En cuanto al procedimiento de formulación y aprobación de las "Directrices", previsto en el art. 10 de la LOTG, permite hacer valer el criterio de participación de todos los actores –públicos y privados– implicados en la ordenación territorial. Así, corresponde al Gobierno de la Xunta de Galicia acordar la iniciación del procedimiento de elaboración; a la Consellería de Política Territorial, la dirección y preparación del *avance de Directrices*; se prevé la participación de otras Consellerías con competencias de proyección territorial y a las Administraciones locales; incluso se abre a la participación de otras entidades públicas y privadas para que presenten cuantas observaciones, propuestas y alternativas estimen oportunas. Tras su aprobación inicial se vuelve a abrir otro plazo para la audiencia de dichas entidades. Posteriormente, el Gobierno de la Xunta da traslado de las Directrices al Parlamento de Galicia, de acuerdo con lo previsto en su Reglamento (para la tramitación específica de planes y programas). Por fin, se aprueba, en su caso, por Decreto de la Xunta de Galicia. Asimismo se deberá determinar el procedimiento que regule el seguimiento y,

si es preciso, su puesta al día.

En definitiva, las Directrices de Ordenación del Territorio de Galicia constituyen un instrumento de gran interés para, entre otros objetivos, proceder al diseño de una gestión del litoral en toda la Comunidad Autónoma. Los principios de integración, coordinación y participación, verdaderas líneas maestras de la gestión integrada de la costa, tienen en ellas un potencial encaje.

El segundo nivel de la ordenación del territorio en Galicia se atribuye a los "*Planes Territoriales Integrados*", que en desarrollo de aquéllas Directrices están dirigidos a la "organización de áreas geográficas supramunicipales de características homogéneas" (cfr. art. 12 LOTG). El ámbito territorial que están llamados a cubrir estos planes parece ser el de áreas metropolitanas o comarcales. En todo caso, sobre aquellas zonas que precisen de una planificación infraestructural, de equipamiento o recursos, de carácter integrado. Desde la perspectiva que orienta este trabajo, bien podría aplicarse esta figura de planificación territorial sobre las dos áreas de configuración metropolitana y ubicación costera como son las conurbaciones de Vigo y A Coruña, o también sobre los asentamientos existentes en las diferentes rías gallegas. Igualmente, en su procedimiento de elaboración (regulado en el art. 15 LOTG) cuyo protagonismo corresponde al Gobierno de la Xunta –en cuanto a su iniciación y a su aprobación definitiva– se prevé la participación de las Entidades locales afectadas y la apertura de un trámite de información pública por un periodo de dos meses.

3. 3. LAS REFERENCIAS AL LITORAL EN LA LEY DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA Y DE PROTECCIÓN DEL MEDIO RURAL DE GALICIA DE 2002. LA PREVISIÓN DEL "PLAN SECTORIAL DE ORDENACIÓN DEL LITORAL"³⁶

Como ya adelantamos otra técnica que adquiere suma importancia en la gestión integrada del litoral es el urbanismo o los sistemas de planificación de los usos del suelo. De hecho, en algunos países (Francia, por ejemplo) el sistema de planificación es el mecanismo principal de gestión y protección en la costa. Sin embargo, su alcance es más limitado que el pretendido por la ordenación del territorio y muchas veces adolece de falta de flexibilidad. Los tipos de planificación de los usos del suelo que respaldan mejor la gestión integrada de las zonas costeras siguen algunos principios:

- las autoridades responsables de la planificación necesitan un mandato

³⁶ Cfr. *in totum* la monografía de FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.: *Derecho Urbanístico de Galicia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003. Y más recientemente, MEILÁN GIL, J.L. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

para ejecutar los planes y conceder autorizaciones.

- a la hora de tomar una decisión es preciso tener en cuenta el contexto más amplio y debe introducirse coherencia en el sistema para evitar efectos acumulativos no deseados de muchas decisiones menores. En este sentido, la evaluación de impacto debe ser lo más amplia y exhaustiva posible.

Por otra parte, se necesitan mecanismos para garantizar el cumplimiento de los requisitos de la autorización y en el proceso de planificación deben introducirse las más amplias oportunidades de consulta o participación. Además, debe establecerse una coordinación estrecha entre la planificación de los usos del suelo y las administraciones sectoriales.

Por lo que se refiere a la legislación urbanística de Galicia la *Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural*³⁷ (en adelante, LOUPMR) trató de incorporar los profundos efectos que la aprobación de la Ley estatal 6/1998 había dejado en la legislación urbanística sobre urbanismo y suelo. De esta forma, la Comunidad Autónoma de Galicia –en el ejercicio de sus competencias (art. 27,3 EAG) y con el respeto de algunos de los contenidos básicos del Texto Refundido estatal–, venía a establecer un completo marco jurídico del régimen urbanístico de Galicia, en sus diferentes aspectos (planificación, régimen del suelo, distribución de cargas y beneficios, ejecución del planeamiento, disciplina urbanística, etc.). De ella vamos a extraer únicamente las determinaciones legales que afectan a las cuestiones ambientales y que, por ende, pueden proyectarse sobre una gestión sostenible del litoral gallego.

En el Preámbulo de la Ley se explica el origen de la reforma de la legislación urbanística de Galicia: se trata de un *Acuerdo Marco* para la reforma del urbanismo de Galicia de 27 de julio de 2001, entre el Conselleiro de Política Territorial, los Alcaldes de varios municipios de Galicia y la Federación Gallega de Provincias y Municipios, con la finalidad doblemente explicitada en el apartado I del mismo:

"contribuir al desarrollo armónico del territorio, *preservar* el patrimonio arquitectónico de Galicia, el *medio ambiente urbano y rural* y conseguir una *ciudades más habitables y sostenibles* (...) La finalidad esencial de la Ley debe ser "mejorar substancialmente la calidad de la ordenación urbanística de Galicia con el objetivo de *favorecer el desarrollo equilibrado y sostenible del territorio*, contribuir a elevar la calidad de vida y la cohesión social de la

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

población, proteger y potenciar el patrimonio natural y cultural y garantizar el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna”.

Asimismo en el apartado II del Preámbulo se destaca la vital importancia del litoral en Galicia y las *bases de sostenibilidad* que debe regir el proceso de planificación urbanística de Galicia. En efecto, se declara lo siguiente:

“Galicia cuenta con una arquitectura rural de excepción y con *un territorio de incalculable valor paisajístico*, con unas tierras eminentemente fértiles y con vocación agrícola, ganadeira y forestal, y *con un litoral de extraordinario valor económico, ambiental, histórico y cultural*. Sin embargo, la anarquía de construcciones y usos que están proliferando en los últimos años, el deterioro de las edificaciones, la falta de conclusión de muchas de ellas y la *degradación del paisaje*, provocada por los muchos movimientos de tierra inadecuados y el desarrollo tecnológico aplicado, muchas veces, de forma incontrolada en el medio rural, justifican esta ley que se trata de armonizar *el desarrollo y bienestar del mundo rural con la preservación y revitalización de los bienes culturales y naturales tan preciados y fuente de recursos y patrimonio que se deben conservar para legárselos a las generaciones futuras de este país*”³⁸.

Tomando como marco de referencia el último *Programa de Acción Ambiental de la Unión Europea* se afirma:

“el Sexto programa comunitario en materia de medio ambiente «Medio ambiente 2010: el futuro en nuestras manos» establece como uno de sus cinco ejes prioritarios de acción estratégica *tener en cuenta el medio ambiente en la gestión y ordenación del territorio mediante la difusión y el fomento de las mejores prácticas relativas a la planificación sostenible*. Así mismo, en el ámbito de acción prioritario relativo a la biodiversidad, propone la protección, conservación y restauración de los suelos y los paisajes, el desarrollo sostenible de los bosques y *la protección y restauración del litoral*, la importancia y fragilidad del cual determinó que el Consejo invitase a los estados miembros a *redoblar los esfuerzos encaminados a la protección de las zonas costeras*, así como al establecimiento de la Estrategia para su gestión y ordenación integrada basada en su perdurabilidad y sostibilidad”.

En cuanto al propio texto normativo llama la atención la integración de los fines y valores ambientales y culturales en la actividad urbanística que se

³⁸ La cursiva es del autor.

manifiesta en el art. 4º:

- "d) *Preservar el medio físico*, los valores tradicionales, las señas de identidad y la memoria histórica de Galicia (...)
- e) *armonizar las exigencias de ordenación y conservación de los recursos naturales y del paisaje rural y urbano* con el mantenimiento, diversificación e desarrollo sostenible del territorio y de su población, para contribuir a elevar la calidad de vida y la cohesión social de la población (...)³⁹.

Al regular la clasificación del suelo -en el Capítulo 2º del Título I- lleva a cabo una de las reformas más significativas con en relación con el objeto central de este trabajo; se trata de la determinación recogida en el art. 13º sobre el "*suelo de núcleo rural*" -que originó cierto revuelo en los Municipios costeros de Galicia- disponiendo en el último párrafo de su número 3:

"*Los núcleos rurales situados en la franja de 200 metros desde el límite interior de la ribera del mar no podrán ser ampliados en dirección al mar salvo en los casos excepcionales en los que el Consello de la Xunta lo autorice expresamente, por la especial configuración de la zona costera donde se encuentran o por motivos justificados de interés público, justificando la necesidad de la iniciativa, la oportunidad y su conveniencia en relación con el interes general*"⁴⁰.

Se trata de un precepto en el que, si bien se parte de la buena voluntad de proteger el litoral de Galicia aplicando maximalistamente el margen de manobra previsto en la LC, la excepciones que prevé obligarán a esperar cuáles son los concretos criterios aplicativos. De otra parte, al regular el régimen del "*suelo rústico*" con la finalidad de "ser preservados de los procesos de desarrollo urbano" especifica en el art. 15º los supuestos protegidos, entre otros:

"a) Los terrenos sometidos a un *régimen específico de protección incompatible con su urbanización*, de conformidad con la legislación de ordenación del territorio o con la *normativa reguladora del dominio público, las costas, el medio ambiente, el patrimonio cultural, las infraestructuras y otros sectores que justifiquen la necesidad de protección*".

Dentro de la misma categoría de "*suelo rústico*"⁴¹ se distinguen varias ca-

³⁹ La cursiva es de autor.

⁴⁰ La cursiva es del autor.

⁴¹ Cfr. la Circular 2/2003, de 31 de julio, de la Consellería de Política Territorial, sobre régimen de

tegorías entre las que se encuentra la del "*suelo rústico especialmente protegido*", "constituído polos terreos que polos seus valores agrícolas, gandeiros, forestais, ambientais, científicos, naturais, paisaxísticos, culturais, suxeitos a limitacións ou servidumes para a protección do dominio público ou doutra índole deban estar sometidos a algún réxime especial de protección incompatible coa súa transformación, de acordo co disposto neste apartado" (art. 32, 2), que, a su vez prevé varias categorías y entre otras la siguiente:

"e) *Suelo rústico de protección de costas*, constituído por los *terrenos, situados fuera de los núcleos rurales y del suelo urbano, que se encuentren a una distancia inferior a 200 metros del límite interior de la ribera deñ mar*. Excepcionalmente, tras un informe favorable de la Comisión Superior de Urbanismo de Galicia, el plan general de ordenación municipal podrá reducir por razones cumplidamente justificadas la franxa de protección hasta los 100 metros contados desde el límite interior de la ribera del mar".

g) *Suelo rústico de protección de interes paisajístico*, constituído por los terrenos lindantes con las carreteras y demás vías públicas, exteriores a los núcleos rurales y el suelo urbano, que ofrezcan *vistas panorámicas del territorio, del mar, del curso de los ríos o de los valles, de los monumentos o edificaciones de singular valor, así como los accesos a hitos paisajísticos significativos y los propios hitos*".

Al establecer las "condiciones de uso" de estas categorías de suelo rústico el art. 39º de la LOUPMRG, sobre "*suelos rústicos de protección de las aguas, costas y de interés paisajístico*" dispone lo siguiente:

"El réxime xeral de los suelos rústicos de protección de las augas, de las costas y de interés paisajístico, *sin prejuicio del establecido en su legislación reguladora en materia de aguas y costas*, tiene por objeto *preservar el dominio público hidráulico y marítimo y su contorno*, así como los espacios de interese paisajístico, quedando sujetos al seguinte réxime:

1. *Usos permitidos por licencia municipal*: los relacionados en el apartado 1, letras b) e c)⁴², y en el apartado 2, letra i)⁴³, del artículo 33 de esta ley.

autorizaciones en suelo rústico (DOG nº 150, de 5 de agosto).

⁴² Se trata de:

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

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

2. *Usos autorizables por la Comunidad Autónoma*: los relacionados en el apartado 1, letra a)⁴⁴, y en el apartado 2, letras e) y f)⁴⁵, del artículo 33 de esta ley, siempre que estén vinculados a la conservación, utilización y disfrute del dominio público y del medio natural, las piscifactorías e instalaciones análogas, así como los que se puedan establecer a través de los instrumentos previstos en la legislación de ordenación del territorio.
3. *Usos prohibidos*: Tódo los demás, especialmente los usos residenciales e industriales".

Por lo que se refiere al "Planeamiento Urbanístico" –regulado en el Título II– se declara la vinculación jerárquica de los planes de ordenación urbanística a "las determinaciones de las directrices de ordenación del territorio y a los demás instrumentos establecidos por la LOTG" (art. 45, 2). En las determinaciones de la documentación que debe aportarse a la conformación del "Plan General de Ordenación Municipal" (cfr. arts. 52 a 61), se contempla la relativa al "estudio de sostenibilidad ambiental, impacto territorial y paisajístico" (art. 61, 4) que:

"El estudio de sostenibilidad ambiental, impacto territorial y paisajístico tendrá por obxecto el análisis y ponderación de los efectos de la ejecución y desarrollo de las determinaciones del plan general sobre los recursos naturales y el medio físico, la adopción de las medidas correctoras necesarias para minimizar sus impactos y la valoración de la adecuación de las infraestructuras y servicios necesarios para garantizar los nuevos desarrollos en condiciones de calidad y sostenibilidad ambiental, así como su coherencia con ls objetivos de protección del dominio público natural"⁴⁶.

También tiene gran interés la previsión que se contiene en el apartado de

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

⁴⁵ Por lo tanto:

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

⁴⁶ La cursiva es del autor.

la planificación a través de los "*planes especiales de protección*" del art. 69º que establece:

"1. Los planes especiales de protección *tienen por objeto preservar el medio ambiente, las aguas continentales, el litoral costero, los espacios naturales, las áreas forestales, los espacios productivos, las vías de comunicación, los paisajes de interés, el patrimonio cultural y otros valores de interés*"⁴⁷.

De las "*normas de aplicación directa*" del art. 104 sobre "adaptación al ambiente" destacamos la de su apartado b):

"En los *lugares de paisaje abierto o natural, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales y en las inmediaciones de las carreteras o caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa o altura de las construcciones, muros y cerramientos, u la instalación de otros elementos, limiten el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompan la armonía del paisaje, desfiguren la perspectiva propia de ella o limiten o impidan la contemplación del conjunto*"

Finalmente lo más relevante para el objeto de este trabajo es la determinación contenida en la Disposición Transitoria 8ª de la LOUPMRG en la que escuetamente se disponía que "la Xunta remitirá al Parlamento en el plazo de 2 años desde la entrada en vigor de la presente Ley el *Plan sectorial de ordenación del litoral en donde se recogerán las condiciones específicas de este ámbito territorial*". Se trató en su momento, sin duda, de una gran noticia para los que defendemos la necesidad de la gestión integrada de las costas de Galicia, pero la dificultad para elaborar dicho Plan sectorial –que más que "sectorial", debería ser "integral" como se reconoció más adelante– está en que ni la LOTG ni la presente Ley facilitan las mínimas determinaciones que debe comprender aquél. Y de hecho el plazo de los dos años se incumplió.

En definitiva, pensamos que con todas estas determinaciones que ofrece la LOUPMRG con un expreso objetivo de abordar los problemas del medio ambiente en Galicia –y derivadamente, los del litoral–, podría darse un considerable avance, siempre, claro está, que las Administraciones urbanísticas competentes tuvieran una firme voluntad de aplicarla.

⁴⁷ La cursiva es del autor. Cfr. el art. 87 sobre la tramitación de estos planes especiales de protección.

3. 4. EL RELANZAMIENTO DEL PLAN DE ORDENACIÓN DEL LITORAL POR LA LEY 6/2007 DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y DEL LITORAL⁴⁸

Con el cambio de ejecutivo de la Xunta de Galicia, tras las elecciones autonómicas de 2006, el Presidente de la Xunta manifestó públicamente que la ordenación del litoral constituía una prioridad de su Gobierno. La nueva Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes comenzó a incrementar su control sobre ciertos municipios con desarrollos urbanísticos desproporcionados y promovió la suspensión de las facultades urbanísticas en algunos de ellos⁴⁹.

Pero el hito más significativo de esta nueva política de protección de litoral se ha plasmado en la *Ley 6/2007, de 11 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del litoral de Galicia*. Su Preámbulo comienza justificando las medidas que contiene en el "constante crecimiento urbano" que está experimentando algunos municipios del litoral de Galicia y que resulta muy dañino para su desarrollo equilibrado y sostenible:

"Este modo de ocupación del territorio no es compatible con el desarrollo equilibrado y sostenible de Galicia y causa graves perjuicios económicos, sociales y ambientales, como son, entre otros, la ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de las infraestructuras y de prestación de los servicios públicos; la segregación social y espacial; la contaminación atmosférica y de las aguas; la pérdida de espacios de cultivo y de la biodiversidad; la degradación del paisaje y del patrimonio cultural, y la pérdida de la identidad territorial".

Tras destacar la necesidad de llevar a cabo –de acuerdo con los criterios recogidos en varios documentos de la Unión Europea (como la "Estrategia Territorial Europea")– un adecuado modelo de desarrollo urbano y ocupación del territorio, destaca la necesidad de proceder a su definición conforme a los instrumentos jurídicos disponibles en el ordenamiento propio de Galicia (la Ley 10/1995 de Ordenación del Territorio y la Ley 9/2002 de Ordenación Urbanis-

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

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

tica y Protección del Medio Rural). La falta de aprobación del "Plan Sectorial de Ordenación del Litoral" previsto por la Disposición Transitoria 8ª de la Ley 9/2002 y también la aprobación de nuevas normas de protección de espacios de mayor valor y fragilidad del litoral (el Decreto 72/2004, de abril, por el que se declaran determinados espacios como zonas de especial protección de los valores naturales –los lugares de interés comunitario integrados en la Red europea Natura 2000 y las zonas de especial protección de las aves, entre otros–, y del Decreto 110/2004, de 27 de mayo, por el que se regulan los humedales protegidos; ámbitos de protección que afectan a un total de setenta y tres de los ochenta y siete municipios costeros) son circunstancias que :

"determinan que, transcurrido el plazo legal establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 9/2002, para la necesaria adaptación de los planes de ordenación urbanística a sus prescripciones, *es necesario adoptar con urgencia las medidas necesarias para impedir acciones de transformación del suelo, al amparo de planes obsoletos y disconformes con la legislación vigente, que resultan contrarias a la futura ordenación urbanística de los municipios costeros adaptada a la legislación urbanística y ambiental y adecuada a los requerimientos de sostenibilidad económica, social y ambiental*. Por otro lado, la necesaria protección de los intereses autonómicos insitos en la franja del litoral de 500 metros demanda, como ya estableciera la disposición transitoria octava de la Ley 9/2002, *elaborar un plan de ordenación del litoral* en el que se recojan las condiciones específicas de este ámbito territorial".

Por lo que se refiere a la ordenación del litoral la Ley 6/2007 establecía lo siguiente:

1º.- El "*Plan Sectorial de Ordenación del Litoral*" a que hace referencia la disposición transitoria octava de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, *tendrá la naturaleza de un plan territorial integrado* regulado en la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de Ordenación del Territorio de Galicia, "al objeto de establecer los criterios, principios y normas generales para la ordenación urbanística de la zona litoral basada en criterios de perdurabilidad y sostenibilidad, así como la normativa necesaria para garantizar la conservación, protección y puesta en valor de las zonas costeras" (cfr. art. 2,1). Sus determinaciones "serán directamente aplicables y prevalecerán de forma inmediata sobre las del planteamiento urbanístico, que habrá de ser objeto de adaptación" (cfr. art. 2,2). Y en cuanto a su procedi-

miento de aprobación debe tenerse en cuenta la medida de suspensión introducida por la Disposición Adicional 2ª de la misma Ley 6/2007 (cfr. art. 2,3)⁵⁰.

2º.- *La suspensión cautelar, urgente y transitoria de nuevos desarrollos urbanísticos en la zona litoral.* En particular, esta suspensión afectaba:

- **SUBJETIVAMENTE**, a los Municipios costeros que se relacionaban en el Anexo de la Ley⁵¹.
- **FUNCIONALMENTE**, a "la tramitación y aprobación de los planes especiales de reforma interior, planes parciales, planes de sectorización e instrumentos de equidistribución que tengan por objeto la transformación urbanística de terrenos situados a una distancia inferior a 500 metros, medidos en proyección horizontal tierra adentro, desde el límite interior de la ribera del mar de los municipios que se relacionan en el anexo" (art. 3,1)⁵².

⁵⁰ El Artículo 5 bis sobre *Suspensión motivada por la formulación de un instrumento de ordenación del territorio*, establece lo siguiente:

"1. Acordada por el Consejo de la Xunta la iniciación del procedimiento de elaboración de cualquier instrumento de ordenación del territorio, la persona titular de la consejería competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio, de forma motivada, *podrá suspender cautelarmente los procedimientos de aprobación del planeamiento urbanístico, de los instrumentos de gestión o ejecución del planeamiento y de otorgamiento de licencias para ámbitos o para usos determinados*, con la finalidad de elaborar el instrumento de que se trate. Esta suspensión habrá de publicarse en el "Diario Oficial de Galicia".

2. La suspensión a que se refiere el número 1 anterior se extinguirá con la aprobación definitiva del instrumento de ordenación del territorio que motivó la adopción de la medida cautelar de suspensión y, en todo caso, por el transcurso del plazo de dos años a contar desde la fecha del acuerdo de suspensión, prorrogable por un año más. Extinguidos los efectos de la suspensión por aplicación de este artículo, no podrán acordarse nuevas suspensiones en el mismo ámbito y por idéntica finalidad en el plazo de cuatro años".

⁵¹ En concreto, por provincias:

- a) En la provincia de Lugo: Trabada, Ribadeo, Barreiros, Foz, Burela, Cervo, Xove, Viveiro y O Viñedo.
- b) En la provincia de A Coruña: Mañón, Ortigueira, Cariño, Cedeira, Valdoviño, Narón, Ferrol, Neda, Fene, Mugarbos, Ares, Cabanas, Pontedeume, Miño, Paderne, Coirós, Betanzos, Bergondo, Sada, Oleiros, Cambre, Culleredo, A Coruña, Arteixo, A Laracha, Carballo, Malpica, Ponteceso, Cabana de Bergantiños, Laxe, Vimianzo, Camariñas, Muxía, Cee, Fisterra, Corcubión, Dumbría, Carnota, Muros, Outes, Noia, Porto do Son, Ribeira, A Pobra do Caramiñal, Boiro, Rianxo, Dodro y Padrón.
- c) En la provincia de Pontevedra: Pontecures, Valga, Catoira, Vilagarcía de Arousa, Vilanova de Arousa, A Illa de Arousa, Cambados, Ribadumia, Meaño, O Grove, Sanxenxo, Poio, Pontevedra, Marín, Bueu, Cangas, Moaña, Vilaboa, Soutomaior, Redondela, Vigo, Nigrán, Baiona, Gondomar, Oia, O Rosal, A Guarda, Tomiño, Tui y Salvaterra de Miño.

Según la información de la Consellería de Política Territorial, la superficie afectada es sólo el 13% del suelo urbanizable de los municipios costeros (una 3.000 has.).

⁵² El art. 4,2 añade que, tal suspensión abarca: "La suspensión abarca a todos los planes especiales de reforma interior, planes parciales y planes de sectorización que, en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley, no estén aprobados definitivamente. Asimismo, la suspensión comprende todos

- OBJETIVAMENTE, de acuerdo con los tipos de suelo, según el art. 3,2:
 - a) *En todos los municipios costeros*, en los terrenos clasificados como suelo urbanizable, apto para urbanizar o rústico apto para el desarrollo urbanístico.
 - b) *En los municipios costeros con población inferior a 50.000 habitantes*, en los terrenos clasificados como suelo urbano que, en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley, no reúnan los requisitos establecidos en los artículos 11 y 12.a) en relación con el artículo 16.1 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (sobre determinaciones para la clasificación del suelo urbano consolidado), y, en todo caso, en los incluidos en polígonos, unidades de actuación o de ejecución.
 - TEMPORALMENTE, "durante el *plazo de dos años* a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley" en los municipios con planeamiento general no adaptado a la Ley 9/2002, o "hasta la aprobación del Plan de Ordenación del Litoral o del Plan General de Ordenación Municipal adaptado íntegramente a la Ley 9/2002" (art. 4,1).
- 3º.- Al igual que otros instrumentos de ordenación del territorio –y de acuerdo con la Ley estatal 9/2006, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas del medio ambiente, el Plan Sectorial de Ordenación del Litoral será objeto de "evaluación ambiental estratégica" (cfr. art. 5,1,a)⁵³.

El 24 de mayo de 2007 el Consello de la Xunta acordó iniciar el procedimiento de elaboración y aprobación del POLGA de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2,3 de la Ley 6/2007 en relación con el art. 15,1º de la LOTG (se trata del primer hito histórico del POLGA).

En septiembre de 2008 la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas y Transportes aprobó e hizo público el "Documento de inicio" de la *Directrices de Ordenación del Territorio de Galicia* con el objeto de someterlo al procedimiento de evaluación ambiental estratégica por parte de la Consellería de

los instrumentos de equidistribución del planeamiento urbanístico respecto a los que, en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley, hubiera transcurrido el plazo establecido en el instrumento de planeamiento que contenga la ordenación detallada para su aprobación definitiva o ya hubiesen transcurrido tres años a contar desde la aprobación de dicho plan que se ejecuta".

⁵³ Cfr. los arts. 6, 7 y 8 de la Ley 6/2007 sobre el procedimiento de esta evaluación ambiental estratégica en la que interviene la Consellería competente en materia de medio ambiente.

Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. En dicho documento hay diversas referencias al litoral como "un ámbito de excelencia territorial" que hay que preservarlo, uno de cuyos elementos básicos son los "núcleos de identidad del litoral". Entre las determinaciones de las Directrices sobre el litoral, además de la previsión de la aprobación del "Plan de Ordenación del Litoral" se recogían las de completar el deslinde del dominio público marítimo-terrestre, la promoción de acciones para su ampliación, la renovación de la fachada litoral en los planes municipales con criterios de calidad e integración del entorno, la creación de itinerarios costeros, etc.

En febrero de 2009 se envió el "documento de inicio" al órgano ambiental para comunicar el inicio del procedimiento de evaluación ambiental estratégica y en abril de ese mismo año se emitió el "documento de referencia" por parte del órgano ambiental que iba a guiar al promotor del POLGA en su proceso de evaluación estratégica (tercer hito histórico del POLGA). Y aquí quedó parado el proceso de aprobación del POLGA por la celebración de las elecciones autonómicas.

4. EL PLAN DE ORDENACIÓN DE LITORAL DE 2011

4. 1. HITOS FUNDAMENTALES EN LA TRAMITACIÓN DEL POLGA

El nuevo Gobierno del PP triunfante en las elecciones autonómicas de abril de 2009 también se propuso como prioridad política la aprobación inmediata de todavía pendiente "Plan de Ordenación del Litoral". La Dirección General de Sostenibilidad y Paisaje de la misma Consellería de Medio Ambiente hizo público (mediante Resolución de 8 de mayo de 2009)⁵⁴ el acuerdo de inicio del procedimiento de elaboración y aprobación del Plan de Ordenación del Litoral. Y como el 17 de mayo caducaba la suspensión cautelar sobre el urbanismo litoral prevista por la Ley 6/2007, la nueva Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras decidió por Orden de 14 de mayo de 2009 prorrogarla hasta el 2010 (segundo hito del POLGA)⁵⁵.

De enero a mayo de 2010 transcurrió el trámite de audiencia y exposición

⁵⁴ DOG nº 93 de 14 de mayo de 2009.

⁵⁵ DOG nº 94 de 15 de mayo de 2009. De esta manera las medidas de suspensión del art. 1º de la Ley 6/2007 fueron de aplicación a los municipios con el planeamiento general no adaptado a la Ley 9/2002 durante el plazo de un año contado desde la entrada en vigor de dicha Orden o hasta la aprobación inicial del POLGA o la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Municipal adaptado íntegramente a la Ley 9/2002.

pública del proyecto del POLGA en la web⁵⁶, para lo cual tuvo lugar la aprobación inicial del mismo⁵⁷. También se sometió a informe de las Corporaciones Locales afectadas, a las Diputaciones Provinciales y a las entidades de carácter supramunicipal con incidencia el área cubierta por el POLGA. Este trámite tuvo una duración total de tres meses (cuarto hito del POLGA).

Por Orden de 30 de abril de 2010 (efectiva desde el 3 de mayo) se acordó la extensión de los efectos de la suspensión cautelar de la Orden de 15 de mayo de 2009 hasta que se produjera la aprobación inicial del POLGA⁵⁸ (quinto hito del POLGA).

Recibidos todas las alegaciones recibidas en el trámite de audiencia se preparó el documento para la aprobación inicial del POLGA incluyendo el informe de sostenibilidad ambiental redactado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 9/2006 y según los criterios contenidos en el documento de referencia emitido por el órgano ambiental. Y a partir de aquí, de la aprobación inicial del POLGA se inició la exposición pública por un plazo de dos meses.

En el mes de julio de 2010 se publicó la Orden del Conselleiro de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de aprobación inicial del POLGA y se disponía el inicio de la exposición pública durante dos meses⁵⁹. De agosto a septiembre de 2010 estuvo abierto dicho proceso para la recepción de alegaciones, observaciones y sugerencias, tanto de los particulares como de organismos públicos (sexto hito histórico del POLGA).

Finalizado el período de consultas e información pública, y con carácter previo a la aprobación provisional el órgano promotor envió al órgano ambiental la documentación completa del Plan tomando en consideración el Informe de sostenibilidad ambiental, las alegaciones y los informes presentados en el período de consultas, así como una propuesta de memoria ambiental, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 9/2006, do 28 de abril. Se enviaron, asimismo, los informes sectoriales y el informe sobre el proceso de participación pública. Con fecha del 29 de diciembre de 2010 la Secretaría Xeral de Calidade e Avaliación ambiental emitió la Resolución de la Memoria ambiental del POLGA (séptimo hito del POLGA).

Y, finalmente, la Orden de 30 de diciembre de 2010, del Conselleiro de Me-

⁵⁶ Cfr. la pagina web: <http://www.xunta.es/litoral/> (consulta el 20 de junio de 2011).

⁵⁷ El 25 de enero de 2010 tuvo lugar en el Hostal de San Francisco en Santiago de Compostela una presentación a cargo del Presidente FEIJOO y otras autoridades del documento que contenía el POLGA.

⁵⁸ DOG nº 82 de 3 de mayo de 2010.

⁵⁹ DOG nº 145 de 30 de julio de 2010.

dio Ambiente resolvía la aprobación provisional del POLGA⁶⁰ (octavo hito del POLGA) que no sería definitiva hasta su aprobación por el Decreto 20/2011, de 10 de febrero⁶¹, al que nos referiremos más adelante.

4. 2. UNA PREVIA Y OBLIGADA REFERENCIA A LA REFORMA DE LA LEY 9/2002 EN VIRTUD DE LA LEY 2/2010 Y SUS REPERCUSIONES SOBRE EL LITORAL⁶².

La norma cabecera del urbanismo en Galicia –la Ley 9/2002 de ordenación urbanística y protección del medio rural– ya había experimentado una primera reforma con la Ley 15/2004. Ahora la segunda se justifica en su exposición de motivos una reformulación de algunos de sus contenidos por los “nuevos e inaplazables requerimientos de las actuales circunstancias económicas”, y especial para avanzar en “una ordenación del suelo rústico más consecuente con la naturaleza del medio rural como medio productivo”. En realidad esta reforma –que finalmente sólo ha sido apoyada por el partido gobernante (PP) y rechazada por el Bloque Nacionalista Gallego; el partido socialista se abstuvo– ha respondido a una petición formulada, desde principios de 2007, por la Federación Gallega de Municipios y Provincias (FEGAMP) para revisar la normativa urbanística ante la preocupante situación de la actividad urbanística en esta Comunidad Autónoma.

Esta importante reforma gira, a mi juicio, en torno a dos ejes fundamentales: la agilización de la tramitación de los planes urbanísticos y en general de los procedimientos urbanísticos y la reformulación del concepto de núcleo rural que tiene gran importancia en Galicia. Y para el logro de estos objetivos se reconoce a las Administraciones locales (a los Municipios) una mayor responsabilidad en la actividad urbanística de su respectivos términos municipales.

Por lo que se refiere al litoral, encontramos en la Ley 2/2010 las siguientes modificaciones:

- 1ª.- al reformular el “suelo de núcleo rural” –que se descompone en tres modalidades (el “histórico-tradicional”, en “común” y el “complejo”)– se establece en el nuevo art. 13, 4 que:

⁶⁰ DOG nº 1 de 3 de enero de 2011. Y además se mantenía la suspensión cautelar acordada por la Orden de 23 de julio de 2010.

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

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

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

2ª.- al regular las categorías de suelo rústico especialmente protegido, se distinguen en el nuevo art. 32º:

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

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

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

Esta disposición debe de complementarse con el nuevo art. 38º sobre las condiciones de uso de los "suelos rústicos de protección de las aguas, las costas, de interés paisajístico y de patrimonio cultural", cuyo régimen jurídico tiene por objeto "preservar el dominio público hidráulico y marítimo y su contorno, así como los espacios de interés paisajístico y el patrimonio cultural" y que se concreta en las siguientes determinaciones:

"1. *Usos permitidos por licenza municipal*. Os relacionados na alínea 1, letras a), b) e c), e na alínea 2, letras f) e i), do artigo 33º desta lei⁶³.

⁶³ Es decir, como establece el citado nuevo art. 33:

"1. Actividades e usos non construtivos:

a) Accións sobre o solo ou subsolo que impliquen movementos de terra, tales como dragaxes, defensa

de ríos e rectificación de leitos, abancalamientos, desmontes, recheos e outras análogas.

b) Actividades de lecer, tales como práctica de deportes organizados, acampada dun día e actividades comerciais ambulantes.

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

Ademais dos usos anteriormente indicados, no solo rústico de protección de patrimonio poderá autorizarse a ampliación de cemiterios preexistentes, e *nos de protección de costas* e de protección das augas poderán autorizarse, así mesmo, *as construcións e instalacións necesarias para actividades de talasoterapia, augas termais, sistemas de tratamento ou depuración de augas, estaleiros e instalacións imprescindibles necesarias para a implantación de aparcadoiros abertos ao uso público para o acceso ás praias, á práctica dos deportes náuticos e para a implantación de paseos marítimos ou fluviais*, así como os previstos na alínea 2, letra j), do artigo 33º desta lei⁶⁵, sempre que quede garantida a integridade dos valores obxecto de protección.

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

3ª.- al regular los "planes especiales de protección" que tienen por objeto, como establece el nuevo art. 69, 1 "preservar el medio ambiente, las

c) Actividades científicas, escolares e divulgativas. (...)

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

f) Instalacións necesarias para os servizos técnicos de telecomunicacións, a infraestrutura hidráulica e as redes de transporte, distribución e evacuación de enerxía eléctrica, gas, abastecemento de auga e saneamento, sempre que non impliquen a urbanización ou transformación urbanística dos terreos polos que discorren. (...)

i) Muros de contención, así como cerramentos ou valado de predios".

⁶⁴ Es decir, en virtud del repetido art. 33:

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

e) Construcións e rehabilitacións destinadas ao turismo no medio rural e que sexan potenciadoras do medio onde se localicen. (...)

l) Construcións e instalacións destinadas a establecementos de acuicultura".

⁶⁵ Es decir, en virtud del referido art. 33:

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

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

aguas continentales, el litoral costero, los espacios naturales...". Pueden afectar a cualquier clase de suelo y extenderse a varios términos municipales (cfr. art. 69, 2). Estos planes deberán "estar en consonancia con los instrumentos para la protección, gestión y ordenación del paisaje, según prevé la Ley 7/2008 de Protección del Paisaje de Galicia" (cfr. art. 69, 5).

4º.- al regular las "condiciones generales de las edificaciones en suelo rústico" establece en su art. 42, 1, c) que:

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

5º.- al regular en el art. 85 el largo "procedimiento de aprobación del plan general", en el que se prevé, para resolver la aprobación definitiva "la incidencia del plan sobre las materias de competencia autonómica de desarrollo sostenible y la articulación de las infraestructuras de carácter local con los elementos vertebradores del territorio de alcance supramunicipal" (cfr. art. 85, 9), añadiendo que:

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

6º.- al establecer en la Disposición Transitoria Primera el "régimen aplicable a los municipios con planeamiento no adaptado" dispone que:

"En todo caso, aos ámbitos sen plan parcial aprobado definitivamente antes da entrada en vigor da Lei 9/2002 que se atopan no ámbito da servidume de protección establecida pola Lei 22/1988, de costas, ou no ámbito sometido a algún réxime de protección da Lei 9/2001, de conservación da natureza, aplicaráselles o réxime establecido por esta lei para o solo rústico de protección de costas ou de espazos naturais, respectivamente".

7º.- Finalmente, en virtud de la Disposición Transitoria Tercera, sobre "edificaciones sin licencia" que permite la posibilidad de incorporar al patrimonio de su titular "las edificaciones y construcciones realizadas sin

autorización autonómica preceptiva, existentes con anterioridad al 1 de enero de 2003, y respecto de las cuales en el momento de entrada en vigor de esta ley hubiera transcurrido el plazo legalmente establecido en su art. 210,2 sin que la Administración adoptase ninguna medida dirigida a la restauración de la legalidad urbanística o ambiental", la solicitud al Ayuntamiento correspondiente que dicho titular debe realizar para que tales edificaciones y construcciones para declararlas "en situación legal de fuera de ordenación", necesitarán el previo informe favorable de la Comisión Superior de Urbanismo, si dichas edificaciones "están localizadas en suelo rústico de protección de costas...".

4. 3. LAS DIRECTRICES DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DE GALICIA Y SUS DETERMINACIONES SOBRE EL LITORAL.

Tanto el gobierno bipartito (PSG-BNG) como el gobierno del Partido Popular decidieron tramitar paralelamente a la elaboración del POLGA la de las Directrices del Ordenación del Territorio (DOT)⁶⁶. A la llegada del PP al Gobierno se acordó –por la Orden de 9 de noviembre de 2009– retrotraer el expediente de tramitación de las DOT al inicio del proceso de la tramitación ambiental. Se elaboró un nuevo "documento de inicio" de las DOT (en octubre de 2009) a los efectos de someterlo a la evaluación ambiental estratégica y en febrero de 2010 se redactó el "documento de referencia" en su proceso de evaluación. Luego en junio de 2010 el documento de las DOT fue aprobado inicialmente⁶⁷.

En virtud del Decreto 19/2011, de 10 de febrero de la Xunta de Galicia⁶⁸

⁶⁶ Desde el punto de vista histórico la tramitación de las DOT tienen una larga trayectoria y un tortuoso proceso lleno de desfalecimientos por parte del planificador: desde la propuesta de acuerdo del Consello de la Xunta de 14 de febrero de 1996 sobre inicio del procedimiento de aprobación, que se reiteró por acuerdo de 6 de marzo de 1997 y que concluyó en un documento de información y diagnóstico publicado en junio de 1999; la apertura de cauces de participación institucional –de agosto a septiembre de 2001– que desembocaron en la publicación del documento "hipótesis del modelo territorial" el 25 de febrero de 2002; de nuevo un "documento de avance de las DOT de julio de 2004 abierto a consultas en diciembre de 2004; hasta la aprobación inicial por el Gobierno bipartito el 28 de agosto de 2008 y publicación en el DOG de la Orden de 15 de septiembre por las que se aprobaban inicialmente las DOT.

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

⁶⁸ DOG nº 36 de 22 de febrero de 2011. Las DOT fueron aprobadas inicialmente y sometidas a información pública por Orden de 24 de junio (DO de Galicia de 30 de junio de 2010). Durante los meses de julio y agosto de 2010 se pudo realizar alegaciones a este instrumento de ordenación que al amparo de la Ley 10/1995 había iniciado su proceso de elaboración por un Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Xunta de 29 de febrero de 1996. Nada menos que catorce años, y después haber acordado mediante una Orden de 9 de noviembre de 2009 (DO de Galicia de 19 de noviembre) retrotraer el procedimiento para realizar la Evaluación Ambiental Estratégica que debía realizarse conforme a la

se aprueban definitivamente las Directrices del Ordenación del Territorio (en adelante, DOT) que, como establece la Ley 10/1995 de Ordenación del Territorio de Galicia, constituyen un instrumento de carácter global, expresión de la política territorial, que debe constituir el marco general de referencia estableciendo las pautas espaciales de asentamiento de las actividades, de acuerdo con las políticas sociales, económicas y culturales emanadas de la comunidad, integrando, en su caso, las emanadas desde el Estado, así como las propuestas que surjan desde las entidades locales". En la determinación del modelo territorial de Galicia las DOT toma como referencias fundamentales:

- a) El *desarrollo económico equilibrado y sostenible*, para que Galicia se siga aproximando a los niveles de renta y de riqueza de las regiones más desarrolladas.
- b) La *cohesión social y la mejora de la calidad de vida* de la población, de modo que todas las personas dispongan de un nivel adecuado de servicios y de oportunidades.
- c) La *utilización racional del territorio y la sostenibilidad ambiental*, mediante la gestión responsable de los recursos naturales y la protección del medio ambiente.

Las DOT han sido elaboradas por la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de acuerdo con lo previsto en el art. 10 de la Ley 10/1995 de Ordenación del Territorio de Galicia y cuyo proceso de elaboración se describe en el Preámbulo del citado Decreto 19/2001⁶⁹. Las determinaciones contenidas en las DOT pueden ser de dos tipos: *excluyentes* (de cualquier otro criterio, localización o uno o diseño territorial o urbanístico) y *orientativas* (debiendo la Administración competente concretar la propuesta que contengan las DOT).

Limitándonos al objeto de este trabajo en relación con el litoral podemos sintetizar los contenidos de las DOT del siguiente modo:

normativa vigente desde 2006, ven la luz estas directrices esenciales para la ordenación territorial de Galicia.

⁶⁹ Para más información puede consultarse la página web <http://www.cmati.xunta.es/portal/cidadan/lang/gl/pid/2687> (consultado el 20 de junio de 2011).

^{Las} DOT recibieron un total de 88 alegaciones de las que treinta proceden de ayuntamientos y diez de asociaciones ecologistas. Los puntos de discrepancia principal tienen que ver con el modelo de desarrollo territorial, agrupado en torno a áreas metropolitanas y áreas urbanas que potencia el área litoral y olvida el interior más despoblado, y por la falta de engarce entre estas directrices y otra planificación en vigor o en trámite, además del olvido de consideraciones ambientales relevantes.

1º.- entre los objetivos generales y la estructura básica del modelo territorial se recoge entre sus objetivos prioritarios:

"Estructurar el litoral como un ámbito de excelencia territorial, que integre zonas naturales, centros urbanos y núcleos tradicionales, reorientando los procesos de urbanización difusa hacia un sistema más compacto, de mayor complejidad (diversidad de usos) y atractivo, caracterizado por su calidad y por la diversidad de posibilidades de vida y trabajo" (apartado 1.2. t

2º.- Para el logro de sus objetivos las DOT estructuran el modelo territorial en varios elementos: sistemas de asentamientos (grandes ciudades, sistema urbano intermedio, etc.), planes territoriales integrados (en los que se concretará la delimitación de su ámbito respectivo y se definirá el modelo territorial específico del espacio en cuestión), redes de infraestructuras (de transportes, de telecomunicaciones, etc.) y, además:

"Los espacios litorales, los recursos y patrimonio naturales, el paisaje, el patrimonio cultural y la calidad ambiental son señas de identidad que singularizan el territorio de Galicia aportando elementos de dinamización y desarrollo social" (apartado 1.3.4).

3º.- Al establecer las determinaciones sobre el "desarrollo y ordenación de los asentamientos, de las áreas empresariales y de las actividades productivas" y más en particular, las relativas al "desarrollo de actividades productivas en el medio rural" con relación a la "pesca y acuicultura" se considera excluyente la siguiente determinación:

"Los instrumentos de ordenación territorial y el planeamiento urbanístico, en el planteamiento de sus propuestas de ordenación, tendrán presente el valor del litoral y de las aguas interiores como soporte de la pesca, el marisqueo y la acuicultura" (apartado 3.3.21).

4º.- Con relación a las "infraestructuras y los vectores ambientales del modelo territorial" se recogen diversas determinaciones excluyentes y orientativas relativas a las "infraestructuras portuarias" (cfr. apartado 4.6) y sobre "infraestructuras de generación y abastecimiento energético" (cfr. apartado 4.7). Y en este último supuesto se establecen concretas determinaciones orientativas sobre la "posible implantación de instalaciones de producción de energía marina" que puede afectar directamente a la ordenación del litoral o a las actividades marinas (cfr. apartado 4.7.6).

5º.- Sobre las determinaciones relativas al "ciclo integral del agua" (cfr. apartado 4.8) importantes indicaciones excluyentes y orientativas inti-

mamente relacionadas con la gestión integral del litoral y su necesaria coordinación con la planificación hidrológica.

6º.- Las más relevantes determinaciones sobre el litoral se encuentran en el apartado 6º del que sólo recogemos aquí las excluyentes⁷⁰:

6.1. La Xunta de Galicia elaborará un plan de ordenación del litoral que tendrá naturaleza de plan territorial integrado. Este Plan tendrá por objeto el diagnóstico integrado del sistema litoral, en el que se incluyen todos los terrenos y elementos en los que se produce alguna relación natural, cultural, funcional, urbanística o visual con la costa. Además, concretará las medidas de protección necesarias y establecerá las condiciones para el desarrollo urbanístico y la implantación de instalaciones destinadas a usos productivos, turísticos y recreativos.

6.2. Las actuaciones en suelo rústico de protección de costas, incluida la adecuación de espacios para uso y disfrute público, procurarán el mantenimiento de la máxima naturalidad y, en su caso, la restauración de la calidad medioambiental y la protección del patrimonio cultural costero.

7º.- en las determinaciones sobre el "patrimonio natural" (cfr. apartado 7º) sólo destacamos aquí la específica referencia al litoral al referirse a las "redes de áreas de interpretación de la naturaleza y de itinerarios de interés ambiental y paisajístico", estableciendo como determinación orientativa

"La red de áreas de interpretación de la naturaleza estará integrada por los ámbitos compatibles con usos de ocio y de educación ambiental considerando las restantes propuestas del modelo territorial relativas a la *recualificación del litoral*, el aumento del atractivo urbano de las principales ciudades y el aprovechamiento de las oportunidades singulares de los espacios rurales, siempre en los términos que establezca la normativa específica de cada caso" (apartado 7.3.2).

8º.- finalmente, en cuanto al apartado sobre la aplicación, desarrollo y revisión se señala que las DOT serán completadas y desarrolladas por

⁷⁰ Para las determinaciones orientativas cfr. los apartados 6.3 a 6.13 de las DOT, que tratan sobre temas tan diversos como el fomento de las relaciones de colaboración y coordinación interadministrativa, de los núcleos de identidad del litoral, de sus instrumentos de ordenación territorial y urbanística, de la renovación de las fachadas litorales, de las playas, de los aparcamientos, de los itinerarios costeros, etc.

medio de otros instrumentos como es el caso de los planes territoriales integrados entre los que se cita el plan de ordenación del litoral (cfr. apartado 10.1.4).

Las DOT constituyen en definitiva la clave de bóveda del sistema de ordenación territorial de Galicia sobre la que han de edificarse el resto de las piezas del edificio o modelo territorial de Galicia.

4. 4. LA APROBACIÓN DEFINITIVA DEL PLAN DE ORDENACIÓN DEL LITORAL DEL GALICIA POR EL DECRETO 20/2011.

A punto de finalizar el 2010, el Conselleiro de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras dictaba la Orden de 30 de diciembre de 2010 por la que se aprueba provisionalmente el *Plan de Ordenación del Litoral de Galicia* (POLGA) y se adoptan medidas cautelares. Se culminaba así un largo proceso histórico para la elaboración para este importante instrumento de ordenación territorial que habíamos venido demandando en las últimas ediciones de nuestros comentarios- y que rematado en fechas recientes con su elevación al Consejo de la Xunta de Galicia para su aprobación definitiva mediante el Decreto 20/2011, de 10 de febrero de 2011⁷¹, una vez que acababa de recibir el informe favorable del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino, a través de la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, tanto en lo que se refiere a las DOT como al POLGA.

Como ya sabemos, el origen de la elaboración de este Plan se encuentra en la Disposición Transitoria 8ª de la *Ley 9/2002, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural* en la que se instaba a la Xunta (entonces gobernada por el PP) a remitir al Parlamento de Galicia en el plazo de dos años desde su entrada en vigor el Plan sectorial de ordenación del litoral en donde se recogerán las condiciones específicas de este ámbito territorial". El siguiente hito es la *Ley 6/2007, de 11 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del litoral de Galicia* –norma que fue promovida por el Gobierno bipartito (PSOE-BNG)-, determinando que el citado Plan tendría (conforme a lo previsto en la Ley 10/1995 de Ordenación del Territorio de Galicia) la naturaleza de "un plan territorial integrado" con la finalidad de "establecer los criterios, principios y normas generales para la ordenación urbanística de la zona litoral basada en criterios de perdurabilidad y sostenibilidad, así como la normativa necesaria para garantizar la conservación, protección y puesta

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

en valor de las zonas costeras" (cfr. art. 2, 1); además se establecía en esta ley que sus determinaciones "serán directamente aplicables y prevalecerán de forma inmediata sobre las del planteamiento urbanístico, que habrá de ser objeto de adaptación" (cfr. art. 2, 2).

Pocos días antes de las elecciones autonómicas del 1 de marzo de 2009 (en que el PP ganó por mayoría absoluta las elecciones que le permiten gobernar desde entonces en solitario) se ponía en marcha el proceso evaluación ambiental estratégica del Documento de Inicio del POLGA (el 2 de febrero de 2009) al que seguiría su Informe de Sostenibilidad Ambiental y el posterior sometimiento a la información de diversas instituciones públicas. Hasta que, finalmente, por Orden del 23 de junio de 2010 del Conselleiro de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras aprobó inicialmente el Plan de Ordenación de Galicia, incluyendo su informe de sostenibilidad ambiental, y acordó someterlos a información pública; una vez transcurrido el plazo preceptivo y analizados los informes y alegaciones presentados durante el mismo, se ha concluido con la aprobación definitiva del POLGA que estamos comentando.

Bajo la dirección del Director General de Sostenibilidad y Paisaje (perteneiente a la citada Consellería de Medio Ambiente) en la elaboración del Plan de Ordenación del Litoral se contó con el equipo técnico que redactó el Plan de Ordenación del Litoral de Cantabria de 2004.

El contenido esencial del "Plan de Ordenación del Litoral de Galicia" -que fue dado a conocer a la opinión pública a comienzos del año 2010- se compone de numeroso conjunto de documentos y complementos gráficos (desde entonces se encuentran íntegramente disponibles en la página web: <http://www.xunta.es/litoral/>). Sólo de forma muy somera podemos describir aquí sus elementos integrantes:

- 1º.- En su Título I se recoge la "metodología de elaboración del Plan" con la exposición del "marco jurídico" (marco legal vigente, objetivos y contenido, y su procedimiento de elaboración y tramitación), los "criterios metodológicos para su formulación" (basados en criterios de sostenibilidad y mediante la formulación de los principios orientadores del Plan), y el proceso de participación social e institucional (siguiendo el método DELPHI) seguido para su elaboración (gobernanza).
- 2º.- En el Título II se analiza uno de los elementos estructurales más importantes del Plan que es el paisaje o, mejor dicho, de los paisajes de las siete comarcas costeras en que se divide el litoral gallego (desde la Mariña lucense, las Rías Altas, el Golfo Ártabro, al Arco Bergantiño, la Costa da Morte, las Rías Bajas hasta la Costa Sur). El documento se

acompaña de una completa categorización y caracterización de los tipos de paisajes que se han identificado en el litoral de Galicia. Por tal motivo, se dice que el POLGA constituye un "Catálogo de Paisaje"⁷².

- 3º.- En el Título III se recogen los aspectos más importantes de la estructura territorial y socioeconómica de Galicia (la "síntesis territorial"), a través del análisis sintético de sus características territoriales (Capítulo 1º), su dinámica socioeconómica (Capítulo 2º), su dinámica turística costera (Capítulo 3º) y el estudio de la infraestructura energética (Capítulo 4º).
- 4º.- El Título IV se dedica al "Modelo de gestión" que tiene una particular relevancia ya que identifica las "áreas del Plan": de "protección" –ambiental (intermareal, costera, bosques y ecológica) y "de corredor"– de "mejora ambiental y paisajística" y de "ordenación litoral", que pese a no clasificar ni calificar el suelo van a delimitar sus desarrollos urbanísticos. También se identifican aquí una serie de "espacios de interés" (geomorfológico, de taxones, paisajístico, con protección reconocida y núcleos de identidad del litoral) que requieren una particular protección, así como la determinación de "ámbitos de recualificación" que deberán ser revisados y adaptados al POLGA. También se definen una serie de "estrategias" (puesta en valor de elementos identitarios del litoral, corredores ecológicos y culturales, sendas patrimoniales, etc.) y la llamada "senda de los faros" como una específica modalidad de puesta en valor del litoral.
- 5º.- El título V comprende el régimen jurídico del Plan estructurado en un Título Preliminar y siete Títulos con un total de 102 artículos, cinco disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias y varios anexos.
- 6º.- El Título VI contiene el "Programa de Actuación" del Plan concretado en seis modalidades de actuaciones para mejorar la cooperación y coordinación con las diferentes Administraciones, para la protección de los valores naturales y patrimoniales existentes, para suplir los déficits en

⁷² La Ley 7/2008 de 7 de julio, de Protección del Paisaje de Galicia, regula estos "Catálogos del Paisaje" en su art. 9º, en el que, por cierto, es una de las dos veces en que esta Ley se refiere al litoral. El citado art. 9, 1 establece que, los Catálogos del Paisaje son:

"1. Son los documentos de referencia que fundamentándose en las distintas áreas geográficas, morfológicas, urbanas y *litorales* existentes en el territorio gallego deberán delimitar, en base a los diferentes estudios y trabajos existentes en la materia, las grandes áreas paisajísticas de Galicia, identificando los diversos tipos de paisajes existentes en cada una de ellas y sus características diferenciales".

La otra referencia al litoral es más indirecta y se realiza con respecto a los "estudios de impacto y de protección paisajística" (cfr. art. 11, 4 in fine).

materia de infraestructuras, para fomentar el conocimiento y regulación del uso público del litoral, así como el conocimiento a través de la investigación y divulgación técnica y científica, y, finalmente, para la promoción e investigación del paisaje litoral.

- 7º.- El Título VII recoge una serie de Anexos con la identificación de diversos elementos (espacios de interés paisajístico, núcleos de identidad litoral, playas, marco jurídico, etc.).
- 8º.- El Título VIII contiene el "Informe de Sostenibilidad Ambiental".
- 9º.- Finalmente se incorpora una exhaustiva documentación gráfica y los informes y alegaciones recibidos en el trámite de las consultas públicas.

Para la elaboración del POLGA se ha realizado una importante labor de cartografía que permite identificar de forma gráfica la caracterización de la franja de 500 metros (desde el límite interior de la ribera del mar) de 2.555 kms de la costa de Galicia. El análisis realizado se concretó en un ámbito de gestión de 215.360 hectáreas –correspondientes a 82 municipios vinculados con la dinámica costera en los que viven casi la mitad de la población de la Comunidad Autónoma– de las que el 46% constituyen espacios de protección directa.

El modelo territorial del POLGA se estructura en tres áreas diferenciadas: las "áreas continuas" (protección ambiental –intermareal y costera–, mejora ambiental y paisajística y ordenación litoral), las "áreas discontinuas" (corredores ecológicos y espacios de interés natural) y los "sistemas generales territoriales". Sobre cada una de dichas áreas la reglamentación del plan establece los principios generales que han de orientar la regulación de cada uno de los elementos territoriales que las componen y los usos –permitidos, incompatibles o compatibles– que puede –o no– realizarse en el ámbito del Plan, así como los posibles desarrollos urbanísticos. Esta normativa y sus correspondientes determinaciones ha de incorporarse a los planes generales de ordenación municipal.

Una de las directrices más importantes del POLGA ha sido el compromiso con una política activa del paisaje conforme a la Ley 7/2008, de 7 de julio, de protección del paisaje de Galicia. En su ámbito de gestión se han identificado 428 unidades de paisaje litorales y 214 unidades de paisajes prelitorales.

En la elaboración del Plan se ha realizado un gran esfuerzo informativo a través de la página web antes citada, así como por la apertura de un perfil del Plan en la red social *Facebook* que ha permitido la máxima participación

ciudadana⁷³. De otra parte, a partir de abril de 2010 se creó una Comisión Parlamentaria en el Parlamento de Galicia con el objetivo de abrir el debate sobre el POLGA a los grupos políticos y a los agentes sociales; se reunió 11 ocasiones y en ellas intervinieron 18 comparecientes de diferentes expertos y representantes del mundo académico, profesional, etc.

5. REFLEXIÓN FINAL

Con carácter general el POLGA nos parece un buen instrumento de ordenación del litoral de Galicia, un buen punto de partida en las bases que han de orientar hacia el futuro las costas gallegas que todavía conservan gran número de espacios de especial valor ambiental y paisajístico. Pero el éxito de este Plan dependerá, por una parte, de su implantación real en la Administración local y sus planes de ordenación urbanística, y, por otra, de su respeto por parte de los poderes públicos y de la ciudadanía. Como ya vimos con anterioridad, el control y la disciplina urbanística son fundamentales para mantener intactos las áreas –continuas y discontinuas– que son objeto de una protección directa por el POLGA. Por último, queremos destacar que, si bien, en la elaboración del Plan se han seguido muchas de las pautas y directrices de la llamada “gestión integral del litoral”, todavía estamos lejos de lograr este objetivo en el que deben colaborar estrecha y coordinadamente las diferentes Administraciones territoriales y los sectores sociales y económicos vinculados con el litoral. Es un pequeño pero importante paso en esa dirección.

⁷³ Cfr. <http://www.facebook.com/pages/Plan-de-Ordenaci%C3%B3n-del-Litoral-de-Galicia/222018515922> (consultado el 20 de junio de 2011).

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIRRE i FONT, J. M. (2007): *L'ordenació del litoral català: els plans directors urbanístics del sistema costaner*. Barcelona: Atelier.
- BARRAGÁN MUÑOZ, J. M. (1993): *Ordenación, planificación y gestión del espacio litoral*. Barcelona: Oikos-tau.
- BARRAGÁN MUÑOZ, J. M. (2003): *Medio ambiente y desarrollo en áreas litorales: introducción a la planificación y gestión integradas*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz.
- BARRAGÁN MUÑOZ, J. M. (2004): *Las áreas litorales de España. Del análisis geográfico a la gestión integrada*. Barcelona: Ariel.
- BARRAGÁN MUÑOZ, J. M. (2005): *Política y gestión de áreas litorales en España, La gestión de áreas litorales en España y Latinoamérica*. Cádiz: Universidad de Cádiz.
- CARBALLEIRA RIVERA, T. (Coordinadora) (2001): *Ordenación del litoral*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia.
- CARLON RUIZ, M. (2009): La ordenación del litoral y su entrecruzamiento con la legislación de costas: una visión panorámica (Parte primera). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 20, 53-72.
- CARLON RUIZ, M. (2010): La ordenación del litoral y su entrecruzamiento con la legislación de costas: una visión panorámica (Parte segunda). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 22, 15-49.
- DOMENECH, J. L. y SANZ LARRUGA, F.J. (2010): *Guía para la implementación de un sistema de gestión integrada de zonas costeras*, Netbiblo, Oleiros.
- GARCÍA ÁLVAREZ (Dir.): *Análisis del litoral español. Diseño de las políticas territoriales*
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. (2003): *Derecho Urbanístico de Galicia*. Madrid: Thomson-Civitas.
- HERRERA XIMENEZ, M. D.: La gestión costera en los Estados Unidos: *Coastal Zone Management Act, 1972* y la estructura del programa asociado *Coastal Zone Management Program*. En SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza y Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña.
- MEILÁN GIL, J. L. (1988): Comunidades Autónomas y dominio público marítimo-terrestre. El proyecto de Ley de Costas. *Revista de Derecho Urbanístico*, 108, 18.
- MEILÁN GIL, J.L. (Dir.) (2009): *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- MENENDEZ REXACH, A. (1990): La configuración del dominio público marítimo-terrestre en la Ley de Costas. *Estudios Territoriales*, 34.
- MENÉNDEZ REXACH, A. (2010): La gestión integrada del litoral. En NÚÑEZ LOZANO, M. C. (Dir.): *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea* (pp. 135-185).

Madrid: Iustel.

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

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

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

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

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

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

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

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

RODRIGUEZ-CAMPOS, S. (2008): Sobre la necesidad de ordenar y proteger el litoral de Galicia: reflexiones al hilo de la nueva Ley de medidas urgentes. *Revista de Urbanismo y Edificación*, 17, 71-84

SAINZ MORENO, F. (1987): Término municipal y dominio marítimo. *Revista de Administración Pública*, 112, 173-212.

SANZ JUSDADO, I. y SÁNCHEZ GOYANES, E. (2010): Las medidas urgentes de reforma de la legislación gallega (marco teórico de una política urbanística) y su interrelación con el plan de ordenación del litoral tras ellas ya aprobado inicialmente (plasmación práctica de otra). *Revista de Urbanismo y Edificación*, 22, 51-77.

SANZ LARRUGA, F.J. (2003): *Bases doctrinales y jurídicas para un modelo de gestión integrada y sostenible del litoral de Galicia*. Xunta de Galicia, Consellería de Medio Ambiente.

SANZ LARRUGA, F. J. (2003): La Unión Europea y la estrategia sobre gestión integrada y sostenible del litoral. *Noticias de la Unión Europea, Año XIX (217)*, 117-131.

SANZ LARRUGA, F. J. y GARCÍA PÉREZ, M. (Dir.) (2009): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*. A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza e Instituto de Estudios Económicos de Galicia-Observatorio del Litoral.

SANZ LARRUGA, F.J. (2009): La Unión Europea y la estrategia comunitaria sobre gestión integrada de las zonas costeras. En SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, (pp. 29-5). A Coruña: Fundación Pedro Barrié de la Maza y Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña.

- SANZ LARRUGA, F.J. (2010): La Administración General del Estado y las políticas y estrategias sobre la ordenación y gestión de las costas (1988-2009). En SÁNCHEZ GOYANES (Dir.) (2010): *El Derecho de Costas (1989-2009)*, (pp. 1359-1420). Madrid: Editorial La Ley.
- SANZ LARRUGA, F.J. (2010): Estado compuesto e iniciativas y estrategias sobre ordenación y gestión del litoral en las Comunidades Autónomas. En SÁNCHEZ GOYANES (Dir.) (2010): *El Derecho de Costas (1989-2009)*, (pp. 1425-1495). Madrid: Editorial La Ley.
- SANZ LARRUGA, F.J. (2010): La Administración General del Estado y las políticas y estrategias sobre la ordenación y gestión de las costas (1988-2009). En SÁNCHEZ GOYANES (Dir.) (2010): *El Derecho de Costas (1989-2009)*, (pp. 1359-1420). Madrid: Editorial La Ley.
- VALES VÁZQUEZ, C. (Dir.) (2009): *A Xestión do litoral*. Xunta de Galicia, Consellería de Innovación e Industria, CEIDA.

LA EVOLUCIÓN DEL MODELO TERRITORIAL EN GALICIA. UNA INTERPRETACIÓN ECONÓMICA Y ESPACIAL

Daniel González Franco

Director del Área de Ordenación del Territorio y Urbanismo de IDOM Galicia

Resumen: *Este artículo pone de manifiesto la continua interdependencia histórica entre la evolución de la economía política de los sistemas de gobierno establecidos por las élites gallegas –oriundas o instaladas– y la conformación de su modelo territorial, destacando en ese viaje dos elementos fundamentales. En primer lugar, nos referiremos al impacto que sobre la conformación del modelo territorial gallego tuvo el desplazamiento en el tiempo del proceso de monetarización de la agricultura gallega por mor de la elongación de la economía política del Antiguo Régimen hasta bien entrado el s.XX y de las consecuencias que ello tuvo sobre la construcción del espacio.*

En segundo lugar, hablaremos de la incidencia que dicho modelo territorial tuvo sobre el despegue económico de Galicia durante la segunda mitad del mismo siglo, que se refleja en el hecho de que la desagrarización de la economía no fuera seguida por una esperable desruralización de la población sino por la urbanización del medio rural. Un hecho que está en la base de las dificultades de nuestro modelo territorial para la creación de capital espacial y que, sostenemos, bloquean la capacidad del espacio construido para incidir sobre los procesos económicos que modelan el territorio, así como la propia capacidad para conducir dichos procesos desde el planeamiento a través de criterios de racionalidad económica y ambiental.

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

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

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

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

Índice: *Introducción. Primera parte.- Las bases. El modelo territorial de la sociedad agraria tradicional. 1. Síntesis descriptiva. 2. Interpretación económico espacial de la evolución histórica del modelo territorial de la sociedad agraria tradicional. 2.1. Génesis. La conformación del régimen de agras (siglos IX-XII). 2.2. Involución. La economía política del régimen de agras del s. XIV al s. XX. 2.3. Colapso. La transformación del paisaje cultural del régimen de agras. 3. Síntesis interpretativa e hipótesis. Segunda parte.- El desconcierto. La evolución reciente de nuestro modelo territorial. 1. Deriva. El proceso de urbanización del medio rural (1959-2002). 1.1. La diseminación como antecedente de la urbanización. 1.2. La urbanización inducida en el medio rural gallego. 1.3. La naturaleza del modelo territorial tendencial. Las formas del crecimiento urbano en el medio rural 2. Síntesis interpretativa. Tercera parte.- ¿Qué futuro? Reflexiones sobre una transformación necesaria. 1. Complejidad. Un cambio de paradigma. 2. Sostenibilidad. Naturaleza y cultura sin informes sectoriales. 3. Capital espacial. Una vía para la minimización del conflicto territorial. 4. Gobernanza territorial. Transformación administrativa y coherencia entre procesos territoriales y escala de intervención. Bibliografía.*

INTRODUCCIÓN

Galicia entra en el s. XXI con un modelo territorial marcado por una recurrente singularidad de algunas de sus variables más relevantes: si en términos económicos Galicia sigue mostrando indicadores de renta y PIB claramente inferiores a la media europea y nacional¹, desde la perspectiva espacial, su nivel de dispersión territorial es extremo en el contexto nacional y muy destacado en términos europeos.

Pero si analizamos el modelo territorial como una suma de decisiones individuales, podemos destacar el igualmente recurrente y profundo nivel de conflicto entre los actores implicados en la gestión del territorio. En efecto, la localización de los polígonos industriales, la implantación de las infraestructuras de comunicación, el crecimiento urbano, la distribución de la vivienda protegida, la explotación de los recursos naturales, los objetivos de protección natural y patrimonial... En Galicia, todo parece entrar en conflicto con la naturaleza de nuestro sistema de asentamientos y con la *tradicional* identificación de la propiedad del suelo con el derecho a edificar, en el marco de nuestra no menos singular estructura catastral.

Y en ese contexto de conflictividad generalizada, las bases jurídicas y nor-

¹ Galicia mantiene un índice 86,49 (UE-27=100) de PIB expresado en términos de paridad de poder adquisitivo en las regiones europeas. López Facal, X. (2010): *O perfil da economía galega, una proposta de descrición cifrada*, en VV.AA (2010): *Informe Galicia 2010*. Atlántica, Santiago de Compostela

mativas sobre las que la administración asienta sus competencias en la ordenación territorial y urbanística, más que ofrecer un cauce de gestión coordinada de los diferentes intereses e iniciativas sobre el territorio, parece posicionarse sobre un cada vez más intrincado laberinto administrativo -no exento de contradicciones internas- que, frecuentemente, colisiona con los actores sociales con intereses e iniciativas sobre el territorio, muchas veces previamente enfrentados entre sí. Es decir, que hoy, el urbanismo y la ordenación del territorio en Galicia, se parecen más a un *todos contra todos* que a un mínimamente razonable ejercicio de gestión territorial o de gobernanza.

Es cierto que el incremento de la conflictividad territorial obedece, en el conjunto de los países desarrollados, a razones de carácter estructural que tienen que ver con el *renacimiento del lugar*² o con *el poder de la identidad*³. Sin embargo, aunque una visión interesadamente superficial podría concluir que, en Galicia, a esas razones debe añadirse la endeblez del edificio normativo de la ordenación del territorio y del urbanismo y su congénita inseguridad jurídica como causas fundamentales de los problemas mencionados, en este artículo mantendremos la tesis de que ello debe interpretarse más como una consecuencia de la conflictividad territorial que como una causa de la misma.

De hecho, la sucesión de tres leyes urbanísticas, ninguna de ellas desarrollada reglamentariamente, a lo que hay que sumar una nueva iniciativa legislativa en ciernes; el contradictorio desarrollo del marco legal vigente, modificado hasta por 7 veces en sus 8 años de vigencia en un sentido muchas veces contrario al *espíritu* concebido en la norma original y, finalmente, la aprobación de unas Directrices de Ordenación del Territorio con una década de retraso, en términos generales, respecto del contexto nacional, no son más que muestras de la inestabilidad y la improvisación con las que se ha edificado y se construye en la actualidad nuestro modelo territorial.

En cualquier caso, la aprobación de las DOT habilita por primera vez en Galicia a la ordenación del territorio de carácter integral, más allá de los documentos sectoriales aprobados con anterioridad. Un pistoletazo de salida marcado, coherentemente con nuestro conflictivo contexto territorial, por una fuerte polémica de las dos primeras iniciativas al respecto: el Plan de Ordenación del Litoral y el primer intento de institucionalización del hecho metropolitano, en este caso de Vigo.

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

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

Todo el mundo está de acuerdo en que la Ordenación del Territorio debe jugar un papel capital para superar ese estado de inestabilidad y conflictividad, pero para ello es necesaria una conceptualización y objetivación de la misma en términos estratégicos que, a la luz de lo recientemente acontecido, no parece haberse acometido aún.

En virtud de lo anterior, este artículo ofrece una interpretación del origen y la naturaleza de nuestro actual modelo territorial, poniendo de manifiesto las relaciones existentes entre sus componentes espaciales y económicos, con el objetivo de aportar algunas bases para esa reflexión estratégica en torno a dos aspectos: en primer lugar, al papel que debe jugar hoy la Ordenación del Territorio en Galicia en el marco de la gobernanza territorial, es decir, ese buscado espacio de cooperación y coordinación interinstitucional en pos de un modelo territorial determinado; y en segundo lugar, a la naturaleza a la que debe obedecer dicho modelo.

CONSIDERACIONES METODOLÓGICAS

El artículo parte de una síntesis descriptiva del modelo territorial tradicional a la luz del giro materialista operado por la historiografía rural moderna desde la irrupción de los trabajos de Georges Duby en la década de 1970 y su introducción en España por J.A. García de Cortázar. Su instrumental teórico y conceptual nos permitirá, al acometer el análisis del origen y evolución histórica de ese modelo territorial tradicional, huir del determinismo institucional que presidió durante años las interpretaciones historiográficas sobre los espacios rurales, y plantear el aporte teórico de este trabajo: desentrañar las relaciones de causalidad entre los aspectos económicos y los espaciales del modelo territorial gallego desde su génesis altomedieval hasta la incierta deriva en que parece ubicarse en la actualidad.

Un planteamiento que, implícitamente, asume los postulados de lo que se ha venido a llamar el *giro espacial*, es decir, el reconocimiento multidisciplinar del papel que el espacio juega en la configuración de las relaciones sociales o económicas, lo que supone rechazar la consideración del espacio –del territorio– como un mero soporte físico del resto de los procesos, huyendo así de los determinismos –ya sean éstos económicos o antropológicos– que tanto reduccionismo inútil nos han proporcionado.

Un giro espacial que, en el caso específico de la geografía radical recupera, durante la década de 1990, las ideas que Lefebvre y en menor medida Foucault, habían lanzado en el contexto mayo del 68 francés al respecto de la centralidad del espacio y la espacialidad en la conformación de los procesos

sociales⁴. Es en ese contexto en el que Edward Soja⁵ teoriza sobre *capacidad explicativa de la causalidad espacial*, planteando incluso la preeminencia del espacio en la construcción del devenir histórico y llevando así al extremo las posiciones que cierta parte de la literatura vinculada al desarrollo económico –desde Marshall hasta Becattini o Storper⁶– manifiesta sobre la capacidad del espacio para incidir en los procesos de desarrollo económico.

Sin llegar a estos extremos (no pretendemos caer en un nuevo determinismo espacial), este artículo pone de manifiesto, para el caso de Galicia, la continua interdependencia histórica entre la evolución de la economía política de los sistemas de gobierno establecidos y la conformación de su modelo territorial, destacando en ese viaje dos elementos fundamentales. En primer lugar, nos referiremos al impacto que sobre la conformación del modelo territorial gallego tuvo el desplazamiento en el tiempo del proceso de monetarización de la agricultura gallega por mor de la elongación de la economía política del Antiguo Régimen hasta bien entrado el s.XX y de las consecuencias que ello tuvo sobre la construcción del espacio.

En segundo lugar, hablaremos de la incidencia que dicho modelo territorial tuvo sobre el despegue económico de Galicia durante la segunda mitad del mismo siglo, que se refleja en el hecho de que la desagrarización de la economía no haya sido seguida por una desruralización de la población sino por la urbanización del medio rural. Un hecho que está en la base de las dificultades para la creación de capital espacial⁷ y que, sostenemos, está lastrando los procesos de transformación metropolitana de las periferias residenciales del sistema urbano gallego, aquéllos que pasan por la localización de actividades y funciones urba-

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

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

⁶ Alfred Marshall, economista neoclásico de finales del s. XIX, fue el primero en codificar las economías de aglomeración distinguiendo entre las economías de localización, como aquéllas surgen de la proximidad y de la eficiencia generada en términos de tiempo, energía y coste derivadas de estar próximos en el espacio, generando así un incremento de productividad –eficiencias “hard”– y las economías de urbanización, mucho menos visibles y más difíciles de medir, derivadas del entorno institucional –eficiencias “soft”. Giacomo Becattini fue el precursor moderno de la recuperación académica de los postulados de Marshall, utilizándolos con éxito para conceptualizar el “distrito industrial” como explicación plausible al hecho de que la economía del Véneto italiano progresara de forma extraordinaria, en el entorno generalizado de profunda la crisis económica de los años 70. Michael Storper es, para Soja, el culmen del pensamiento espacial sobre la economía moderna al sostener que las regiones son tan importantes como las familias, los estados o los propios mercados en tanto que fuerzas motrices de la economía.

⁷ Es decir, las interdependencias fortuitas que se producen en la colusión espacial las potencialidades sociales e institucionales y los aspectos sociales y políticos, y que se suelen denominar externalidades positivas, sinergias o más comúnmente, economías de aglomeración.

nas una vez fue superada la deslocalización demográfica que las vio nacer.

PRIMERA PARTE

LAS BASES. EL MODELO TERRITORIAL DE LA SOCIEDAD AGRARIA TRADICIONAL

1. SÍNTESIS DESCRIPTIVA

Existe un cierto consenso historiográfico a la hora de identificar el período comprendido entre los siglos IX y XII como aquel en el que tomó forma el modelo territorial –básicamente rural– propio de las sociedades feudales del occidente europeo. En el contexto español, tras muchos años de dominio de las corrientes de carácter institucionalista⁸, en las que predominaba la atención a las condiciones jurídicas de los campesinos, se impone el estudio de las formas de asentamiento en el espacio y de la influencia sobre ellas de los aspectos productivos.

Sólo entonces comienza a estudiarse de forma sistemática la naturaleza de un hábitat mayoritariamente disperso, con núcleos rurales consolidados solidarios con el sistema productivo y apoyados en un viario que confiere coherencia y servicio a esa organización. Y es por ello que fundamentaremos el objeto de estudio de esta primera parte del artículo –la evolución histórica del modelo territorial de la sociedad agraria tradicional– en tres aspectos fundamentales: la comprensión del modelo productivo, es decir, de las formas de organización agraria; la morfogénesis del sistema de asentamientos sobre el que pivotaba la apropiación y, por último, la explotación del territorio y la naturaleza del sistema viario que articulaba el conjunto.

• *El sistema productivo: las formas de organización agraria*

En Galicia, la conformación del sistema productivo estuvo condicionada, tal y como describió Otero Pedrayo⁹, por la particular configuración de la orografía y la hidrografía de nuestro territorio –de relieve poco enérgico y abundancia de agua– que deriva en un cierto *isomorfismo estructural*, favorable para la implantación de un sistema agrario viable pero fragmentado; origen y razón de un elevado pero disperso desarrollo poblacional.

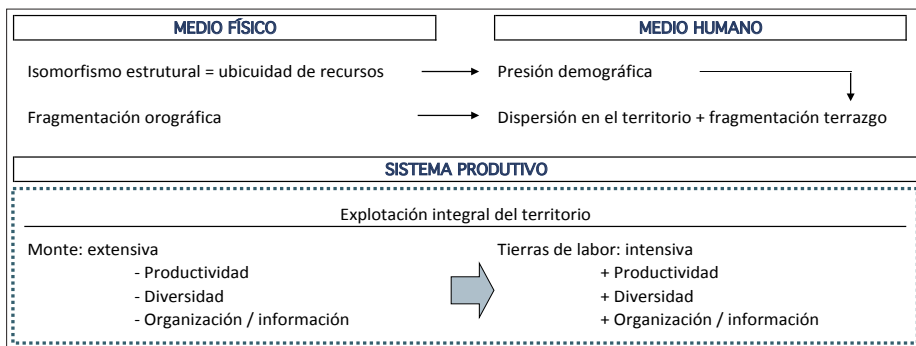
Se trata de un sistema productivo agrario de carácter tradicional, articulado a través de una explotación integral siguiendo el canon descrito por Margalef¹⁰,

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

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

¹⁰ De acuerdo con Margalef, en Europa, la explotación tradicional de la tierra se basaba en granjas

en el que el grado de explotación corre parejo al nivel productivo del territorio: existe explotación intensiva –terrazgo– donde el suelo es profundo y la pendiente baja –los fondos de los valles y los piedemontes– mientras que esa explotación deviene extensiva donde la escasez de suelo y la pendiente aguda son la norma –en el monte–. De esta forma, se produce una transferencia constante de materia y energía desde el monte hacia las tierras de labor en forma de madera y otros productos forestales (o la misma utilización del tojo como pilar de la economía rural tradicional), cuyo resultado neto no era otro que el incremento gradual de la complejidad, la diversidad y la productividad del terrazgo de labor a costa de una simplificación de la realidad ecológica del monte (Esquema 1).



Esquema 1. Sistema territorial tradicional. Fuente: elaboración propia

En realidad, lo anterior no fue más que una adaptación a la pobre naturaleza agrológica de los suelos gallegos, lo que obligó a hacer descansar sobre los aportes ofrecidos por el monte la productividad del todo el edificio agrario, dando como resultado un mosaico fragmentado y discontinuo de pequeños labradíos rodeados de espacios incultos.

El avance historiográfico que se ha producido en Galicia desde el último cuarto del siglo pasado respecto de este modelo de organización del espacio ha sido notable, destacando por su capacidad explicativa las interpretaciones basadas en la economía agraria, en las que es figura seminal el geógrafo

que organizaban el espacio de su entorno como un mosaico de campos de cultivo, cierres, pastos y fragmentos de bosques, siguiendo una organización del campo más o menos relacionado con las cuencas de recepción. Se ha comprobado que este mosaico resulta un instrumento de conservación muy eficaz, ya que ha mantenido e incluso aumentado la diversidad de las comunidades vegetales. El mecanismo básico que ha conducido a una estructura de este tipo es el diferente grado de explotación en función de su potencial: la explotación fue más intensa donde el sistema ya era más productivo y más suave en regiones agrestes y en suelos pobres. Citado en Rueda, S. (1995).

agrarista francés Abel Bouhier y su enciclopédica obra sobre el *viejo complejo agrario gallego*¹¹; de igual forma que Villares¹² o García Fernández¹³ contribuyeron significadamente a su estudio y difusión.

En particular, la publicación de la obra de Bouhier supuso un enorme adelanto en la comprensión de la conformación y la evolución reciente de este sistema, al establecer relaciones de causalidad entre el sistema agrario y el tipo de poblamiento. Plantea así la primera caracterización morfogenética del sistema de asentamientos gallego a través de su teoría de las formas de organización agraria. Para Bouhier, el tipo de poblamiento estaba subordinado a las tres formas de organización agraria por él identificadas: cerrados, *open-fields* y agras, siendo esta última la más extendida por el territorio de Galicia (imagen 1).



Imagen 1. Las formas de organización agraria en Galicia. Fuente: BOUHIER, A., 1978

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

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

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

Las agras son piezas de labradío delimitadas por un cierre común y conformadas por conjuntos de parcelas sometidas a rigurosas reglas de rotación coordinada y forzosa de cultivos. A través ellas, los usos del suelo se asignan solidariamente a conjuntos enteros de parcelas de distintos propietarios, de forma que los cierres individuales de cada parcela son sustituidos por un único cierre colectivo. Este sistema conlleva una fuerte rigidización de su explotación, al condicionar las decisiones productivas a la anuencia del grupo, lo que exige un fuerte nivel organizativo de los propietarios, pero facilita a cambio la realización colectiva de los trabajos más pesados e incrementa las capacidades productivas del conjunto.

Una productividad que, como en las demás formas de organización agraria en Galicia, depende del mantenimiento del resto de la superficie disponible, denominada genéricamente como monte en diversos grados de explotación extensiva (*pasteiros* para el ganado, *estivadas* cerealistas extensivas, tojales (*ulex europaeus*) para *estrume* o cama para el ganado...) (imagen 2). Su disposición, ocupando los *eidós* o terrenos cultivados, condiciona por completo la lógica espacial del modelo territorial –la distribución de los usos del suelo– a través de la productividad agrícola como vector de organización espacial –los usos del suelo son aquellos que maximizan la productividad del sistema– derivando así en un rígido sistema de organización agraria tanto en el tiempo, como en el espacio, que J.L. Dalda¹⁴ denomina como **régimen de agras**.

Sin embargo, la emergencia de dicho régimen no puede ser entendida sin prestar atención al marco de organización social en el que surge, pues uno y otro condicionan la naturaleza del modelo de asentamiento poblacional.

¹⁴ Dalda, J.L. (1991): *La larga fase de aldea*, en González-Cebrián, J. (ed.): Documentos de Reflexión Urbanística, nº 3, Departamento de Proyectos arquitectónicos y urbanismo de la ETSAC.

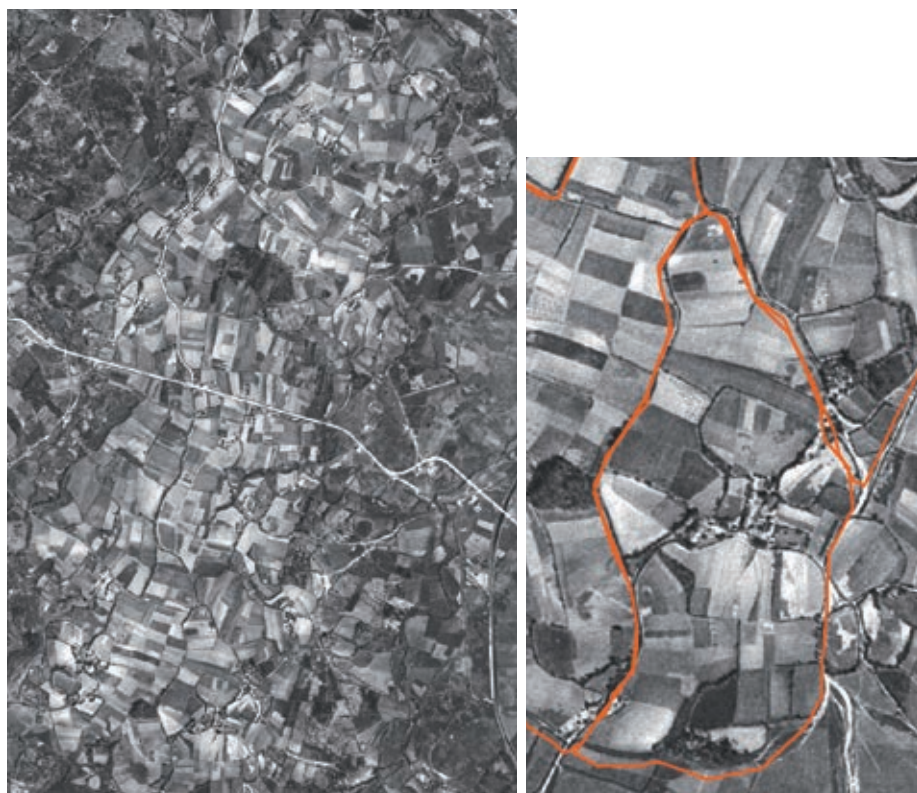


Imagen 2. Agrads en producción. Cerceda, 1954. Fuente: Xunta de Galicia y elaboración propia

• *El modelo de asentamiento poblacional*

En efecto, por un lado, la localización y morfología de los asentamientos rurales es, ciertamente, función del sistema de organización agrario, pues cada casa disponía de un espacio más o menos generoso en el que ubicar huertos, alpendres y distintos espacios de trabajo, lo que dio como resultado, en interacción con los condicionantes físicos antes descritos de isomorfismo estructural y fragmentación orográfica, a un sistema de asentamientos disperso sobre el territorio.

Pero no es menos cierto que las fuertes rigideces que condicionaban la lógica agrícola impedían, por lo general, edificar en el interior de las agras, lo que unido a la organización colectiva de parte de los trabajos de explotación, derivó en la articulación del edificado en torno a una específica unidad residencial: **la aldea**.

Jesús García Fernández¹⁵, puntualiza que la *pequeña aldea, que consta tan sólo de unas decenas de casas y habitantes y que constituye poblamiento laxo*, no era tan sólo la *unidad de poblamiento*, sino también la *unidad mínima de la organización del espacio*. Dalda¹⁶ ancla este sistema de poblamiento en la lógica territorial de todo el occidente europeo, reconocida a través de la historiografía francesa (Bloch y Duby), pero también inglesa y alemana, y misma-mente la española (García de Cortázar) en la que se señala la aparición de la aldea como la forma de asentamiento vinculada a la formación de los señoríos bajomedievales debido a la confluencia del vacío de poder dejado por la ocupación romana y la apropiación de privilegios fiscales y judiciales por parte de los emergentes propietarios que rodean sus dominios de inmunidad frente a los funcionarios estatales¹⁷.

El contexto bajomedieval de creciente productividad agraria y excedentes permite la consolidación patrimonial de los señoríos –laicos o eclesiásticos– que van sometiendo progresivamente a las familias –ya sea por debilidad de estas o por coacción del señor– al pago de una renta por el derecho a estar instaladas y explotar las unidades de producción. Unidades que, como vimos, comprenden tres elementos fundamentales: el *casal* propiamente dicho, las tierras de labradío y unos derechos de aprovechamiento de los espacios comunes de la colectividad y de sus instalaciones, razón última, junto con la organización común de los labradíos, de la aldea como unidad de poblamiento.

• El sistema viario

Nárdiz¹⁸ ha ofrecido una síntesis integradora, en términos históricos, de las dinámicas territoriales que configuraron el sistema viario gallego, según la cual, la red viaria bajomedieval habría perdido el carácter de organización territorial a gran escala que había adquirido durante el Imperio Romano. De esta forma, la conformación de una red viaria organizada sólo sería una realidad a partir del proceso de crecimiento de los monasterios y señoríos propio de período comprendido entre los siglos IX y XII y del fenómeno de urbanización desarrollado en torno al camino de Santiago.

Nárdiz diferencia entre esta red principal, de larga distancia, de la cada vez más tupida red capilar de servicio sobre la que se apoyaba toda la estructu-

¹⁵ García Fernández, J. (*op cit*)

¹⁶ Dalda, J.L. (*op cit*)

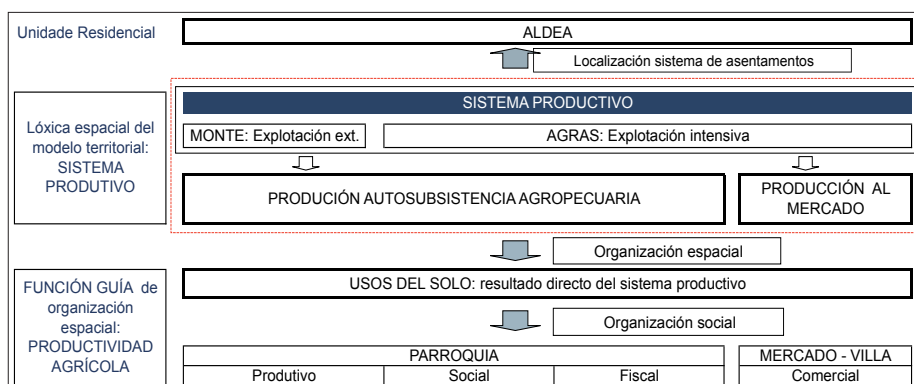
¹⁷ García de Cortázar, J. A. (1988): *Historia de España. La época medieval*, Alianza Editorial, Madrid

¹⁸ Nárdiz Ortiz, C. (1992): *El territorio y los caminos en Galicia*. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos; Xunta de Galicia

ra productiva, que se va densificando al tiempo que se configura y consolida el régimen de agras del que es deudor. Sostiene además, que ésta última se mantiene bastante al margen de la red de larga distancia, al tender las rutas principales a evitar las zonas bajas para minimizar los pasos sobre la red hidrográfica y los vados.

Pero además de ese viario principal, toda una red secundaria organiza las servidumbres de paso para acceso a las parcelas puestas en cultivo bajo el sistema colectivo de las agras, articulando así el espacio productivo, al tiempo que comunicaba las aldeas entre sí y con las ferias y mercados periódicos.

El modelo territorial resultante de la colusión espacial de las tres variables consideradas hasta ahora –sistema productivo, modelo de asentamiento poblacional y red viaria– se basa en un sistema de organización agraria –el régimen de agras– que aparece asociado a la aldea como unidad residencial y organizado sobre una red viaria de proximidad. Un modelo de gran coherencia espacial en el que los usos del suelo tienen una relación directa con el sistema productivo a través de la productividad agrícola como vector de organización agraria (esquema 2). Y que constituye lo que hoy consideramos un **paisaje cultural**, es decir, un paisaje fruto de la acción combinada entre cultura y naturaleza. Un paisaje que no fue exclusivo del finisterre galaico, sino que sería consustancial a la organización agraria de buena parte del occidente medieval europeo, pudiéndose considerar estructuralmente conformado, en torno a los siglos IX – XII, a través de una agricultura desarrollada en el marco de las relaciones de producción propias del apogeo feudal¹⁹.



Esquema 2. Modelo territorial del régimen de agras. Fuente: elaboración propia

¹⁹ Dalda (op cit)

Sin embargo, al contrario que en el resto de la Europa occidental, donde el paisaje cultural resultado del régimen de agras desapareció hace varios siglos (o incluso que en el resto de finisterres europeos –Bretaña, Gales, Irlanda... donde lo hizo algo más recientemente), lo singular en el caso de Galicia, es que ese modelo territorial y su paisaje se mantuvieron plenamente vigentes hasta los años 60 del s. XX, momento en el que comenzó una acelerada desarticulación de un sistema agrario que se había caracterizado por su estabilidad, en términos estructurales, durante un período cercano a los 800 años.

Las interpretaciones historiográficas a las que hemos hecho alusión con anterioridad, ubican las bases de tan extraordinaria longevidad en la incardinación de este modelo territorial en las relaciones de propiedad, producción, consumo y reparto de la riqueza propias de la sociedad feudal. Lo que es lo mismo que decir que existen relaciones de causalidad recíproca entre el modelo territorial del régimen de agras y la economía política de la sociedad feudal.

Sólo desde esta perspectiva podemos comprender entonces que el *casal* familiar es, efectivamente, la célula básica de la explotación de la tierra, pues cada uno de ellos supone una cuota de parcelas del agra, o de derechos sobre el pasto o el monte en el marco estricto de la economía agraria vinculada a la reproducción social del campesinado organizada espacialmente en agras y aldeas. Pero que ese mismo *casal* es, al mismo tiempo, la unidad clave de producción y exacción de rentas en el marco de la economía política del sistema social en su conjunto, orientada hacia la reproducción social del estamento noble –laico y religioso– dominante y organizada espacialmente en señoríos, monacatos y parroquias.

Una doble condición sobre la que se asentó la enorme estabilidad que adquirió la sociedad feudal en el contexto europeo y que, en el caso particular de Galicia estableció las bases para la **paradójica supervivencia de su economía política a las transformaciones de la economía y de la política** que llevaron al conjunto del occidente europeo a sus dos transiciones históricas fundamentales, es decir, el paso del feudalismo al estado centralista y de éste al liberalismo de la edad moderna.

Un recorrido histórico sobre el que a continuación ofrecemos una relectura desde la perspectiva del modo en que interaccionan el modelo territorial del régimen de agras y la economía política de la sociedad feudal más allá del propio Medievo dando así lugar a lo que denominaremos como la *economía política del régimen de agras*.

2. INTERPRETACIÓN ECONÓMICO ESPACIAL DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL MODELO TERRITORIAL DE LA SOCIEDAD AGRARIA TRADICIONAL

2.1. GÉNESIS. La conformación del régimen de agras (siglos IX-XII)

El régimen de agras surge, en Galicia, a partir de la colusión de un doble proceso de estabilización: agraria, como modelo de optimización de la productividad agrícola, justo en el momento en que el cultivo se hace definitivamente sedentario; y política en torno a la consolidación del hasta entonces débil orden monárquico. En ese marco político, las órdenes monásticas cobran una especial relevancia debido a la política regia de contrarrestar el poder y la apropiación de beneficios de las noblezas laica y eclesiástica, para lo que se valieron de la concesión de sustanciosas contraprestaciones económicas en forma de generosas dotaciones de tierras a los monasterios, a cambio de su puesta en explotación y de su control político bajo el reconocimiento de la monarquía.²⁰

Es en ese contexto en el que el foro aparece como la fórmula jurídica a través de la cual se institucionaliza, por un lado, la economía política del orden monárquico en construcción, es decir, la organización política de la actividad económica orientada al mantenimiento de dicho orden, y por otro, el control del espacio, o sea, del territorio sobre el que se extiende el vasallaje propio del sistema feudal. Por lo tanto, e independientemente de la controversia en torno a si el foro está en el origen mismo de las formas de organización agraria²¹ o si *solo* funcionó como factor de rigidización o *esclerosis* de las mismas²², lo que nos interesa aquí es el claro papel de bisagra que el foro jugó entre el modelo territorial y la economía política del régimen de agras, lo que analizamos a continuación.

El foro es un contrato mediante el cual el poseedor de las tierras cedía el usufructo de las mismas a quien las trabajara –dominio útil– a cambio de la asunción de obligaciones de carácter vasallático, canónicamente feudales, y del pago de una renta –dominio directo– bajo estrictas condiciones de estabilidad espacial y temporal, basadas, respectivamente en la indivisibilidad de las tierras aforadas y en la conversión del foro en un contrato de larga duración o incluso de perpetuidad²³.

Los conceptos por los que el forero debía satisfacer las rentas, alcanzaban,

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

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

²² Según la tesis de Bouhier, A. (*op cit*).

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

en términos espaciales, a todo aquello que le era entregado. Así, generaban rentas la casa, los huertos y *cortiñas* de traspatio, los labradíos, el ganado de labor si se le entregase e incluso la parte correspondiente del monte necesaria para la extracción de leña, pastoreo del ganado, u otros complementos agrarios. Es decir, el foro se extendía a una unidad de producción en cuya indivisibilidad radicaba su propia viabilidad como explotación así como la naturaleza dispersa del modelo resultante de ocupación del territorio. Una tendencia, no obstante, notablemente minimizada por las rigideces espaciales del propio régimen de explotación agrario que, como vimos, obligaba a una cierta compactación de las aldeas en aras a la optimización de la productividad de las agras.

Las mejoras técnicas y organizativas introducidas por los monasterios como grandes impulsores y beneficiarios del sistema, generaron una importante expansión agraria hasta finales del s.XIII cuya riqueza no pudo ser orientada, como en el caso castellano, hacia la expansión territorial hacia el Sur, debido a la aparición del reino portugués²⁴. Circunstancia que permitió, una vez superadas las expediciones normandas y vikingas, desarrollar una importante actividad comercial con los puertos del norte de Europa sobre la que se fundamentó la actual estructura urbana de Galicia. A consecuencia de todo ello se produce una incipiente monetarización de la economía que permite a la nobleza y al clero orientar los excedentes agrarios que los campesinos les transfieren en especie a través del foro al naciente mercado urbano. Trigo y vino, con ser cultivos claramente inadecuados para el clima gallego, eran los productos que más alto precio alcanzaban en el mercado y, por tanto, aquéllos en los que debía ser pagaba la renta.

Los beneficios obtenidos con el comercio, así como la riqueza drenada a través de las rentas forales, ayudaron a consolidar una economía política relativamente simple o poco sofisticada, si se quiere, pero extraordinariamente estable (ver esquema 1), cuyos resultados espaciales, en términos de sistema productivo, modelo de asentamiento poblacional y red viaria son los que se describieron en la síntesis descriptiva.

Y si asumimos la tesis de que la solidez de las relaciones entre el modelo territorial y la economía política a él asociada es lo que garantizaba la estabilidad del régimen señorial analizado, su mantenimiento en un entorno tan dinámico como el europeo y durante un período temporal tan extenso como el apuntado con anterioridad, sólo puede ser explicado a través de un proceso

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

involutivo, de acumulación de pequeños cambios internos que nunca comprometieron ni la pervivencia de las dos partes de la ecuación –las relaciones de propiedad, producción distribución y consumo y el modelo territorial sobre el que se desplegaban– ni las relaciones establecidas entre ellas.

2.2. INVOLUCIÓN. La economía política del régimen de agras del s. XIV al s. XX *Feudal Vs foral. Crisis bajomedieval y transición a la edad moderna*

A finales del s. XIII, la capacidad expansiva del sistema señorial tanto en términos económicos como espaciales había llegado a su cénit. Con la crisis bajomedieval, se instauró un período de fuerte inestabilidad política, económica y social. La peste, las malas cosechas y el hambre detuvieron el proceso de crecimiento económico y demográfico de los siglos anteriores, asestando un duro golpe a la economía de base urbana y comercial, donde sus efectos fueron más intensos. En ese contexto recesivo, la nobleza laica, que siempre había tenido más problemas de consolidación patrimonial que la religiosa en el marco territorial de Galicia, se apoyó sobre los cambios dinásticos derivados del ocaso de la casa de los Trastámara, para enfrentarse abiertamente con el clero en pos de un reparto de las rentas que le fuera más favorable²⁵. Un conflicto que incrementó notablemente la presión de la renta sobre el campesino y que condujo al estallido de las Guerras Irmandiñas como primer intento serio por desmontar el sistema señorial.

Los efectos políticos de la victoria de la nobleza en aquellas guerras –la consecución del poder– fueron borrados poco tiempo después a manos de las reformas emprendidas por los Reyes Católicos para la construcción del estado centralista castellano, a través de las cuales devolvieron a la Iglesia el poder económico que había ido perdiendo frente al empuje de la nobleza laica. Sin embargo, la situación de inestabilidad y de crisis económica había erosionado, tanto la capacidad de buena parte del campesinado para hacer frente a las deudas contraídas con la nobleza y el clero²⁶, como la eficacia de éste último para hacer efectivo el pago de dichas deudas por parte de un campesinado renuente incluso al pago de la renta foral, consciente de que su debilitamiento demográfico presionaba a la baja sobre el valor real de las rentas²⁷.

Es en ese contexto en el que la hidalguía intermediaria –un conjunto de

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

²⁶ *Ibid.*

²⁷ García Fernández J. (*op cit.*).

escuderos, eclesiásticos y titulares de cargos administrativos, burocráticos o de gobierno, es decir, el soporte humano de la nueva administración centralizada instaurada por los Reyes Católicos²⁸- emerge como el colectivo con el suficiente poder económico, político y social como para resolver la situación, ya fuera comprando el dominio útil a los campesinos arruinados o asumiéndolo como cesión directa por parte del clero para garantizar el mantenimiento del orden y el cobro de las rentas a cambio de una parte de las mismas.

La hidalguía se encargó así de mantener en pie el sistema señorial, pero a cambio, precisamente, de despojarlo de su componente vasallática, lo que les permitía asumir el dominio útil de las tierras que el clero les entregaba en foro, sin por ello deberle más obediencia personal que el pago de la renta debida. Para obtener esa renta, los hidalgos entregaron en *subforo* su propio dominio útil a los mismos campesinos que las venían trabajando y que ahora veían incrementados los gravámenes que tenían que satisfacer, pues además de pagar la renta del foro, debía de asumir también la del hidalgo intermediario.

En consecuencia, y ante las escasas posibilidades de incrementar las tierras en cultivo, debido a los condicionantes ecológicos (pobreza agrológica del suelo y necesidad de explotación extensiva del monte) y jurídicos (indivisibilidad del foro), el campesino se vio obligado a intensificar el sistema agrario como único recurso con el que solventar la situación. De este modo, el campesinado sigue reteniendo únicamente la producción que le garantiza su reproducción social, al tiempo que transfiere en concepto de rentas en especie –ahora aumentadas- las cosechas que los rentistas orientan al mercado urbano donde confluye la producción artesanal. Un mercado que abastece de recursos alimenticios al conjunto de la población urbana –rentista o no- y rentista –urbana o no- y sobre el que se yergue el consumo suntuario de esta última.

Así, el grado de monetarización de la economía gallega apenas sufre modificaciones desde los tiempos feudales, puesto que los factores propiamente productivos de los estamentos privilegiados –es decir, lo que serían los *servicios religiosos* en el caso del clero y los servicios a la corona y al propio clero por parte de la hidalguía- quedan, al igual que la tierra misma, fuera del circuito monetario. Y la economía agraria permanece igualmente al margen de la economía monetarizada puesto que la producción agropecuaria sólo entra a formar parte de un ciclo económico –el del consumo suntuario de las clases rentistas- por completo ajeno a la economía agraria, que siguió inscrita bajo formas de producción totalmente descapitalizadas. (esquema 2).

²⁸ Villares, R. (*op cit*).

En definitiva, el nuevo estado centralista de los Reyes Católicos logró sus objetivos de integración política de Galicia a través de la conversión de la **economía política feudal**, como cristalización material de toda una civilización, en una **economía política foral** como simple instrumento de control basado en la fidelización política de una élite local a la que se le permite la dominación económica del pueblo mediante la transmutación de la institución vasallática que era el foro en un contrato económico. Ello suponía incrementar de forma notable la cuantía de la renta a extraer de la tierra -lo suficiente como para sostener económicamente a la hidalguía- siempre y cuando el campesino fuese capaz de asumir el incremento de la presión sobre su corta economía agraria.

A ese respecto, agotadas finalmente las posibilidades de ampliación del labradío, la solución vino precisamente de la intensificación productiva del monte, transformando las zonas menos hostiles al cultivo en un terrazgo temporal de rozas o *estivadas*, a cambio de un notable incremento de la fuerza de trabajo necesaria para mantener en pie el sistema productivo. Un incremento poblacional que no tuvo efectos perceptibles sobre el sistema de asentamientos, al mantenerse incólume la indivisibilidad de las unidades productivas individualizadas en el casal familiar, absorbiéndose a través de la institución de la *mejora*²⁹ y de la creación de la *compañía familiar gallega*³⁰, los incrementos poblacionales sobre la estructura habitacional existente.

Fue así que, en el marco de la transición del feudalismo a la Edad Moderna, cambios meramente epiteliales en las relaciones de propiedad y distribución, respondidos por una intensificación productiva como única mutación del modelo territorial, permitieron la plena vigencia de la economía política del régimen de agras más allá de la sociedad y la economía feudales que la vieron nacer. El precio que hubo que pagar por ello fue el mantenimiento de una población ruralizada y poco rentable en términos fiscales, dada la escasez de la actividad económica de carácter urbano, que es de la que se nutría la hacienda regia.

Un precio bajo si consideramos el carácter periférico que Galicia tuvo para la monarquía de los Reyes Católicos, pero muy bajo en términos de su futuro desarrollo territorial: al utilizar la economía política medieval como elemento de control político y económico, el estado centralista sumió al complejo agrario gallego en un proceso de carácter involutivo al permitir que el creci-

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

³⁰ García Fernández, J. (*op cit*).

miento de los excedentes se desviase hacia la ampliación de una clase rentista improductiva en términos económicos. Así, se impidió así la expansión de la economía en función del crecimiento de la producción y se fosilizó el espacio construido por las relaciones de producción feudales, lo que introducirá a Galicia en un larguísimo callejón sin salida productivo e institucional.

• *Inestabilidad próxima al equilibrio. El ciclo involutivo del régimen de agras durante el Antiguo Régimen*

Superada ya la crisis bajomedieval, la reactivación económica fundamentada sobre el fluente oro americano y el incremento poblacional con que respondió la economía agraria al incremento de las cargas señoriales derivadas de la implantación social de la hidalguía, provocaron un proceso inflacionario sobre el valor de la tierra que, a su vez, permitió a los rentistas transformar el carácter hereditario del foro para hacerlo temporal. Algo que debió ser general a partir del s. XVI y que posibilitó la generalización del subforo y, con él, el incremento los gravámenes que pesaban sobre la tierra³¹.

La respuesta campesina, ante la ausencia de mejoras tecnológicas o de procesos de capitalización volvía a ser –porque sólo podía ser– la misma: la intensificación del sistema productivo. Y su éxito cerraba el círculo involutivo, al volver a colocar a los rentistas en posición para exigir nuevas cláusulas para la renovación del contrato foral, azuzados por la demanda de nobles y burgueses en búsqueda de fórmulas para dar la máxima rentabilidad a su capital a través de la obtención de foros³². A su vez, el alza sobre las rentas, unidas al incremento de la población necesaria para sostener la inyección de fuerza de trabajo requerida, presionaban a la baja sobre la capacidad de reproducción social del campesinado, lo que, al tiempo que lo mantenía en los límites de físicos de la subsistencia, le empujaba a buscar nuevas prácticas agrarias que aliviaran sus condiciones de pauperización social.

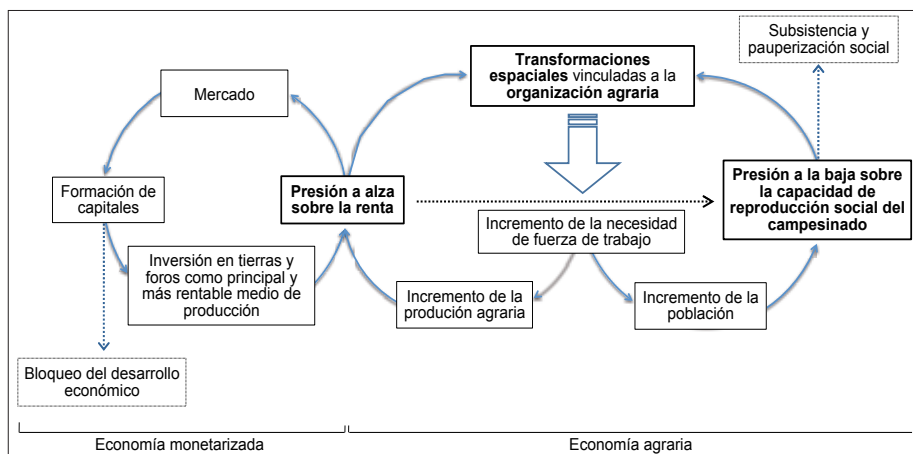
De esta forma, cada innovación desarrollada en el marco de la economía doméstica campesina, no hacía sino revertir en el mantenimiento de las condiciones propias de la economía política del opresivo régimen señorial. Se trata de un proceso de carácter involutivo que podemos interpretar a través de un modelo en el que las variables económica (renta) y espaciales (organización agraria) permanecen en una suerte de *inestabilidad próxima al equilibrio*³³,

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

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

gracias a la capacidad del sistema productivo para mantener un constante incremento de las rentas extraídas del campo mediante las oportunas transformaciones espaciales ligadas a sucesivas innovaciones y cambios desarrollados por el campesinado sobre la organización agraria (esquema 3).



Esquema 3. Modelo interpretativo del carácter involutivo de la economía política del régimen de agras. Elaboración propia.

La exitosa adaptación agrícola del maíz y la patata a lo largo del siglo XVIII nos permite ejemplificar a la perfección el modelo planteado.

Tras la generalización del subforo, que era ya una realidad plena a principios del s. XVII, el incremento poblacional fue paulatinamente presionando el espacio agrario y deteriorando las condiciones materiales de vida de un campesinado que veía cómo debía mantener improductiva buena parte de sus escasos espacios de labradío debido a la limitación por excelencia que imponían los ciclos agrícolas basados en los cereales de invierno: el barbecho. La introducción, primero del maíz en las zonas costeras y, posteriormente de la patata en el interior, como cultivos de ciclo corto, permitieron la transición del complejo agrario gallego hacia un policultivo intensivo en el que ya no era necesario el barbecho, estando la tierra en producción todo el año. Una transición que, lejos de apoyarse en una eventual capitalización del agro o en mejoras tecnológicas, se fundamentó en la incorporación del monte como proveedor sistemático de tojo para garantizar un estercolado masivo y continuo del labradío mediante una enorme inyección adicional de trabajo, hasta el punto de absorber la totalidad del fuerte crecimiento demográfico del s. XVIII.

Pero al utilizar la tierra y el trabajo como únicos factores de producción,

desviando el capital como simple instrumento de acumulación de rentas mediante la compra de tierras y foros, se inhibió su potencial evolución hacia una economía expansiva apoyada en el incremento de la productividad agraria, al lastrar el crecimiento de base industrial atrayendo los capitales hacia el lucrativo negocio del cobro de rentas forales. Muy al contrario, el sistema en su conjunto derivó hacia un *crecimiento involutivo*, esto es, una economía agraria capaz de proveer un volumen de rentas más alto producido por un campesinado más numeroso, pero bajo formas de producción precapitalistas completamente al margen de los ciclos de la economía monetarizada.

Las implicaciones espaciales de estos procesos (más allá de las transformaciones operadas en el sistema productivo) sobre la red viaria y el sistema de asentamientos fueron más notables en términos de las bases que aportaron para futuras transformaciones -como más adelante veremos- que en lo que supusieron en sí mismas.

De hecho, el drenaje del excedente agrario hacia los mercados potencia tímidamente el sistema de asentamientos urbanos, pero, al mantener en el límite de la supervivencia material a la masa campesina, fosiliza el sistema de asentamientos rurales, tanto en términos morfológicos, a través de la conservación de la estructura y disposición de las aldeas vinculadas al régimen de agras, como en términos constructivos, manteniendo las posibilidades edificatorias en el mínimo ligado a la economía de subsistencia.

Del mismo modo, el crecimiento del volumen físico de las rentas forales y el progreso tecnológico en materia de transportes exigen una transformación de la red viaria que une el sistema productivo con los mercados urbanos, pero no de la que articula el acceso y servicio del espacio agrario. Así, desde la institucionalización del Estado Moderno, es la Real Audiencia la que gestiona la financiación de los puentes y los caminos de esa red viaria principal³⁴ que articula el sistema urbano y a éste con el medio productivo y, aunque su desarrollo fue realmente muy escaso hasta finales del s.XVIII, puso las bases administrativas y económicas de su posterior transformación en el s. XIX.

Fue precisamente a partir del siglo XVIII que la política ilustrada de extensión de una red viaria capaz de articular un mercado nacional, comenzó a hacerse notar muy tímidamente en el caso de Galicia. Pero lo relevante del proceso es que comienza a abrirse una profunda **brecha organizativa** entre el territorio de la economía monetarizada, que sigue las leyes del mercado y que soporta la red de asentamientos urbanos y caminos, y el territorio vinculado a

³⁴ Nárdiz (*op cit*).

la producción agrícola que sigue una lógica espacial estrictamente productiva desligada del mercado.

Una brecha que seguiría ensanchándose mientras no se quebrase al menos uno de los dos pilares de la economía política del régimen de agras: la rentabilidad económica del sistema foral –con lo que supone en términos de crecimiento económico– o la capacidad del espacio agrario para alimentar ese crecimiento a través de su intensificación productiva. Desde esta perspectiva, podemos concluir que el éxito agrícola del policultivo intensivo, basado en la adaptación de los cultivos de ciclo corto, fue de tal magnitud que, no sólo hizo posible su supervivencia a la transición histórica del Antiguo Régimen al liberalismo a través de la desamortización, sino que, como veremos más adelante, fue capaz de apuntalar el pilar espacial y productivo del sistema hasta tal punto que éste sólo sucumbió ante los embates económicos que le llegaron desde el exterior.

• *Economía monetarizada Vs espacio descapitalizado. Crisis del Antiguo Régimen y transición al liberalismo*

En el momento en que el Antiguo Régimen comienza a desmoronarse políticamente, la monetarización de la economía seguía siendo la misma que en los tiempos feudales del régimen de agras. El agro siguió manteniéndose al margen de la misma, por más que se invirtiesen grandes sumas de dinero en adquirir tierras en foro durante la desamortización de los bienes eclesiales. De hecho, lo que se vendieron fueron rentas forales, y no tierras en libre disposición, motivo por el cual los compradores, hidalgos y burgueses en su mayoría, se convirtieron en nuevos rentistas, pero nunca en nuevos propietarios.

En este contexto, era por completo necesario excluir el monte de la pulsión desamortizadora, puesto que sin el auténtico sostén del edificio agrario³⁵, el foro, como institucionalización de la transferencia del excedente del complejo agrario tradicional, hubiera sido inviable. De este modo, al final del proceso desamortizador se produjeron cambios en la propiedad, que en nada modificaron las relaciones subyacentes, las cuales seguían articuladas en torno al foro, al tiempo que las relaciones de producción, distribución y consumo permanecían intactas. Una vez más, la economía política del régimen de agras, ahora por completo en manos de la hidalguía tras su largo conflicto con el clero sobrevivía a una transformación total del sistema político y del modelo económico el conjunto del país.

³⁵ Bouhier (*op cit*).

Es preciso señalar que el mantenimiento del sistema foral tras las desamortizaciones decimonónicas no puede considerarse como algo incoherente con el esfuerzo desamortizador, puesto que, de acuerdo con la teoría económica fisiocrática –que atribuía a la tierra el origen de la riqueza– sobre la que se inspiraron las medidas desamortizadoras³⁶, su principal objetivo era la consecución de una propiedad de la tierra plena y libre como herramienta para la mejora de sus rendimientos. Pero el régimen de agras y su involución desde los tiempos de los Reyes Católicos, habían supuesto tal incremento de la productividad agraria que su supresión hubiera sido un contrasentido, por lo que la desamortización, lo único que hizo, fue acabar con la prohibición de enajenar los derechos de renta. Algo que tuvo sus efectos, y muy notorios, sobre la economía monetaria de las élites pero que pasó totalmente desapercibido para una economía agraria que se seguía manteniendo al margen bajo formas de producción precapitalistas y que, en términos espaciales, supuso un ensanchamiento cada vez mayor de la brecha organizativa a la que aludíamos con anterioridad.

Sin embargo, el hecho de que el régimen de agras y su sistema institucional y social asociado salieran airoso del proceso desamortizador, no quiere decir que la economía de ello resultante estuviera a tono con la realidad del contexto, no ya europeo sino, tan siquiera, español. A pesar de que el perfeccionamiento y la virtuosidad técnica del policultivo intensivo seguía siendo suficiente como para alimentar las rentas de un abultado cuerpo de rentistas, el estancamiento económico en que derivaba de la situación en su conjunto tuvo su correlato espacial. Éste fue perfectamente medible, tanto en la estructura urbana, vista la leve modificación operada en los porcentajes de población urbana entre 1787 y 1900³⁷, como en el sistema de asentamientos rurales, que apenas sufrió cambio alguno a pesar del fuerte incremento poblacional del período.

Así, entre 1850 y 1950 el parque de viviendas y, en consecuencia, la estructura de los núcleos mostró una estabilidad superior al de la población³⁸. Es decir, que ni decrecimientos ni crecimientos no demasiado ostensibles, implicaban una modificación sustancial del número de casas. Una razón para ello estriba en la existencia, algunas veces hasta los años 60 de asociaciones fami-

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

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

³⁸ Bouhier, (op cit).

liares llamadas compañías, que agrupaban bajo el mismo techo ascendentes, descendentes e incluso individuos colaterales de un mismo linaje. Al igual que lo habían hecho en siglos anteriores, las compañías familiares siguieron jugando el papel de un verdadero freno en las transformaciones de la estructura de los núcleos del hábitat rural: en momentos de regresión demográfica se redistribuían en las casas y cuando la población se incrementaba, aumentaba el número de personas por hogar³⁹.

Por el contrario, sobre el sistema viario sí operó un cambio conceptual durante la Ilustración que derivó en una transformación estructural de la red que, aunque tímida en sus inicios a finales del s. XVIII, comenzó a ser más conspicua en la segunda mitad del s.XIX. La necesidad de articular un mercado nacional llevó a la monarquía al establecimiento de una red de *camino reales*, caminos carreteros aptos para el transporte rodado que debían permitir unas comunicaciones rápidas y favorecer el crecimiento económico del país. Estas premisas hicieron inválidos los caminos medievales que, en su economía de medios, evitaban trazados por el fondo de los valles, recurriendo a menudo a fuertes pendientes para alcanzar rápidamente cotas elevadas y minimizar así las interferencias, en número y tamaño con la red hidrográfica⁴⁰. Fue, por tanto, necesario hacer descender la red viaria a las zonas bajas y conducir sus trazados por las laderas con el fin de adaptar las pendientes a las nuevas necesidades de transporte.

Estos nuevos trazados introdujeron así un primer elemento de incoherencia espacial en el modelo territorial vigente al irrumpir exógenamente sobre el espacio agrícola de una forma que no se había hecho desde la implantación de la red de calzadas romanas, lo que reflejaba, a su vez, la incoherencia entre la voluntad liberal de la política económica de los ilustrados⁴¹ y la anacrónica realidad agraria. Pero al mismo tiempo, la brecha organizativa a la que hicimos referencia con anterioridad entre los espacios monetarizados y los no monetarizados, se convirtió en un abismo, puesto que, a medida que el crecimiento económico se acumulaba en el primero –aunque este fuera escaso y espamódico en comparación con las economías centrales– se generaban medios de producción y transformación espacial cada vez más poderosos, mientras que el campesinado, impedido de capitalización, seguía produciendo su espacio en una suerte de estancamiento temporal.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Nárdiz, C. (*op cit*).

⁴¹ Beiras, X.M. (*op cit*).

En definitiva, al finalizar el proceso desamortizador, el clero había desaparecido –o al menos se había debilitado sensiblemente– como clase rentista y la hidalguía se había erigido en única triunfante del decadente sistema foral. Pero, al igual que los efectos económicos de la victoria de la nobleza en las guerras irmandiñas habían sido borrados por la crisis política de la transición a la Edad Moderna, los efectos políticos que, en términos de reparto de poder, se derivaron de la victoria final de la hidalguía sobre el clero, fueron borrados por la emergencia de una crisis económica que ésta no supo leer, acomodada como estaba, en el seno de un sistema socialmente cerrado y económicamente aislado: ni la solidez institucional del foro, ni la preponderancia política de la hidalguía pudieron contener la ola expansiva de los mercados derivada de la internacionalización de la economía a finales del XIX.

La duradera *inestabilidad próxima al equilibrio* entre la espacialidad de la organización agraria y la economía de las rentas forales que parecía capaz llevar al sistema hasta el límite de la intensificación agrícola iba a quebrar antes por el lado económico, al perder súbitamente las rentas su valor.

• **El régimen de agras sin su economía política (1880-1959)**

Lo que la pervivencia de la economía política del régimen de agras le había negado a la agricultura gallega durante tantos siglos, las mejoras tecnológicas y la capitalización, le empezaron a llegar de fuera a partir del último tercio s.XIX. La imparable industrialización británica había activado una fuerte demanda de carne de vacuno para alimentar a la creciente masa obrera urbana que supuso una vía inicial de capitalización del agro gallego. Tal y como documenta Villares⁴², hasta 1880 se venían exportando hacia Gran Bretaña, ya fuera directamente o a través de Portugal, entre treinta y cuarenta mil cabezas de ganado vacuno; un proceso que supuso la inserción de la economía agraria en el mercado, al cerrarse por primera vez en su seno un ciclo económico completo de producción, distribución, consumo e inversión. Sin embargo, alrededor de esa fecha, el mercado europeo se ve inundado de productos agrarios ultramarinos (trigo y sobre todo carne) mucho más baratos que los producidos en Europa, lo que desató una crisis de precios agrarios que afectó a toda Europa y, por supuesto, también a Galicia de forma particularmente singular, como veremos.

En efecto, la crisis provocó una reacción de carácter proteccionista común a toda Europa para defender los mercados interiores de la competencia exterior, lo que posibilitó que, en Galicia, la exportación de ganado vacuno se

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

reorientase hacia el mercado nacional. Pero también tuvo el efecto de erosionar los ingresos de los rentistas, que vieron como las rentas y todo el edificio agrario que las mantenía, había dejado de ser un negocio.

Perdida su rentabilidad, la economía de las rentas forales se desvanece con rapidez pero, en cambio, la parte no monetarizada de la economía, es decir, la economía agraria en su conjunto, aún estaba sujeta a las inercias institucionales y jurídicas del sistema foral. Esta circunstancia alargó artificialmente el inicio del proceso económico de capitalización agraria a través de la redención de los foros, es decir, el pago de una indemnización por la extinción de sus derechos a cambio de la plena posesión de la tierra para el campesino.

En ese contexto, la capitalización del campesinado por la doble vía de la exportación de ganado y la llegada de las remesas de los emigrantes, especialmente de Argentina, así como su capacidad organizativa a través de la emergencia del movimiento agrarista, aceleraron la redención foral, que había comenzado a ser una realidad espontánea ya en las postrimerías del s. XIX⁴³. Desde entonces hasta la década de 1930, cuando la mayor parte de los foros ya está redimida, el proceso redencionista absorbió la mayor parte de la incipiente capacidad de capitalización del campesinado, justo en el momento en el que el resto de las economías rurales de la cornisa cantábrica daban el salto definitivo de su inserción en el mercado a partir de su especialización lechera dinamizada por la industria de transformación⁴⁴.

Lo anterior supuso un punto de inflexión que separará definitivamente la economía rural de Galicia de sus hermanas cantábricas, porque los procesos especulativos que se desarrollan en el marco de la redención foral, a los que alude Beiras⁴⁵ o que describe García Fernández⁴⁶, en forma de fragmentación de la propiedad agraria y de profunda *minifundización* del agro que hoy conocemos, harían aún más difícil la transición capitalista del agro gallego cuando éste fuera posible. Y eso no iba a ocurrir –como se podía esperar– cuando terminara el proceso redencionista porque, para cuando el desmantelamiento institucional y jurídico de la economía agraria no monetarizada fue un hecho, el país en su conjunto estaba ya sumido en la dinámica prebélica del magno conflicto de la Guerra Civil.

En el posterior fracaso del modelo de nacionalismo económico (autarquía)

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

⁴⁴ García Fernández, J. (*op cit*).

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

⁴⁶ García Fernández, J. (*op cit*).

de la posguerra, caracterizado por la penuria, la escasez, el racionamiento y el estancamiento económico más absoluto, las prácticas sociales de una producción orientada a la subsistencia y el autoconsumo encajaban como un guante, al tiempo que la capitalización agraria iniciada pocos años antes quedó bloqueada, deteniendo cualquier posibilidad de desarrollo agrario. Ello obligó al campesinado a estirar las formas productivas del régimen de agras, pero ahora sin la urdimbre jurídica, institucional y social que lo sostenía, es decir, despojado de la economía política que le había servido de fundamento desde los tiempos altomedievales. Lo anterior condujo a la agricultura gallega a un último y decrepito giro involutivo e impidió una vez más una integración plena en los mercados. Sin embargo, las aldeas sobre las que se organizaba su producción, en evolución inextricablemente unida a una red viaria ya muy desarrollada desde su transformación conceptual del s. XVIII, comenzaron a ver reflejada, en su progresiva desorganización, la inminente desarticulación a la que se iba a ver sometido lo que quedaba del modelo territorial del régimen de agras.

En efecto, la capitalización del campesinado, aun truncada en su mayor parte por los procesos redencionista y posbélico, permite la emergencia de un poco numeroso campesinado acomodado que, *preocupado por escapar de la tutela de la aldea, pero al mismo tiempo deseoso de no alejarse demasiado de ella para no perder ninguna de las ventajas que podía ofrecer*⁴⁷ se sitúa en los bordes del labradío. Pero al mismo tiempo, el retraso en la monetarización y el mantenimiento de la economía de subsistencia en un contexto de agobiante presión demográfica y de escasez de tierras, llevó a multitud de campesinos pobres a instalarse en tierras marginales o al borde de las carreteras en un intento por evitar, al menos temporalmente, la emigración.⁴⁸

De esta forma, a través de un doble proceso de diferenciación social se fue rompiendo la hegemonía indiscutible que durante ocho siglos mantuvo la aldea dispersa como unidad funcional de referencia del sistema de asentamientos a través de una dinámica de *emulsión*⁴⁹ o (proto)diseminación⁵⁰ que puede detectarse a lo largo de toda la primera mitad del s. XX y que se vio extraordi-

⁴⁷ Bouhier, A. (*op cit*).

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Fariña Tojo, en su obra *Los asentamientos rurales en Galicia* introduce la diferenciación léxica entre dispersión como el fenómeno de consolidación de núcleos de hábitat de pequeño o mediano tamaño resultado de la configuración previa de una organización solidaria con el sistema productivo, y diseminación como un proceso de aparición tardía vinculado a la transformación del sistema productivo y a la suplantación del papel social predominante de la aldea por la casa.

nariamente favorecida por la continua expansión de la red viaria.

2.3. COLAPSO. LA TRANSFORMACIÓN DEL PAISAJE CULTURAL DEL RÉGIMEN DE AGRAS

Fue así como, aun con la economía de las rentas forales desaparecida tras la crisis agraria finisecular, el proceso redencionista primero y la autarquía después, desplazaron en el tiempo –hasta la década de 1960– la espacialidad precapitalista de la organización agraria propia del régimen de agras, la misma que había sido apuntalada sobre la construcción del policultivo intensivo en el siglo XVIII.

Tras el duro y largo fracaso del experimento autárquico, un grupo de jóvenes economistas *se percató de la imposibilidad de un modelo permanente de desarrollo basado en la introspección*⁵¹, y logró poner en marcha el hito fundamental de la reactivación y reintegración de España en la economía mundial: el Plan de Estabilización de 1959. Lo que quedaba del régimen de agras – un modelo de asentamiento poblacional en vías ya de desorganización pero aún basado fundamentalmente en aldeas dispersas articuladas por un viario de proximidad, servicio y acceso al terrazgo; y un sistema productivo intensivo, refinado y coherente, pero descapitalizado, anacrónico y cerrado sobre sí mismo – no fue capaz de inserirse en un nuevo modelo económico que *abrió las puertas a nuevas formas de producción y de vida, cuyo resultado habría de ser un cambio social acelerado en los años siguientes*.⁵²

Cuando las nuevas condiciones económicas permitieron la reanudación del proceso de capitalización de la economía agraria, el abismo organizativo que en términos espaciales separaba al territorio de la economía monetarizada de la descapitalizada se hizo insondable. La escala y el poder de transformación de los recursos movilizados por los espacios monetarizados se hizo ya incomparable con la producción social y material de los espacios descapitalizados. La fosilización del sistema de asentamientos, perceptible entonces ya de forma muy conspicua en el tamaño de las calles, de las casas y hasta de las puertas y las ventanas, lo hacía incompatible con unos requerimientos habitacionales mínimos.

Con la rápida reorientación al mercado del sistema agrícola, el aislado edificio de relaciones espaciales y productivas de la agricultura precapitalista entró en una fase de aguda desorganización a gran velocidad: el **régimen de agras**

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

⁵² *Ibid.* (pág.98).

había entrado, definitivamente, en colapso. Un colapso que había sido provocado, en definitiva, por el bloqueo de la emergencia del mercado como vector de organización económica del agro, debido a los intereses políticos de la monarquía centralista, primero, y a los intereses económicos de la élite rentista, después.

Desde una perspectiva sistémica y más allá de posicionamientos filosóficos, éticos o románticos sobre la naturaleza de la inevitable confrontación entre la economía de mercado y las viejas estructuras productivas tradicionales vinculadas al autoconsumo, cuando dos sistemas con niveles organizativos muy dispares se encuentran, la absorción del sistema más sencillo por el más complejo es inevitable, como parte de la constatación del principio físico de la explotación de las partes disipativas –sencillas– de un sistema por las partes autoorganizativas –complejas – del mismo⁵³.

Así, al igual que Wolf⁵⁴ o Wallerstein⁵⁵ han caracterizado el modo en que la economía de mercado desarticula las relaciones sociales de producción de las economías menos evolucionadas de los pueblos no europeos, en Galicia, la penetración rápida de los nuevos circuitos de materia (insumos agrícolas, productos industriales, maquinaria), pero sobre todo de información y de energía (combustibles fósiles, hidroeléctrica...) vinculados a la economía de mercado, así como el diferencial en complejidad organizativa con los mismos flujos –materia, energía e información– sobre los que se articulaba el sistema productivo tradicional, provocaron no sólo su desarticulación, al ser sus requerimientos funcionales incompatibles con los procesos de modernización derivados del advenimiento del sistema de mercado, sino también su colapso, al producirse todos estos cambios a una velocidad que hicieron imposibles fórmulas de adaptación o transición.

De hecho, los procesos que, de no mediar la redención foral y la Guerra Civil, habrían llevado a una desarticulación progresiva del régimen de agras se habrían iniciado cuando la economía política del sistema señorial y del foro se vino abajo. El primer y principal detonante lo constituye la inserción de la economía agraria en el mercado a través de la especialización en el ganado vacuno para la exportación, porque fue un proceso con hondas repercusiones tanto económicas como espaciales. Desde el punto de vista económico supuso, como ya comenta-

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

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

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

mos con anterioridad, el primer hito en el proceso de capitalización de la economía agraria; pero en términos de modelo territorial tuvo un impacto aún mayor, pues la reorientación de la economía agraria hacia el mercado obligó a sustituir el terrazgo cerealista por una cada vez mayor superficie dedicada a pastos y cultivos forrajeros, haciendo así innecesarias las formas de organización colectivas sobre las que pivotaba la explotación del labradío y que constituían la razón última que dotaba de coherencia al régimen de agras en su conjunto.

Además, la difusión de la maquinaria agrícola, pero sobre todo de los fertilizantes químicos, liberó al sistema agrario de las prácticas culturales de abonado ligadas al manejo del tojo, lo que destruyó la inextricable relación que hasta entonces se había mantenido entre *ager* y *saltus*, permitiendo así ampliar la superficie de pastos sobre buena parte del monte, así como su vinculación a la producción forestal de forma independiente del labradío⁵⁶. De este modo se produjo un efecto de difuminado de los precisos límites que se habían construido en torno al gradiente en la intensidad de explotación del territorio, de tal modo que, en pocas décadas, desapareció la organización espacial del sistema productivo que se había construido a lo largo de ocho siglos de vigencia.

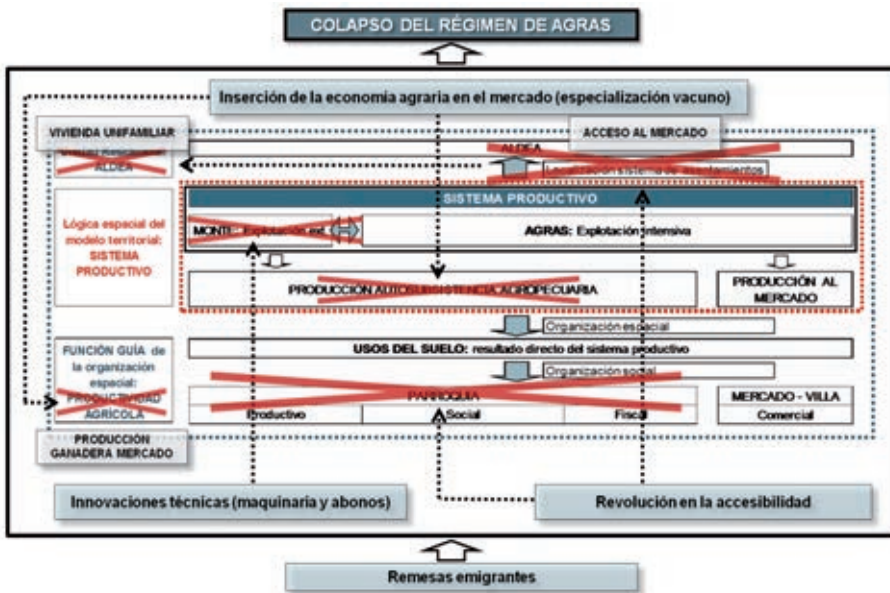
Desarticulada la organización colectiva de la explotación de las agras, así como su propia definición física, la unidad básica de poblamiento se individualiza, perdiendo así la aldea su sentido funcional. La red viaria transformada, articuladora tanto de una economía como de un espacio capitalizado, permitió entonces la sustitución de la productividad agrícola -como vector de organización espacial del antiguo sistema de aldeas dispersas- por el acceso al mercado -como lógica subyacente a la diseminación del parque residencial- convirtiendo en norma los procesos de (proto)diseminación que hasta entonces no habían sido sino síntomas de desarticulación del modelo territorial. A la estructura radial de la red caminera irradiada desde las aldeas como fórmula de articulación de su espacio productivo vino a sobreponerse la nueva red de carreteras que interconectaban ciudades y villas. A su paso por las aldeas, en los puntos de cruce con los antiguos caminos, se fueron concentrando viviendas y servicios que antes sólo eran susceptibles de ubicarse en las villas⁵⁷, en un proceso que, por adición, va compactándose o alargándose sobre la carretera,

⁵⁶ Aunque desde el posicionamiento agrarista de Bouhier, las repoblaciones forestales autoritarias del primer franquismo fueron un elemento que contribuyó a la *esclerosis (sic)* del monte, aludiendo así a su forzada desvinculación del aparato productivo del labradío, desde una perspectiva más global es difícil no interpretarlas, más allá de su carácter autoritario, como un elemento más en el contexto de capitalización del agro que condujo a la desaparición del monte como recurso agrícola.

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

dando así origen al arraigado fenómeno de las *villas carretera*.

Las remesas de los emigrantes, que a principios de siglo suponían un monto anual superior al procedente de la comercialización del ganado vacuno gallego en las principales ciudades españolas⁵⁸ contribuyó a acelerar el proceso en su conjunto, al introducir un volumen de recursos financieros muy superior al que la todavía titubeante economía local era capaz de aportar (esquema 4)



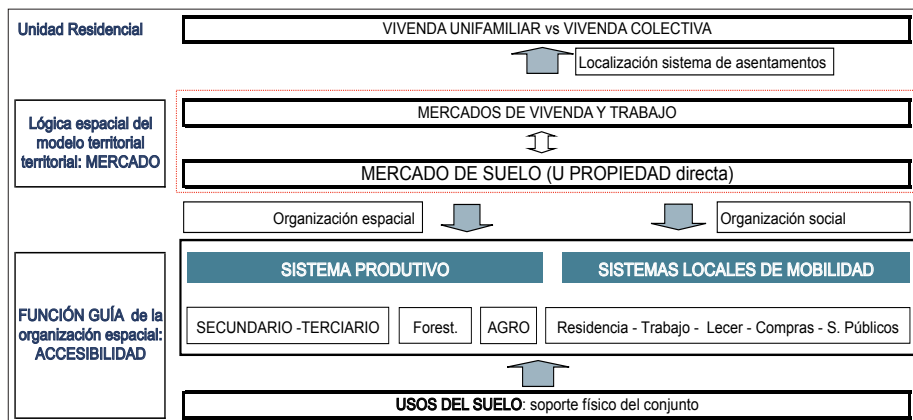
Esquema 4. Modelo interpretativo del colapso del régimen de agras. Elaboración propia.

De esta forma, al dejar de existir una relación directa entre los usos del suelo y el sistema productivo porque es el mercado (o la propiedad) quien establece esa relación, a través de las reglas abstractas propias del mercado, se pierde la coherencia entre sistema productivo y usos del suelo, dado que su relación es espacialmente ILEGIBLE. Ello es debido a que el mercado no discrimina usos, sino precios, lo que nos provoca el efecto paisajístico del desorden y caos tan característico de nuestros espacios rurales urbanizados, actuando como verdadero disolvente del paisaje cultural heredado del régimen de agras.

El resultado de estos procesos es un modelo territorial basado un sistema productivo de carácter plenamente contemporáneo, pero cuyo sistema de asentamientos es heredado del sistema productivo tradicional, siendo esta la

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

contradicción fundamental del mismo. En tanto en cuanto el mercado y la accesibilidad devienen en lógica de localización de los asentamientos, allá donde haya mercado, habrá nuevos asentamientos. Y hay mercado, lógicamente donde ya hay asentamientos, lo que convierte el fenómeno gallego de la dispersión territorial en un problema estructural sensiblemente distinto del *urban sprawl* ligado a la desconcentración metropolitana propia de los sistemas urbanos a lo largo de los últimos 30 años.



Esquema 5. Modelo territorial actual. Fuente: elaboración propia

Si el sistema de asentamientos rurales de Galicia hoy en día acoge al 51% de la población del país, pero el empleo del sector primario supone únicamente un 9% del total –y su PIB menos del 5%–, podemos entender la magnitud del problema y el carácter verdaderamente contradictorio de nuestro actual modelo territorial, cuya demostración estructural más evidente radica en el hecho de que la **desagrarización de la economía no ha sido seguida por una desruralización de la población, sino de una creciente urbanización del medio rural**. Un hecho en el que la influencia del espacio heredado de la desarticulación del modelo territorial tradicional dista mucho de la de ser un simple soporte físico.

3. SÍNTESIS INTERPRETATIVA E HIPÓTESIS

A partir del siglo XIII, la incardinación del modelo territorial del régimen de agras en la economía política de la sociedad feudal (relaciones de propiedad, producción, consumo y reparto de la riqueza), origina una estructura económico-espacial a la que denominamos *economía política del régimen de agras*. Este sistema de organización está articulado por el foro como elemento

institucional central y de extraordinaria longevidad histórica en virtud de un proceso involutivo en el que las condiciones espaciales refuerzan las económicas y viceversa.

Su ciclo involutivo se basa en una *inestabilidad próxima al equilibrio* entre la espacialidad de la organización agraria y la economía de las rentas forales, gracias a la capacidad del sistema productivo para mantener un constante incremento de las rentas extraídas del campo a través de las oportunas transformaciones espaciales ligadas a sucesivas innovaciones y cambios desarrollados por el campesinado sobre la organización agraria, siempre en base a un incremento de la fuerza de trabajo dadas las condiciones de descapitalización y estancamiento tecnológico.

Las dos transiciones históricas fundamentales de Occidente -del feudalismo al Estado centralizado del Antiguo Régimen y de éste al Estado liberal moderno- se fundamentan en sendos ciclos involutivos, cada uno de los cuales potencia tímidamente el espacio urbano pero fosiliza el sistema de asentamientos rurales tanto en términos funcionales como morfológicos y edificatorios. Sin embargo, precisa de una creciente evolución de la red viaria que une el sistema productivo con los mercados urbanos (en función del crecimiento físico de las rentas), pero no de la que articula el acceso y servicio del espacio agrario, que pone de manifiesto la creciente brecha organizativa entre el territorio de la economía monetarizada, que sigue las leyes del mercado y que soporta la red de asentamientos urbanos y caminos, y el territorio vinculado a la producción agrícola y que sigue una lógica espacial estrictamente productiva desligada del mercado.

Una brecha que seguiría ensanchándose mientras no se quebrase al menos uno los dos pilares de la economía política del régimen de agras: la rentabilidad económica del sistema foral o la capacidad del espacio agrario para alimentar su crecimiento económico a través de su intensificación productiva. La exitosa adaptación agrícola del maíz y la patata apuntala de tal forma el pilar espacial y productivo del sistema que éste último sólo sucumbió ante los embates económicos de la crisis de los precios agrícolas de finales del s. XIX.

Tras dicha crisis, y perdida su rentabilidad, la economía de las rentas forales se desvanece con rapidez, aunque la economía agraria, sujeta aún a las inercias institucionales del foro, alarga el inicio del proceso capitalización agraria debido al proceso redencionista, primero, y bélico y posbélico, después. Ello condujo a la agricultura gallega a un último ciclo involutivo, obligando al campesinado a estirar las formas productivas del régimen de agras, pero ya despojadas de la economía política que le había servido de fundamento desde

los tiempos altomedievales.

Cuando el inicio del despegue económico de la década de 1960 permite la reanudación de la capitalización agraria, la brecha organizativa que en términos espaciales separaba al territorio de la economía monetarizada de la descapitalizada se convirtió en abismo insondable, provocando el colapso de lo que quedaba del régimen de agras. Un colapso que, al bloquear las posibles fórmulas de transición de la economía agraria tradicional a la capitalista, sumió en una fuerte inestabilidad espacial al territorio.

La escala y el poder de transformación de los recursos movilizados por los espacios monetarizados se hizo ya incomparable con la producción social y material de los espacios descapitalizados. La reorientación al mercado del sistema agrícola desarticula la organización colectiva de la explotación de las agras, lo que provoca la individualización de la unidad básica de poblamiento, perdiendo así la aldea su sentido funcional como unidad de poblamiento. La red viaria permite entonces la sustitución de la productividad agraria como vector de organización espacial del antiguo sistema de aldeas consolidadas aunque dispersas, por el acceso al mercado como lógica subyacente a la diseminación del nuevo parque residencial, quedando así configuradas las bases espaciales sobre las que se levantaría el proceso de desarrollo económico que nos conduce a nuestros días.

Conclusión

La supervivencia de la economía política del régimen de agras desde los tiempos altomedievales hasta principios del s.XX, sostenida política y económicamente por las élites gallegas –oriundas o instaladas– y espacial y productivamente por la capacidad de intensificación del sistema agrario tradicional, supuso un desplazamiento en el tiempo de la emergencia del mercado como vector de organización espacial, que provocó el colapso del modelo de organización agraria y la desorganización de su sistema de asentamientos, sin permitir una adaptación gradual de uno y otro a las formas de producción capitalistas.

Hipótesis

El colapso provocado por el bloqueo de la emergencia del mercado como vector de organización económica del agro, impidió a su vez fórmulas de transición de la economía agraria tradicional a la capitalista, lo que sumió en una fuerte inestabilidad espacial al territorio. Como consecuencia del despegue económico iniciado en la década de 1960 se ha iniciado un proceso de desagrarización de la economía que no ha sido seguida por una desruralización de

la población sino por la urbanización del medio rural. En ese contexto, la naturaleza desorganizada del espacio heredado del colapso del régimen de agras, junto con la instrumentalización de la política del suelo y del planeamiento urbanístico que hizo el régimen franquista, pero también del democrático, han configurado nuestro actual modelo territorial.

Un modelo que tiene dificultades para la creación de capital espacial y cuyas consecuencias en términos de homogeneidad y trivialidad territorial, bloquean la capacidad del espacio para incidir sobre los procesos económicos que modelan el territorio, así como la propia capacidad para conducir dichos procesos desde el planeamiento a través de criterios de racionalidad económica y ambiental.

SEGUNDA PARTE

EL DESCONCIERTO. LA EVOLUCIÓN RECIENTE DE NUESTRO MODELO TERRITORIAL

1. DERIVA. EL PROCESO DE URBANIZACIÓN DEL MEDIO RURAL (1959-2002)

Tradicionalmente, se asocian los procesos de urbanización a los de industrialización y migración de una forma causal⁵⁹. En Galicia esto no ha sido así. Antes al contrario, lo que ha habido es un proceso de *urbanización rural atomizada* y su correlato espacial: lo que podríamos llamar, **núcleos rurales de morfología urbana**. Se trata de antiguos núcleos rurales con funciones comerciales sobre los que se concentraron ciertas dinámicas de urbanización en un contexto que continuó siendo, hasta el día de hoy, eminentemente rural.

El origen de estos procesos hay que rastrearlo en la colusión de dos fracasos. De un lado, el fracaso de la industrialización de base urbana que Carmona y Nadal⁶⁰ ubican, más allá de las consecuencias de la guerra, en la dependencia de la industria marítimo-pesquera y su ahogamiento al carecer de un subsector asociado de servicios a las empresas, así como en la crisis bancaria de los años 1920.

De otro, el colapso del modelo agrícola tradicional, tan intensivo como era en mano de obra, expulsa un gran contingente de trabajadores, que, ante el fracaso industrial y su reducida capacidad de generación de empleo, debe elegir entre dos opciones: la emigración, o su acomodo económico en la construc-

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

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

ción, en la tímida expansión del terciario por las zonas rurales o en fórmulas mixtas de empleo o subempleo urbano, complementando muy frecuentemente sus rentas monetarias con ciertos niveles de autoproducción agropecuaria. Esta producción, a partir de la explotación intensiva e individual de los huertos de traspatio, no exige el mantenimiento del viejo y complejo sistema agrario tradicional, lo que permite apoyarse en la nueva red carretera y en las ventajas de la accesibilidad rodada para localizar la nueva vivienda muy cerca de la antigua vivienda familiar y construirla de acuerdo a las nuevas necesidades.

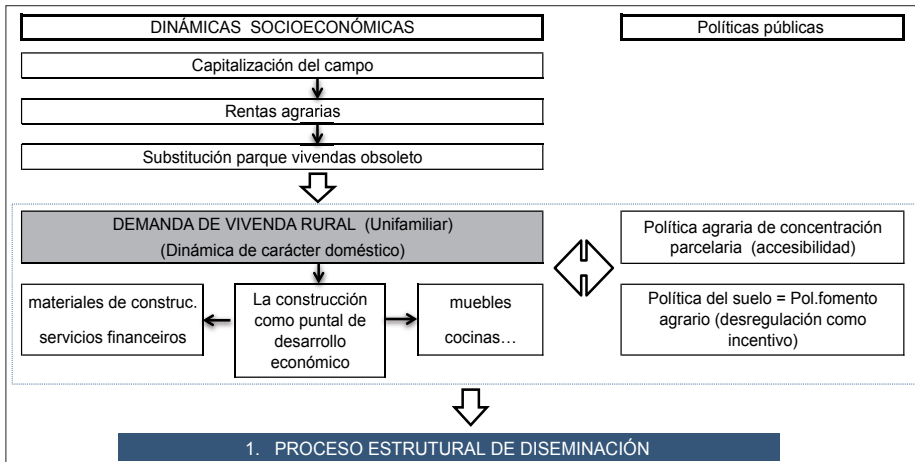
No es ahora momento de estudiar la lógica global del proceso urbanizador industrial en Galicia; pero sí, desde una óptica estrictamente local, las dinámicas socioeconómicas que se dieron –en parte como consecuencia de ese contexto general del fracaso de la industrialización– y sobre los que se apoyaron los procesos de urbanización rural atomizada y la emergencia de los núcleos urbanos rurales. Procesos que de ninguna manera constituyen un fenómeno de aparición súbita e inesperada, sino que derivan de los efectos acumulativos que generan sobre dichas dinámicas las políticas públicas que modelan y regulan el mercado.

1.1. La diseminación como antecedente de la urbanización

Uno de los aspectos más decisivos tanto en la conformación del modelo territorial vigente, como en la orientación de la economía moderna en el ámbito rural, fue la necesidad de construir un espacio acorde con la realidad económica vigente o, dicho de otra manera, de restañar el abismo que se había abierto entre el espacio de la economía monetarizada y el de la economía agraria descapitalizada. La herencia de un sistema asentamientos incompatible con requerimientos habitacionales mínimos, hizo concentrar los primeros frutos de la capitalización agraria en la sustitución masiva de un parque de viviendas obsoleto y superado por la realidad técnica y económica⁶¹

Apoyado sobre esta dinámica –de marcado carácter doméstico– de demanda de vivienda rural, la construcción emerge como un auténtico puntal en la generalización de la economía de mercado en el rural, gracias a su capacidad de arrastre o de inducción sobre otros subsectores a través de sucesivos encadenamientos productivos hacia atrás (materiales de construcción, servicios financieros...), y hacia delante (fabricación de muebles, cocinas, menaje del hogar, servicios inmobiliarios ...).

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



Esquema 6. La diseminación como proceso estructural. Elaboración propia

Cuando actúan sobre ella dos políticas públicas confluyentes –la agraria y la del suelo– esta demanda de vivienda rural unifamiliar deviene en proceso estructural de diseminación (esquema 3), al trascender el ámbito doméstico apoyándose sobre políticas públicas implantadas masivamente en el territorio: mientras la política agraria de concentración parcelaria extiende espacialmente, a través de la construcción de nuevos viales, el principal factor de localización de la vivienda –la accesibilidad–, la política del suelo permite la edificación de viviendas e instalaciones agrarias por doquier, en el entendido de que la desregulación de la localización de iniciativas agrarias (incluida la vivienda) es un necesario incentivo para el deseado desarrollo agrario (imagen 3).

En consecuencia, podemos concluir que la diseminación no es una morfología tradicional, y que su origen, tal y como la conocemos hoy día, radica en los efectos acumulativos de los dos procesos señalados. En primer lugar, uno de carácter endógeno –la *protodiseminación*– como consecuencia espacial tanto de la pervivencia tardía del régimen de agras (retraso en la monetarización), como de su incipiente desarticulación (campesinos acomodados) y, otro, posterior, ligado al proceso de transformación productiva, bajo dinámicas de signo opuesto, es decir, implantadas desde el exterior.

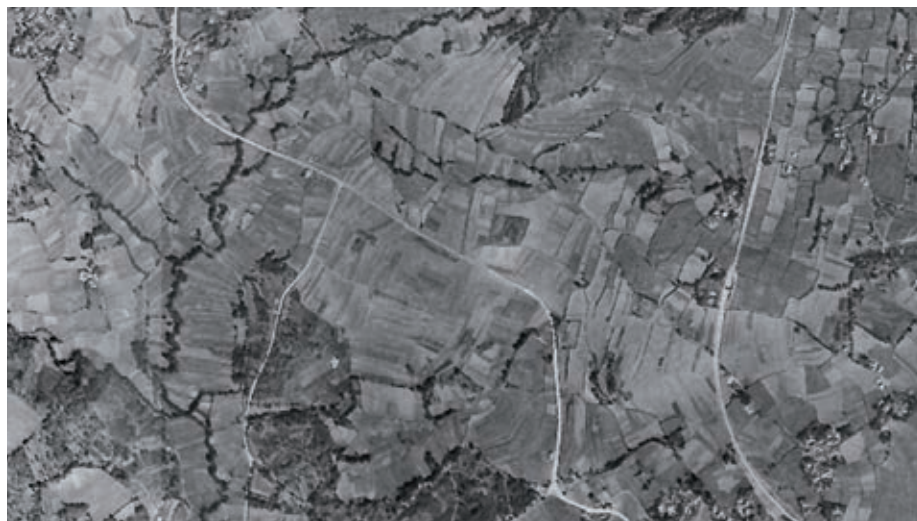


Imagen 3. Marrozos (Santiago de Compostela), 1956- 2008. Fuente: Xunta de Galicia

El hecho de que ambos procesos, similares en la forma, pero radicalmente diferentes en su génesis, se sucediesen en el tiempo, contribuyó en buena medida a que el proceso de sustitución de la dispersión de aldeas –como modo tradicional del poblamiento de Galicia– por la diseminación de viviendas – como elemento sobrevenido– fuese considerado como natural y hasta surgido de la dinámica interior del propio sistema territorial, generando una *confusión*,

que fue bienvenida por los principales actores sociales involucrados⁶²: propietarios, por un lado, en su legítima búsqueda de soluciones habitacionales lo más próximas posible a su herencia cultural; por otro, una Administración poco consolidada y cómodamente instalada en una política clientelar basada en un singular *laissez faire* que condicionó a la lógica del favor debido.



Imagen 4. Concello de Teo (A Coruña) 1956- 2008. Fuente: Xunta de Galicia

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

Pero, sobre todo, contribuyó decisivamente a considerar como tradicionales unas morfologías de crecimiento del tejido edificado que no tenían nada de tradicional –y sí de sobrevenido– ignorando de este modo, la magnitud de los efectos acumulativos que tuvo la secuencia cronológica de los hechos aquí analizados. Se alimentan así ciertos discursos esencialistas basados en la querencia del gallego por el modo de vida tradicional que, habiendo calado popularmente en la sociedad rural, sirven para justificar la existencia de un supuesto derecho consuetudinario a edificar sobre la propiedad del suelo, y cuaja igualmente en la sociedad urbana, que los aceptan como propia de la identidad colectiva del país, alterando así de forma profunda, la percepción sociológica del antiguo paisaje cultural heredado.

Por lo tanto, es posible concluir no únicamente que la diseminación no es una morfología tradicional, sino que supone la desarticulación y desnaturalización de la morfología tradicional.

El análisis morfogenético de los resultados espaciales de estos procesos –nítidamente observables en la imagen 4– nos advierte sobre lo falaz de ese discurso, mostrándonos la verdadera naturaleza de lo que sólo fueron los primeros pasos de la auténtica metamorfosis que aún estaba por llegar a buena parte del sistema de asentamientos rurales de Galicia.

1.2. La urbanización inducida en el medio rural gallego

En la interacción de esta inicial demanda de vivienda rural con la política del suelo, instrumentalizada como herramienta de capitalización de la sociedad rural a través del fomento del sector de la construcción, emerge otro proceso, ahora de carácter mercantil y especulativo, determinante en el proceso de urbanización del rural: la oferta de vivienda urbana colectiva.

En efecto, la por aquél entonces recién aprobada ley del suelo de 1956, garantiza el valor real de las plusvalías creadas por la acción planificadora y se las cede al propietario del suelo *ex ante* de cualquier operación o materialización de obra alguna, resolviendo así los problemas de financiación de un sector –el de la construcción– escasamente desarrollado y de unos propietarios mínimamente capitalizados (García Bellido, 2005).

De esta forma, durante la época del desarrollismo, la actividad constructora, basada en una iniciativa privada muy atomizada (sin apenas existencia de grandes empresas constructoras o promotoras), ve reflejada en el planeamiento la garantía de las plusvalías derivadas de la transformación urbanística de los agregados de parcelas más centrales (en la práctica de las parcelas ubicadas al pie de las carreteras), sin exigir una mínima transformación de la

estructura parcelaria existente –es decir, sin gestión urbanística– dada la falta de condiciones para la agregación tanto de suelo como de capitales, (autopromoción, falta de concentración del capital por la debilidad propia del sector, complejidad de la estructura parcelaria...).

Se fue construyendo así un urbanismo *improvisado* que, tras la llegada de la democracia, y a pesar de las reformas legales, siguió siendo considerado más como una herramienta de promoción económica e ingeniería social que como un instrumento de ordenación espacial. Así, buena parte del planeamiento de las décadas de 1980 y 1990, se redactó bajo la premisa política de los gobiernos autonómicos de contención de la despoblación del rural, que fue refrendada desde las competencias urbanísticas municipales mediante la generación de estrategias de atracción de la población rural de las aldeas hacia los núcleos principales, especialmente las cabeceras municipales.

Para ello, la propia administración autonómica se embarcó en una política de extensión de servicios básicos hacia dichas cabeceras (salud, educación, equipamientos deportivos y sociales...), al tiempo que los municipios tendieron a buscar fórmulas que no sólo facilitasen todo lo posible la expansión del parque edificado, sino que revirtiesen económicamente en beneficio de los vecinos, es decir, de los propietarios del suelo. Esas fórmulas fueron las que se codificaron en los instrumentos de planeamiento a través de dos estrategias, la minimización de los costes de urbanización y la maximización de apropiación privada de las plusvalías originadas por el propio crecimiento inmobiliario.

Ello se consiguió mediante la inclusión del mayor número posible de parcelas en suelo urbano, siendo así objeto obligado de licencia directa, y la reducción al mínimo los suelos sujetos a procesos de gestión urbanística, haciendo pivotar necesariamente el crecimiento de los núcleos urbanos en torno a las infraestructuras existentes que se convertían en espacios articuladores del conjunto urbano al módico precio de la construcción de unas simples aceras.

En definitiva, el planeamiento democrático de finales del siglo XX estuvo orientado:

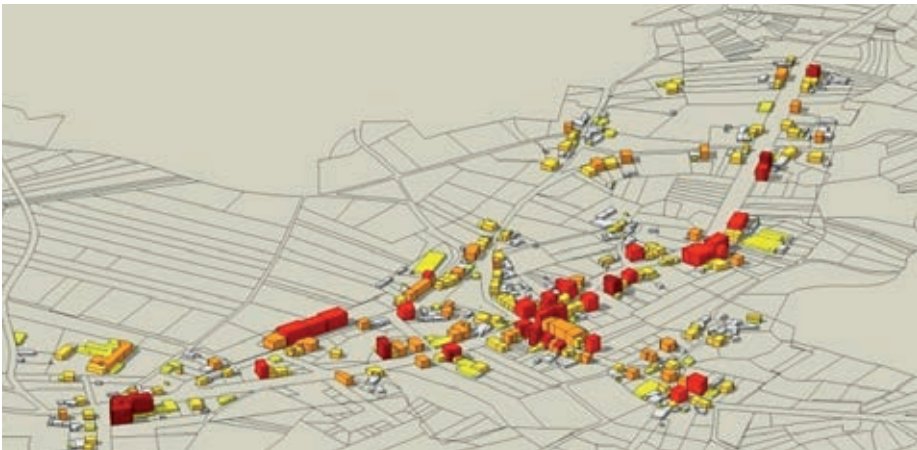
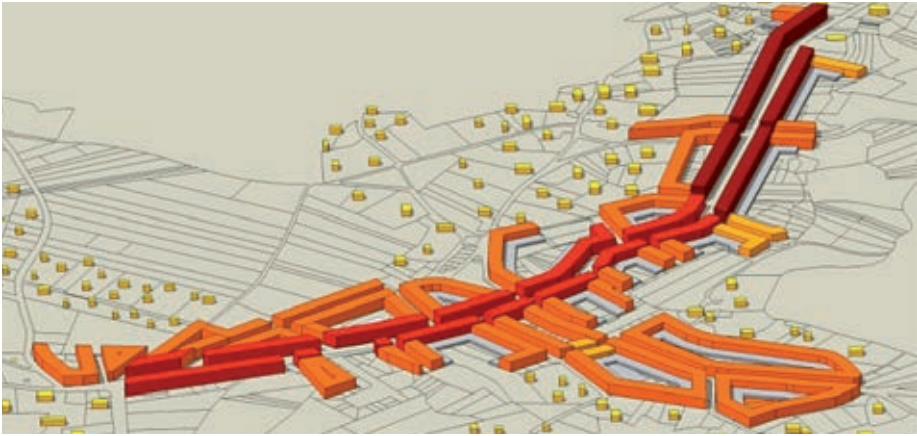
- Sociológica y demográficamente, hacia la fijación de la población rural o a su traslación a las zonas urbanas del municipio a través de la provisión de servicios básicos
- Económicamente, hacia la expansión de la construcción minimizando la gestión y los costes de urbanización
- Espacialmente, hacia la densificación de los núcleos urbanos y la diseminación edificatoria sobre el medio rural

Los resultados espaciales de este planeamiento vinieron condicionados por el modo en que éste trasladó dichas estrategias al espacio local a través de unos códigos de localización de actividades y de ordenación morfológica relativamente sencillos: canalizando la demanda de vivienda rural hacia la periferia a través de las ordenanzas de *ciudad jardín*, y localizando la oferta de vivienda urbana en los lugares centrales o, más comúnmente, a los lados de las carreteras mediante las ordenanzas habitualmente denominadas como *residencial denso*.

Así que, cuando el redactor de planeamiento diseña sus propuestas de ordenación urbana y sus respectivas ordenanzas pensando en una *ciudad jardín* y en un *residencial denso* ideales, en realidad está codificando unas volumetrías edificatorias y una morfología de carácter netamente urbano –y, generalmente, masivo– en un entorno algunas veces tan sólo *rururbano* y en la mayoría de las ocasiones, estrictamente rural. Sin embargo, la diferencia, verdaderamente sideral, entre el modelo planteado y la realidad ejecutada, muchas veces tras varias décadas de vigencia de los instrumentos de planeamiento, nos muestra la distancia, igualmente sideral, que separa a los documentos urbanísticos de la realidad que pretenden regular (imagen 5).

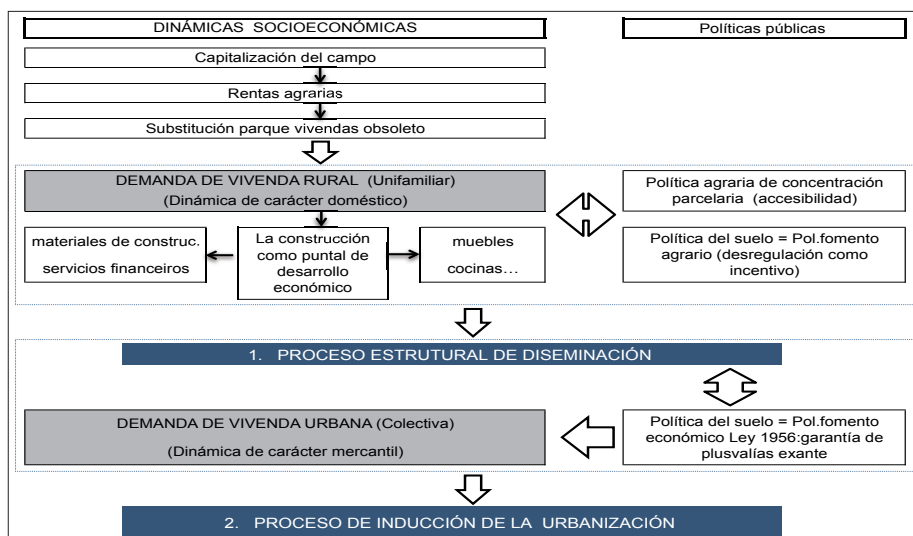
Así, el planeamiento establece –en teoría– unos límites al tamaño y a la concentración edificatoria, límites, por otro lado, muy por encima de cualquier estándar hoy día razonable, pero no establece límites por debajo⁶³, en el entendido de que la propia expectativa de generación de plusvalías ocasionará la sustitución del tejido previamente existente y la compactación edificatoria de tipo urbano con tan sólo seguir las leyes del mercado. Sin embargo, la economía rural no se diversifica ni se desarrolla lo suficiente como para sostener un mercado inmobiliario de semejantes dimensiones. Antes al contrario, la vida económica asociada a las actividades rurales sigue su curso, de manera que las dinámicas iniciales de demanda de vivienda como artículo de necesidad también encontraron acomodo en el sector. De esta forma, la mejora general de las comunicaciones, unida a la aparición de servicios en los núcleos urbanos rurales, condujeron a la localización de viviendas que respondían a esa lógica junto a edificios de viviendas que respondían a la lógica de mercado que se apoyaba en las políticas públicas descritas, dada la falta de limitación *por debajo* de las tipologías edificatorias.

⁶³ Donde se establece un límite, pongamos por caso, de 7 alturas, no establece la prohibición de levantar una vivienda unifamiliar, o un almacén, por ejemplo



*Imagen 5. Planeamiento urbanístico: del modelo a la realidad.
Elaboración propia a partir de las NNSS de Cerceda y datos catastrales*

Es decir, que tanto las políticas públicas sobre el suelo, como su codificación en instrumentos de planeamiento, han sido en realidad políticas de carácter instrumental y especulativo con un objetivo de fomento económico antes que ordenación espacial, que han inducido procesos de urbanización rural ajenos a su estructura territorial (esquema 4) y donde confluyen, sobre los mismos espacios, tanto las dinámicas endógenas propias del medio rural, como las inducidas por las políticas públicas sectoriales, sin que el planeamiento fuera capaz de poner orden sobre la situación, produciendo así una realidad desestructurada y caótica donde confluyen el negocio de construir ciudades en el campo junto con la pervivencia del campo en la ciudad rural.



Esquema 7. La urbanización rural como proceso inducido. Elaboración propia

1.3. La naturaleza del modelo territorial tendencial. Las formas de crecimiento urbano en la medio rural

Podemos concluir que, desde el colapso del *viejo complejo agrario* que definió Bouhier⁶⁴, nuestro modelo territorial ha sido configurado a través de la concurrencia de diversas políticas públicas sectoriales con efectos acumulativos de muy difícil replanteamiento, y tendentes, todos ellos, a exacerbar los factores desencadenantes de la enfermedad que nuestro territorio está (morfo) genéticamente más predispuesto a padecer: la dispersión territorial.

De esta forma, la interrelación espacial de distintas políticas públicas sectoriales arrojan unas dinámicas –que no modelo– de carácter centrifugo: cada actuación sectorial incide hacia una mayor diseminación, incrementando así el distanciamiento entre la matriz territorial heredada del régimen de agras –y depositaria del paisaje cultural que se dice querer proteger– y nuestro *no modelo*, puesto que esa es, en realidad, la verdadera naturaleza de nuestro modelo territorial tendencial.

La pregunta que se suscita entonces es evidente: ¿hacia dónde nos lleva este *no modelo* territorial? O dicho de otra manera, ¿dónde están los límites de estas dinámicas disipadoras y urbanizadoras?

Los pares de imágenes siguientes nos ayudan a responder esta pregunta. El

⁶⁴ Bouhier (*op cit*)

primero de ellos muestra el desarrollo urbano del núcleo de Cerceda (A Coruña) entre 1956 y la actualidad: es el perfecto ejemplo de núcleo urbano rural.



Imagen 6. Cerceda (A Coruña) 1956- 2008. Fuente: Xunta de Galicia

El segundo hace lo propio con Arcade (Pontevedra), donde es posible identificar nitidamente tanto el proceso de diseminación como el de la urbanización *unifilar* ligada a las carreteras. Se puede observar cómo en los 53 años que median entre las dos imágenes, prácticamente no se han abierto calles nuevas.



Imagen 7. Arcade (Pontevedra) 1956- 2008. Fuente: Xunta de Galicia

Y el tercero, correspondiente a Vigo, muestra cómo la naturaleza de los procesos es idéntica independientemente de la escala o de la tensión urbana del contexto. Es decir, que disponemos de un modelo urbanístico único, en el que la naturaleza de los procesos de urbanización es independiente del contexto. Un modelo capaz de intensificarse ad infinitum sin modificar los parámetros que lo construyen.



Imagen 8. Lavadores (Vigo) 1956- 2008. Fuente: Xunta de Galicia

2. SÍNTESIS INTERPRETATIVA

El desmoronamiento de la economía política *foral* a partir de la crisis agraria de finales del XIX, había inducido unos primeros procesos de desorganización espacial del modelo de asentamiento poblacional propio del régimen de agras que conceptualizamos como *protodiseminación*. Sus efectos se vieron multiplicados después con la implosión de la diseminación residencial a lo largo y ancho del territorio fruto del colapso del propio régimen de agras como

sistema de organización agraria y de la sustitución de la productividad agraria por la accesibilidad como vector de organización espacial del sistema territorial en su conjunto.

Diseminación que se produjo a través de la colusión espacial de dos procesos: la demanda de vivienda rural con la que restañar el abismo que se había abierto entre el espacio de la economía monetarizada y el de la economía agraria descapitalizada; y la instrumentalización de la política del suelo como herramienta de fomento económico, induciendo la aparición de una oferta de vivienda urbana en el campo.

Ambos procesos transformaron al sector de la construcción en el puntal del desarrollo económico en el espacio rural gallego, hasta el punto de inducir un fenómeno de urbanización del medio rural cuyos resultados espaciales fueron conducidos por una generación de instrumentos de planeamiento incapaz de ordenar la actividad económica que codificaban, produciendo así una realidad desestructurada y caótica donde confluyeron el negocio de construir ciudades en el campo junto con la pervivencia del campo en la ciudad rural.

La interrelación espacial de distintas políticas públicas sectoriales arrojan unas dinámicas –que no modelo– de carácter centrífugo en el que cada actuación sectorial incide hacia una mayor diseminación, sin que las reformas legales introducidas desde el año 2002 hayan conseguido frenar el proceso.

TERCERA PARTE

¿QUÉ FUTURO? REFLEXIONES SOBRE UNA TRANSFORMACIÓN NECESARIA

1. COMPLEJIDAD. UN CAMBIO DE PARADIGMA

Una de las conclusiones inmediatas que podemos extraer de análisis acometido, es la naturaleza homogénea y monofuncional de los espacios resultantes de la aplicación del modelo urbanístico y territorial consignado en buena parte de los instrumentos de planeamiento vigente. Un planeamiento que se ha regido por criterios espaciales que podemos considerar obsoletos desde la actual perspectiva disciplinar. Criterios que, en una urgente síntesis, presentamos a continuación con el convencimiento de que lo oportuno de su discusión compensa el riesgo evidente de generalización.

En efecto, tal y como hemos descrito con anterioridad, la densidad ha venido siendo el criterio director de las implantaciones urbanas (o que pretenden serlo), mientras que la insularidad propia del modelo de ocupación del territorio de las aldeas tradicionales, deja paso al criterio de conectividad de los núcleos rurales, basada en las infraestructuras viarias para la delimitación de

los nuevos suelos puestos a disposición de la demanda de vivienda unifamiliar. Como consecuencia, los espacios protegidos, ausentes por definición del modelo productivo tradicional, aparecen únicamente como el negativo del resto de usos asignados al territorio, es decir, como un elemento meramente residual. El siguiente cuadro trata de poner de relieve esos conceptos territoriales sobre los que se fundamentan las determinaciones emanadas del modelo planteado.

	NÚCLEOS URBANOS	NÚCLEOS RURALES	ESPACIOS PROTEGIDOS
SISTEMA TRADICIONAL	Inexistencia	Insularidad	Inexistencia
MODELO VIGENTE	Densidad	Conectividad	Residualidad

Esquema 8. Criterios territoriales de referencia del instrumento de planeamiento vigente. Elaboración propia

Por otro lado, hemos visto a lo largo de este trabajo que, históricamente, el espacio influye sobre los procesos económicos tanto como éstos sobre la configuración del modelo territorial. Y así como la histórica gestión agrícola del espacio tuvo la capacidad de incidir sobre los procesos económicos, hasta el punto de mantener una economía política de origen feudal hasta los albores del s. XX (al tiempo que ésta modeló a su vez dicho espacio), la actual gestión de ese mismo espacio, confiada como está al planeamiento urbano, parece estar bloqueando su capacidad para incidir sobre los principales procesos económicos que rigen nuestra actualidad.

De hecho, es evidente que la economía global induce la transformación de amplios espacios otrora rurales en coronas metropolitanas, pero no es menos cierto que, ni los espacios producidos por la urbanización rural inducida por el planeamiento, ni la conducción por éste del propio proceso metropolitano, parecen tener mucha capacidad de incidencia sobre los procesos económicos en términos de localización de actividades y funciones urbanas sobre los espacios producidos, habida cuenta de la homogeneidad y monofuncionalidad de buena parte del territorio metropolitano reciente y de la atonía urbana de muchos de los "núcleos rurales urbanos".

Por otra parte, la intensa ocupación del territorio resultante de la inducción de la diseminación residencial, hipoteca el margen de actuación del planificador –y del político– que ve cómo casi cualquier propuesta de operación urbana o infraestructural se topa con una paralizante oposición ciudadana –y política–.

La razón de esta incapacidad podemos encontrarla en la dificultad de tales espacios para condensar lo que Edward Soja ha conceptualizado como **capital**

espacial⁶⁵, es decir, el conjunto de elementos ambientales, culturales, institucionales, informacionales y, por supuesto, espaciales, que cristalizan en las eficiencias propias de las economías de localización y urbanización.

Ahora bien, ¿qué es necesario para crear capital espacial? La evolución de la teoría del desarrollo económico es la historia de la respuesta a esa pregunta, pero si hay un concepto que permea consensuadamente todas las respuestas aportadas, ese es el de **complejidad**. Complejidad entendida en términos territoriales como una gran diversidad de actores sociales con un alto nivel organizativo y un elevado nivel de interactividad entre ellos, capaces de un profundo despliegue de actividades por el espacio⁶⁶.

Pero no todo el territorio puede –ni debe– ser complejo. Por eso es necesario cambiar los parámetros conceptuales que, hasta tiempos recientes, han guiado la redacción del planeamiento, y sustituirlos por otros incardinados en un nuevo paradigma en el que la complejidad urbana debe ir de la mano de la sostenibilidad ambiental. De esta forma, si la complejidad es el principio rector al que deben apuntar las políticas de intervención sobre los espacios urbanos, la sostenibilidad debe desplazar a la densidad, el otrora paradigma de lo urbano, al ámbito de la gestión de los núcleos rurales por dos motivos: en primer lugar por criterios de estricta sostenibilidad económica y ambiental, pero también, como paso previo y necesario para la articulación de medidas tendentes a la especialización funcional de los núcleos rurales que eviten o reviertan, en la medida de lo posible, los actuales procesos de homogeneización en estos ámbitos.

Y por otro lado, la conectividad, que rigió –probablemente de forma subyacente– sobre criterios de delimitación de los suelos de núcleo rural, debe desplazarse a su vez hacia el ámbito de los espacios protegidos, como reflejo de una decidida estrategia que ponga coto al riesgo de incurrir en lo que podríamos llamar la inversión de la matriz territorial: pasar de un territorio rural-natural en el que existían islas urbanas, a un territorio urbanizado con islas de espacios naturales.

⁶⁵ Soja, E. (2005): *Mesogeografías: sobre los efectos generativos de las aglomeraciones urbanas*. En Benach, N. y Albet, A. (2010): *Edward W. Soja. La perspectiva postmoderna de un geógrafo radical*. Icaria, Barcelona.

⁶⁶ Rueda, S. (1995): *Ecología urbana. Barcelona i la seva regió metropolitana com a referents*. Beta, Barcelona. Aunque la definición de complejidad que propone Rueda es más compleja –valga la redundancia– hemos seguido los conceptos planteados en esta obra a la hora de proponer la nuestra de un modo más intuitivo.

	NÚCLEOS URBANOS	NÚCLEOS RURALES	ESPACIOS PROTEGIDOS
SISTEMA TRADICIONAL	Inexistencia	Insularidad	Inexistencia
MODELO VIGENTE (NNSS 86-94)	Densidad	Conectividad	Residualidad
PARADIGMA CONTEMPORÁNEO	Complejidad	Densidad	Conectividad

Esquema 9. Evolución de los criterios territoriales de referencia para una estrategia territorial de carácter metropolitano. Elaboración propia.

2. SOSTENIBILIDAD. NATURALEZA Y CULTURA

Otra de las conclusiones que podemos extraer de los ejemplos anteriores, es que lo que está transformando el paisaje construido gallego es lo que anteriormente conceptualizamos como el vector de organización espacial de nuestro modelo territorial: la accesibilidad. La asociación primaria entre accesibilidad y localización es la relación que subyace en la desnaturalización del sistema de asentamientos gallegos y es, al mismo tiempo, la relación básica sobre la que se fundamenta el planeamiento urbanístico en Galicia, hasta tal punto, que la cristalización de las dinámicas territoriales a través de la ejecución del planeamiento ha llevado, en muchos lugares de Galicia, a la práctica disolución del muy singular paisaje cultural que heredamos hace tan sólo cinco décadas.

	MODELO TERRITORIAL TRADICIONAL		MODELO TERRITORIAL ACTUAL
ELEMENTOS CONFIGURADORES	<p>Economía de autosubsistencia</p> <p>Producción agropecuaria (Sistema productivo)</p> <p>Productividad agrícola</p>	<p><i>Lógica económica subyacente</i></p> <p><i>Elemento organizador del modelo territorial</i></p> <p><i>Vector de organización espacial</i></p>	<p>Economía autocentrada en el proceso de crecimiento inmobiliario (El urbanismo como política de fomento económico))</p> <p>Mercado del suelo (Sistema viario)</p> <p>Sistema de asentamientos</p>
CARACTERIZACIÓN PAISAJÍSTICA DE LOS RESULTADOS ESPACIALES	<p>Resultado directo del sistema productivo. Coherencia entre sistema productivo y sistema de asentamientos</p> <p>1. Producción agropecuaria organizada en labradíos en régimen de explotación intensiva sustentada por los aportes materiales del monte 2. La aldea como unidad de referencia para la ocupación del territorio por la edificación</p> <p>Relación entre usos del suelo y sistema productivo ESPACIALMENTE LEGIBLE a través del vector de organización espacial: la productividad agrícola. (percepción visual de orden y coherencia)</p>	<p>Territorio: Usos del suelo</p> <p>Carácter: procesos de construcción social del espacio</p> <p>Percepción: ilegibilidad y coherencia</p>	<p>Soporte físico del conjunto. Incoherencia entre un sistema productivo moderno y urbano y un sistema de asentamientos heredado y rural</p> <p>1. El mercado y la accesibilidad como reguladores del patrón de ocupación del suelo 2. La urbanización del medio rural a partir de la asociación primaria entre localización edificatoria y accesibilidad desnaturaliza el sistema de asentamientos a partir de dos procesos: - Diseminación de vivienda unifamiliar rural - Inducción a la urbanización mediante la colusión de las políticas de suelo y urbanística. 3. Reconfiguración productiva del monte: reconversión forestal o abandono</p> <p>Relación entre usos del suelo y sistema productivo ESPACIALMENTE ILEGIBLE a través del mercado como vector de organización. (Percepción visual de desorden e incoherencia)</p>
	↓		↓
	Paisaje cultural del régimen de agras		Disolución del paisaje cultural del régimen de agras

Esquema 10. Dinámicas territoriales de transformación del paisaje cultural del régimen de agras. Elaboración propia

Así, tal y como acabamos de conceptualizar, el paisaje cultural del régimen de agras fue el resultado de un rígido código de relaciones espaciales y funcionales entre los sistemas productivo y de asentamientos, arbitradas por un vector de organización espacial diferente –la productividad agraria– cuya sustitución por el actual ha ocasionado un agudo proceso de degradación paisajística. Por lo tanto, su gestión patrimonial debe concentrarse sobre las propuestas de ordenación y protección de ambos sistemas: productivo (primario), y de asentamientos, regulando con especial atención las relaciones entre ellos.

Y, a pesar de que la vigente Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (LOUGA), consagrada hacia la protección de ese paisaje cultural que desde los años 60 viene siendo desnaturalizado en función de los procesos que acabamos de analizar, fue aprobada hace ya casi una década, los no muy esperanzadores resultados obtenidos hasta el momento hay que rastrearlos no sólo en el limitado alcance real del territorio sometido a instrumentos de planeamiento a ella adaptados, sino a la incomprensión, por parte del legislador, de los procesos que han transformado un medio que no es posible proteger únicamente desde la superficialidad estética y formal.

Especialmente grave resulta, a tales efectos, el hecho de no haber identificado la accesibilidad como elemento clave en la desnaturalización del sistema de asentamientos tradicional, haciendo así poco eficientes los esfuerzos por contener el principal proceso de destrucción –la transmutación de las aldeas y núcleos rurales en *villas carretera* – de aquello que se quiere conservar.

En efecto, tal y como hemos argumentado, la instrumentalización, tanto de las políticas públicas de suelo, como de su codificación en instrumentos de planeamiento, con un objetivo de fomento económico antes que de ordenación espacial, ha inducido la aparición de procesos de urbanización del medio rural claramente desproporcionados respecto de las economías locales y, además, con un importante potencial destructor sobre el patrimonio edificado anterior, al promover –vía codificación de aprovechamientos– agudos procesos de sustitución edificatoria y carecer, en su gran mayoría, de un mínimo sentido de la protección patrimonial.

Pero, aun suponiendo que la praxis del planeamiento urbanístico que se redacta hoy día haya superado el modelo aquí descrito, lo cierto es que los modos social y políticamente adquiridos de construir el territorio basados en dicho modelo, gozan de una poco deseable –pero ciertamente robusta– salud. Desde esa perspectiva, el mayor problema al que se enfrentan el paisaje cultural del régimen de agras y su herencia construida es, probablemente, el alto

nivel de incoherencia que existe entre esa lógica urbanística imperante y un programa mínimo de protección patrimonial. Una incoherencia que abunda en un conflicto, larvado y continuo, entre desarrollo y protección; entre los intereses económicos de los propietarios de los suelos y la vigente política de protección patrimonial.

El propio planeamiento ha contribuido a veces a amplificar ese conflicto, al no haber sido capaz de integrar el patrimonio como factor de ordenación, algo de lo que cabría responsabilizar a redactores, promotores y a la misma Administración de forma compartida. En ese sentido, unas instrucciones técnicas capaces de homogeneizar los criterios que deben regir la codificación de la protección patrimonial en los instrumentos de planeamiento u ordenación territorial, sin duda contribuirían a minimizar ese problema.

Lo anterior es trasladable al medio ambiente. Podemos seguir haciendo voluminosos documentos de inicio y de referencia así como extensos y prolijos informes y memorias ambientales, pero, sin la integración en el seno de la planificación, de herramientas tan elementales como el deslinde de la Superficie Agraria Útil o la elaboración una cartografía de escala operativa de aptitud agraria y de aptitud forestal para el conjunto de Galicia⁶⁷, por ejemplo, seguiremos sin poder integrar espacialmente los procesos ecológicos con los económicos en nuestra praxis planificatoria y nuestras evaluaciones ambientales estratégicas seguirán careciendo del verdadero potencial del que disponen.

En cualquier caso, la mejor forma de proteger un paisaje cultural, así como el potencial ambiental y productivo que atesora, es la existencia de un proyecto para su territorio. O dicho de otra manera: la existencia de un territorio con discurso⁶⁸. Un discurso que debe cumplir una condición: que el modo en que se inserta en el mercado sea compatible con el vector de organización espacial que originó el paisaje se quiera proteger.

Ya hemos visto que las condiciones sobre las que se inserta en el mercado nuestro modelo territorial no son compatibles con la maximización de la productividad agraria, porque dichas condiciones han sido construidas mediante políticas sectoriales más o menos improvisadas y sin contar con los profundos efectos acumulativos que cada una de ellas generaba sobre las anteriores, dando como resultado procesos territoriales basados en una progresiva valorización del suelo –del territorio– mediante su ocupación/urbanización, a costa

⁶⁷ Crecente, R. (2009): *Parroquias e planificación territorial*, en AAVV (2009): *A parroquia en Galicia. Pasado presente y futuro*. Xunta de Galicia.

⁶⁸ Romero, J. (2009): *Geopolítica y gobierno del territorio en España*. Tirant lo Blanch, Valencia.

de una progresiva desvalorización de los potenciales agrícolas sobre los que se había construido el paisaje que se quiere conservar.

Una vez puestos en marcha los procesos aludidos, es francamente difícil detenerlos a golpe de limitación del contenido de la propiedad mediante instrumentos de planeamiento. Por eso, la primera consecuencia de lo anterior es que, sin un modelo territorial –y económico– viable para el medio rural que salvaguarde el vector de organización espacial que lo construyó, ningún instrumento de ordenación del territorio o urbanístico podrá aspirar, en términos paisajísticos, a algo más que no sea gestionar su transformación, minimizando sus efectos o su velocidad.

De ahí que, en ausencia de ese ansiado modelo territorial que viabilice económicamente el medio rural en Galicia, sea tan necesaria la coordinación de las políticas públicas con incidencia territorial –especialmente de la agroforestal– en una plataforma de gestión coordinada que evite los efectos perversos acumulativos generados en la confluencia de políticas sectoriales concebidas de manera estanca. Ese papel, hoy en Galicia, debe ser jugado por la Ordenación del Territorio.

3. CAPITAL ESPACIAL. UNA VÍA PARA LA MINIMIZACIÓN DEL CONFLICTO TERRITORIAL

Hubo quien caracterizó al gallego por una concepción hiperbólica de la propiedad. Es cierto. Pero aun lo es más para quienes desarrollan su actividad profesional en el campo de la gestión urbanística o territorial y deben tratar con los propietarios acerca del valor de sus parcelas.

Decía Georges Duby que "*Las ligazones y las discordancias entre la evolución de las condiciones materiales y la psicología colectiva, incita a prolongar la historia económica en la historia de las mentalidades*"⁶⁹. La cita ayuda a comprender, si no la hipérbole, cuando menos sí la tenacidad con que la gente percibe lo muy propias que le son las cosas cuando el peso histórico de su negación es tan abrumador como en el caso de la plena propiedad de la tierra en Galicia. El énfasis no es gratuito, porque es precisamente en el valor de ese carácter pleno que adjetiva el concepto popular de la propiedad, donde radica el fuerte rechazo social a la gestión y al planeamiento urbanístico.

Un problema sobre el que la revisión histórica de nuestro modelo territorial nos permite extraer algunas claves interpretativas. Así, habíamos concluido que el desmoronamiento de la economía política *foral* a partir de la crisis

⁶⁹ Duby, G. (1978): *Hombres y estructuras en la Edad Media*. Siglo XXI, Madrid (Or. 1973)

agraria de finales del XIX había inducido unos primeros procesos de desorganización espacial del modelo de asentamiento poblacional propio del régimen de agras que conceptualizamos como *protodiseminación*. Sus efectos se vieron multiplicados después por la implosión de la diseminación residencial a lo largo y ancho del territorio fruto del colapso del propio régimen de agras como sistema de organización agraria y de la sustitución de la productividad agraria por la accesibilidad como vector de organización espacial del sistema territorial en su conjunto.

En ese contexto, la clave del proceso radica en que la confluencia de la demanda sociológica de vivienda rural con la instrumentalización que –desde los tiempos del desarrollismo hasta la aprobación de la LOUGA– se hizo de la política del suelo como herramienta de fomento económico, operó un cambio en la percepción social de la propiedad del suelo –sancionado tanto por la acción administrativa como por la actitud política– que convirtió parcelas de cultivo en solares para la construcción.

Acciones administrativas y actitudes políticas que supusieron el reconocimiento *de facto* de ese derecho *consuetudinario* a edificar sobre la propiedad del suelo, lo que, sin duda, ayudó a transmutar el concepto de la *plena* propiedad agraria derivada del proceso redencionista, en un contenido de la propiedad *pleno* al que era inherente el derecho a edificar. Un derecho obviamente inexistente *de iure*, pero largamente operativo *de facto*, alterando así –interesadamente o no– la percepción sociológica de la *tradición*. Algo tan inédito en el contexto nacional como la naturaleza de los problemas que de ello se han derivado.

Porque, aunque nadie puede discutir las extraordinariamente difíciles condiciones económicas y materiales en las que hubo que (re)construir el medio rural en Galicia tras el colapso del modelo agrario tradicional, así como el seguramente necesario papel que tuvo que jugar la construcción en ello, la extensión en el tiempo (mucho más allá de lo razonable) de las *cómodas* circunstancias urbanísticas y políticas generadas por aquella situación, han acabado derivando en una problemática de dispersión territorial que se ha demostrado insostenible tanto en términos económicos como ambientales.

Algo que, entre otros aspectos, motivó el sustancial giro que al respecto vino a dar el legislador con la aprobación de la LOUGA en 2002. Pero fue entonces cuando la propia Administración, en la aplicación del nuevo marco jurídico, se encontró con que la *historia económica* se había prolongado de tal manera sobre la *historia de las mentalidades*, que se hacía realmente complicado seguir por el camino emprendido, motivando así la entrada de

nuestro marco urbanístico en el lamentable estado de inflación legislativa e indefinición en el que actualmente se encuentra. En ese sentido, muchos de los problemas que atenazan al urbanismo gallego, como la propia volatilidad de los textos legales, la inexistencia de reglamentos, la escasez de instrucciones técnicas, la judicialización de la praxis urbanística, y el permanente conflicto institucional entre las administraciones autonómica y local, deben ser interpretados entonces, más como consecuencias del magno conflicto que la desorganización del modelo territorial tradicional, y su posterior mala gestión, han articulado en torno a la propiedad del suelo en Galicia, que como causas del extendido rechazo social a la praxis urbanística.

Siendo ésta como es, una interpretación parcial, que no agota –ni lo pretende– el abanico interpretativo de la complejísima problemática del conflicto territorial, y que debe ser necesariamente complementado a través de otras muchas circunstancias cuyo tratamiento excede los objetivos de este trabajo, nos damos por satisfechos con aportar dos elementos para el debate. En primer lugar, la necesidad de no cerrar en falso el debate sobre lo que debería considerarse tradicional o no tradicional a los oportunos efectos legales.

Y en segundo lugar, la constatación histórica de que el retraso en el tiempo de la adaptación del espacio a la naturaleza productiva de cada momento, acarrea funestas consecuencias. Dicho de otra manera, lo que no hagamos hoy – en términos de control de la dispersión– de forma ordenada, quizás lo tengamos que hacer mañana, de golpe, si las haciendas locales fuesen ya incapaces de soportar, por más tiempo, la financiación de una estructura territorial ineficiente a través del siempre creciente gasto en la prestación de los servicios básicos de abastecimiento, saneamiento, recogida de residuos sólidos... Si ello fuera así, habríamos tenido además que asumir –al contrario que otros territorios– el coste de oportunidad de no haber invertido ese esfuerzo en la transformación de un espacio que tenga una mayor capacidad que la que ha demostrado tener en la generación de un recurso que condicionará, a buen seguro, nuestro futuro territorial: el capital espacial.

Un capital que es posible empezar a crear si aprendemos a integrar espacialmente –a espacializar– nuestras políticas públicas como vía para la anticipación a los conflictos territoriales.

4. GOBERNANZA TERRITORIAL. TRANSFORMACIÓN ADMINISTRATIVA Y COHERENCIA ENTRE PROCESOS TERRITORIALES Y ESCALA DE INTERVENCIÓN

Durante los años en los que el planeamiento lideraba la recuperación de la iniciativa política local en el contexto democrático, en Galicia no existían

condiciones especialmente propicias ni para la agregación de suelos (complejidad de la estructura de la propiedad), ni de capitales (debilidad del sector). Así que el momento en que la voluntad ciudadana de construcción de un proyecto colectivo se expresaba a través del planeamiento urbanístico pasó de manera prácticamente inédita, cuando menos, por la Galicia rural.

Con el paso del tiempo, los procesos económicos que han ido moldeando nuestro territorio han aumentado de escala de forma espectacular, tanto en términos estrictamente económicos como en sus consecuencias espaciales, de modo que la geografía de los límites municipales ha sido tan ampliamente superada, que el planeamiento municipal difícilmente puede volver a jugar el papel que no pudo desarrollar en la Galicia de los 80. Atenazado muchas veces entre la indefinición del marco jurídico y el rechazo social, el planeamiento general no puede tampoco ofrecer una adecuada comprensión de los procesos territoriales al ser estos de una escala muy superior a la municipal. En ese sentido, creemos que es necesario potenciar el debate abierto sobre la arquitectura de la administración local en torno a la reconsideración del papel de las diputaciones y a la –entendemos necesaria– agregación municipal. Una reforma administrativa en esos términos, cuando menos, minimizaría la incapacidad que el planeamiento actual manifiesta a la hora de intervenir en esos procesos de amplia escala territorial, y que es posible ejemplificar en la transformación de la movilidad.

La geografía humana y la sociología han explicado el uso que hacen las personas del territorio a través del concepto de espacios de vida⁷⁰, definiéndolos como todos aquellos espacios que, articulados en torno a la vivienda principal, son frecuentados por los individuos. El trabajo, la escuela, la segunda residencia, el ocio, las compras, las relaciones familiares y los servicios públicos pueden resumir de forma sintética los espacios de vida de cualquier ciudadano.

De esta forma, si la iglesia como centro social y el espacio agrario fueron los espacios de vida que, durante varios siglos, convirtieron a la parroquia en un referente social de organización espacial, el cambio de escala que ha experimentado la movilidad obligada por trabajo de base diaria a lo largo de las dos últimas décadas, ha introducido un profundo desajuste espacial entre los espacios de vida actuales y las delimitaciones municipales vigentes desde el s. XIX.

Es, por tanto, necesario un nuevo modelo analítico que supere las limitaciones del actual y que sea capaz de proponer unidades espaciales adecuadas

⁷⁰ Módenes, J. A. (2007): *Movilidad espacial. Uso temporal del territorio y poblaciones vinculadas*. En *Actas del X Congreso de la Población Española: "Migraciones, movilidad y territorio"*. Centre D'Estudis Demogràfics.

para la gestión de la movilidad, pero también del resto de procesos de base espacial, que ya han empezado a ser utilizadas a través de la denominación de áreas funcionales en numerosos ámbitos, pero carentes de la necesaria homogeneización o normalización. Un proceso que le compete acometer a la Ordenación del Territorio en aras al desarrollo de uno de sus cometidos fundamentales: la provisión de plataformas de discusión para la gestión conjunta de políticas con incidencia territorial como hito fundamental en la consecución de la gobernanza territorial, es decir, ese buscado espacio de cooperación y coordinación interinstitucional en pos de un modelo territorial determinado. De esta forma, entendemos que deben ser los futuros instrumentos de ordenación territorial los que, en sustitución del planeamiento municipal, deben tomar el relevo del liderazgo en la articulación de la voluntad ciudadana de construcción de un proyecto colectivo.

Pero para ello es ciertamente necesario controlar el riesgo de que la pulsión planificatoria derivada de esos nuevos instrumentos, suponga una inflación administrativista que introduzca más controles y plazos en un ya sobrecargado modelo de tramitación y que, como venimos diciendo, en nada nos beneficiaría⁷¹. La eficacia de los instrumentos de ordenación del territorio y su aceptación social sólo pueden ser una realidad en un marco de relajación del nuestro urbanismo *hiperrealista* que dé como resultado documentos de planeamiento más estructurales y flexibles, pero sobre todo más metodológicos que definitorios, en línea con las propuestas que insistentemente vienen haciendo llegar numerosas voces reconocidas⁷². Lo contrario, es decir, la introducción de un nuevo nivel planificador manteniendo el resto tal y como está hoy día, nos conducirá, probablemente, hacia una situación de mayor exposición que la actual a los riesgos que apuntamos.

Por otra parte, si el modelo económico inmobiliario global construido sobre este sistema planificador hace aguas, al tiempo que ha homogeneizado y desvalorizado nuestro territorio, parece que es el momento de introducir una revisión a fondo del mismo. Teniendo en cuenta que los momentos de crisis y de destrucción de las expectativas son los más fructíferos para repensar y reorientar el futuro, no deberíamos perder la oportunidad que se nos brinda de

⁷¹ A ese respecto, Joan Romero (*op cit*) sostiene que aunque nunca había existido, como ahora, tal cantidad de normas, directivas, leyes y reglamentos relacionados con la ordenación del territorio, el paisaje o la evaluación ambiental, pero que ello evitaba que nunca se hubiese hablado tanto de falta de coordinación y desgobierno territorial como ahora.

⁷² Peñín, A. (2006): *Urbanismo y crisis. Hacia un nuevo planeamiento general*. Ediciones Generales de la Construcción, Valencia

ser nosotros quienes conduzcamos esa transición, en lugar de ser una situación futura presumible o potencialmente peor que la actual, la que lo haga por nosotros.

Pero para ello, creemos que es tan necesario el cambio en la orientación técnica y escalar de la planificación al que hacemos referencia, como una profunda reforma administrativa que transforme los excesivamente largos plazos y trámites actuales en un modelo de *ventanilla única* capaz de internalizar la comunicación interadministrativa a través una oficina técnica unificada y de homogeneizar los criterios y la información a través de las oportunas instrucciones técnicas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO, I. (ed): *La historia rural de las sociedades medievales europeas*, PUV, Valencia.
- BEIRAS, X.M. (1973 /1981): *O atraso económico de Galicia*. Vigo: Galaxia.
- BENACH, N. y ALBET, A. (2010): *Edward W. Soja. La perspectiva postmoderna de un geógrafo radical*. Barcelona: Icaria.
- BOUHIER, A (1979/2001): *Ensayo geográfico de análisis e interpretación de un viejo complejo agrario*. Xunta de Galicia.
- CAMAGNI, R. (2005): *Economía urbana*. Barcelona: Antoni Bosch.
- CARMONA, X y Nadal, J.(2005): *El empeño industrial de Galicia. 250 años de historia, 1750-2000*. Fundación A Coruña: Pedro Barrié de la Maza.
- CASTELLS, M. (1998): *La era de la información. Economía sociedad y cultura. Vol.2: El poder de la identidad*. Madrid: Alianza Editorial.
- CRECENTE, R. (2009): Parroquias e planificación territorial. En AAVV (2009): *A parroquia en Galicia. Pasado presente y futuro*. Xunta de Galicia.
- DALDA, J.L. (1991): La larga fase de aldea. En GONZÁLEZ-CEBRIÁN, J. (ed.): *Documentos de Reflexión Urbanística*, nº 3, Departamento de Proyectos arquitectónicos y urbanismo de la ETSAC.
- DALDA, J.L., DOCAMPO, J. y HARGUINDEY, J. (2005): *Cidade difusa en Galicia*. Xunta de Galicia.
- De LLANO, P.(1996): *Arquitectura popular en Galicia. Razón e Construcción*. COAG; LIZANCOS, P.(2005): *A casa contemporánea en Galicia*. COAG.
- DUBERT, I. (2002): *Del campo a la ciudad. Migraciones, familia y espacio urbano en la historia de Galicia, 1708-1924*. Vigo: Nigra.
- DUBY, G. (1973/1978): *Hombres y estructuras en la Edad Media*. Madrid: Siglo XXI.
- DUBY, G. (1973/2009): *Guerreros y campesinos. Desarrollo inicial de la economía europea, 500-1200*. Madrid: Siglo XXI.

- ESTEFANÍA, J. (2007): *La larga marcha. Medio siglo de política (económica) entre la historia y la memoria*. Madrid: Península.
- FARIÑA TOJO, J. (1980): *Los asentamientos rurales en Galicia*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- GARCÍA DE CORTÁZAR, J. A. (1988): *Historia de España dirigida por Miguel Artola. La época medieval*. Madrid: Alianza.
- GARCÍA DE CORTÁZAR, J.A. y MARTÍNEZ SOPENA, P. (2008): Los estudios sobre historia rural de la sociedad medieval hispano cristiana. En ALFONSO, I. (ed): *La historia rural de las sociedades medievales europeas*. Valencia: PUV.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, J. (1975): *Organización del espacio y economía rural en la España atlántica*. Madrid: Siglo XXI.
- GONZÁLEZ FRANCO, D. y CONSTENLA VEGA, X. (2010): La urbanización del paisaje cultural agrario en Galicia. Morfogénesis de un modelo territorial improvisado. En *Actas del VI Congreso Internacional de Ordenación del Territorio (VI CIOT)*.
- LÓPEZ FACAL, X. (2010): O perfil da economía galega, una proposta de descrición cifrada. En VV.AA (2010): *Informe Galicia 2010*. Santiago de Compostela: Atlántica.
- MARGALEF, R. (1995): La ecología, entre la vida real y la física teórica. *Investigación y Ciencia, Junio*.
- MARTÍ GILABERT, F. (2003): *La desamortización española*. Madrid: Rialp.
- MÓDENES, J. A. (2007): Movilidad espacial. Uso temporal del territorio y poblaciones vinculadas. En *Actas del X Congreso de la Población Española: "Migraciones, movilidad y territorio"*. Centre D'Estudis Demogràfics.
- NÁRDIZ ORTIZ, C. (1992): *El territorio y los caminos en Galicia*. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. Xunta de Galicia.
- NÁRDIZ ORTIZ, C. (2008): *La construcción de los bordes de las carreteras en Galicia*. Universidad de A Coruña. Xunta de Galicia.
- NAREDO, J.M. (2004): *La evolución de la agricultura en España (1940-2000)*. Granada: Universidad de Granada.
- NELLO, O (ed.) (2003): *Aquí no! Els conflictes territorials a Catalunya*. Barcelona: Empúries.
- OTERO PEDRAYO, R. (1954): *Ensaio sobor da paisaxe galega*. Vigo: Galaxia.
- PEÑÍN, A. (2006): *Urbanismo y crisis. Hacia un nuevo planeamiento general*. Valencia: Ediciones Generales de la Construcción.
- PRECEDO LEDO, A. (1995): *Geografía humana de Galicia*. Barcelona: Oikos-Tau.
- PRESEDO GARAZO, A. (2008): *A fidalguía galega. Estudos sobre a reprodución social dos fidalgos na Galicia Moderna*. Vigo: Lóstrego.
- PRIGOGINE, I. (1983): *¿Tan sólo una ilusión? Una exploración del caos al orden*. Barcelona: Tusquets.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, R.(1999): *De aldeas a ciudades*. Vigo: Ir indo.
- ROMERO, J. (2009): *Geopolítica y gobierno del territorio en España*. Valencia: Tirant lo

Blanch.

- RUEDA, S. (1995): *Ecología urbana. Barcelona i la seva regió metropolitana com a referents*. Barcelona: Beta.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, J.L. (2003): *Naturaleza, localización y sociedad. Tres enfoques para la geografía económica*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- SOJA, E. (1989/2008): *Postmetropolis. Estudios críticos sobre las ciudades y las regiones*. Madrid: Traficantes de sueños.
- SOJA, E. (2005): Mesogeografías: sobre los efectos generativos de las aglomeraciones urbanas. En BENACH, N. y ALBET, A. (2010): *Edward W. Soja. La perspectiva postmoderna de un geógrafo radical*. Barcelona: Icaria.
- SOLÁ MORALES, M.(1997): *Las formas del crecimiento urbano*. Barcelona: UPC.
- TORRES LÓPEZ, J. (2000): *Economía política*. Madrid: Pirámide.
- VILLARES, R. (1982): *La propiedad de la tierra en Galicia 1500-1936*. Madrid: Siglo XXI.
- VILLARES, R. (2004): *Historia de Galicia*. Vigo: Galaxia.
- WALLERSTEIN, I. (1979): *El moderno sistema mundial*. Madrid: Siglo XXI.
- WOLF, E. (1982/1987): *Europa y la gente sin historia*. México: Fondo de Cultura Económica.

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DEFENSA LOCAL *

Margarita Parajó Calvo

Asesoría Jurídica
Ayuntamiento de Vigo

Resumen: *El control jurisdiccional del planeamiento urbanístico es cada vez más riguroso y las consecuencias de la eventual anulación de un plan son notorias, complejas e inciertas. Desde esta perspectiva se analizan las vías de impugnación del planeamiento y se ofrece una visión de las especialidades que presenta en el procedimiento contencioso-administrativo incluso hasta la problemática fase de ejecución de sentencia.*

Palabras clave: *Administración municipal, urbanismo, planeamiento, impugnación, contencioso-administrativo, ejecución de sentencia.*

Abstract: *The jurisdictional control of the town planning is increasingly rigorous, and the consequences of the possible annulment of a planning are evident, complex and uncertain. From this prospect, the ways of impugnation of the planning are analyzed, and a vision of the specialities presented in the contentious-administrative procedure, even the problematic phase of sentence execution, are offered.*

Keywords: *Local administration, urban development, town planning, impugnation, contentious-administrative, execution of sentence.*

Índice: 1. Introducción. 2. Las vías de impugnación. 2.1. El recurso en vía administrativa. 2.2. Revisión de oficio. 2.3. Requerimiento previo. 2.4. Recurso directo. 2.5. Recurso indirecto. 2.6. Inaplicación del art. 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). 3. Peculiaridades del procedimiento contencioso-administrativo interpuesto contra el planeamiento. 3.1. Tramitación, competencia y procedimiento. 3.2. Las partes. 3.2.1. Legitimación activa. 3.2.2. Legitimación pasiva. 3.2.3. Representación y defensa de la Administración municipal. 3.3. Objeto. 3.3.1. Actividad impugnabile. 3.3.2. Pretensiones. 3.3.3 Exigencias de congruencia. 3.4. Acumulación. 3.5. Cuantía. 3.6. Escrito de interposición. 3.7. Plazo. 3.8. La remisión del expediente administrativo. 3.8.1. Emplazamiento y personamiento de la Administración autora de la disposición. 3.8.2. Indicación de recursos conexos. 3.8.3. Emplazamientos. 3.8.4. Anuncio de la interposición. 3.8.5.- Plazo para presentarse. 3.9. Fases de demanda y contestación. 3.9.1. La demanda y la preparación de la contestación. 3.9.2. Alegaciones de inadmisibilidad. 3.9.3. Parecer razonado del defensor

* Material de la ponencia titulada "O control xurisdiccional do planeamento xeral", impartido el 9.11.2010 en la E.G.A.P., junto con COMINGES DE CÁCERES, F., en el curso *Plan General de Ordenación Municipal: preparación, aprobación e desenvolvemento*. Código: LO01022. DOG 07.05.2010, página 8.154.

de la Administración. 3.9.4. Especialidad del art. 54.4 LJCA, peculiaridad de las entidades locales. 3.9.5. Aportación de documentos. 3.10. La prueba. 3.10.1. Relevancia y principios. 3.10.2. La solicitud de apertura del período probatorio. 3.10.3. Proposición de medios de prueba. 3.10.4. La prueba pericial. 3.10.5. Supuestos que requieren de un especial esfuerzo probatorio. 3.11. Vista y conclusiones. 3.12. Terminación. 3.13. Recurso de casación. 4. La sentencia anulatoria del plan. 4.1. El fallo. 4.2. Efectos de la sentencia anulatoria. 4.3. Alcance de la declaración de nulidad del plan. 4.4. Incidencia de la sentencia anulatoria del plan sobre sus desarrollos normativos y actos dictados en su ejecución. 4.5. La ejecución de las sentencias anulatorias del planeamiento. 4.6. Imposibilidad legal de ejecutar la sentencia anulatoria de un plan. 5. Medidas cautelares. 5.1. Solicitud. 5.2. Suspensión. 5.3. Anotación preventiva. 6. Costas.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se trata de enfrentar la defensa de la Administración municipal de los ataques que recibe el planeamiento general debe tenerse en cuenta el escenario en el que se desarrollan los procedimientos contenciosos en materia de planeamiento. Este contexto es resultado de la concurrencia de varios elementos: la evolución de la jurisdicción y el proceso contencioso junto con otros factores anteriores y externos al recurso que se producen en el campo del urbanismo y del planeamiento.

Es una constante hacer notar el abandono de la naturaleza revisora del proceso contencioso hacia un procedimiento de plena jurisdicción en el que es posible esgrimir motivos nuevos frente a los aducidos en vía administrativa, pero no sólo. Aunque se mantiene el límite de que las pretensiones que se aduzcan en vía contenciosa tienen que ser las mismas que en la vía administrativa, lo cierto es que esto no se aplica con todo el rigor en determinados recursos. Además, el art. 31.2 Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA) se refiere a las pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada e incluso la indemnización de daños y perjuicios.

En el caso de los recursos contra el Plan General, a pesar de que se trata de un procedimiento complejo y largo en el que se prevén dos fases de audiencia pública, es perfectamente posible que los interesados realicen alegaciones de las que después se separen en sus recursos contencioso-administrativos. Deberán aplicarse aquí igualmente los límites generales del Derecho y, en particular, cabrá invocar la vulneración de la doctrina de los actos propios en caso de que en la demanda se empleen motivos abiertamente contradictorios con los

argumentos empleados en la fase de alegaciones. También es posible que el recurrente no realizase ninguna alegación y que la Administración municipal y el equipo redactor lleven esa ordenación a la aprobación provisional en la confianza de que no suscita ninguna oposición y que luego sea objeto de numerosos recursos contenciosos. Debería reflexionarse sobre si es asumible que la participación pública se configure aquí como un derecho sin ningún tipo de carga y en el que ni siquiera sea exigible una mínima diligencia por parte de los destinatarios de esa información al público¹.

La complejidad social y los problemas a los que las administraciones públicas tienen que ir dando respuesta se traducen en que, cuando esta actividad sea controlada en el proceso contencioso, va a ser preciso descubrir los hechos relevantes y la realidad territorial así como los criterios técnicos seguidos en esa actuación. Y por esto los debates ya no serán estrictamente jurídicos, sino fácticos y técnicos, cobrando una relevancia extraordinaria la fase probatoria.

Asimismo, los principios de contradicción, audiencia y de igualdad real y efectiva entre las partes, llevaron a que en la regulación del procedimiento contencioso se introdujesen mecanismos que eliminan la posición antaño privilegiada de la Administración en el debate: la técnica española de remisión del expediente y del completo de expediente (desconocida en otros países como Francia o Alemania²), las oportunidades de las que disponen los demandantes para la aportación documental, el principio de mayor facilidad probatoria de la Administración como vertiente del principio de buena fe procesal moderando la tradicional presunción de legalidad etc.

Desde otro punto de vista, la privatización de la elaboración del planeamiento que se produce con la habitual contratación administrativa de equipos redactores privados que operan de forma externa a los servicios jurídicos y técnicos municipales, así como la intervención atropellada de distintas administraciones territoriales y sectoriales, ofrece rápidos argumentos a los recurrentes que ven en un ataque frontal y a la totalidad al plan general un instrumento fácil de anular su ordenación e incluso de conseguir notoriedad pública.

¹ Los medios personales y económicos son costosísimos. Para hacerse una idea puede ser ilustrativo indicar que en el caso de Vigo se recibieron 3.409 sugerencias y 60.992 alegaciones durante la tramitación del planeamiento.

² BLANES RODRÍGUEZ, E.: "El principio de contradicción", en PECES MORATE, J.E. (DIR.): *Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo*. Ejemplar monográfico de *Estudios de Derecho Judicial* nº 154, 2009. Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p.35.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo³ (en adelante TS) refleja cómo los recurrentes aprovechan las incoherencias e incongruencias entre los documentos elaborados por el equipo redactor contratado y los informes de los servicios municipales o la ausencia de informes sectoriales o las disconformidades que ponen de relieve para acabar rápidamente con un plan costosamente tramitado y sin necesidad de demostrar especial pericia jurídica o un especial o insubsanable daño para el interés general.

Por otra parte, no es nada nuevo referirse al Urbanismo como uno de los campos en el que más se evidencia la tensión entre lo público y lo privado, y en el que la litigiosidad es creciente y está facilitada por el establecimiento de una acción pública urbanística (más ampliamente regulada que en la legislación ambiental) y que apenas conoce límites.

La jurisprudencia muestra una tendencia a un control cada vez más riguroso⁴ del planeamiento y las normativas urbanísticas sufren constantes modificaciones no siempre fácilmente previsibles para los operadores jurídicos, teniendo en cuenta la larga duración de los procedimientos de tramitación del planeamiento.

Todo lo anterior se traduce en que las administraciones municipales deben dedicar un especial esfuerzo a defenderse de los ataques contra su planeamiento, para lo cual será preciso explicar las razones de su toma de decisiones en aquellos aspectos discrecionales del plan y agotar todos los recursos probatorios de los que disponga para probar la legalidad, cuando no simplemente la racionalidad, de lo acordado.

Es imprescindible que la Administración autora del plan nunca se desvincule de los recursos que contra él se interponga y, si es posible, que sea la propia Administración la que asuma su defensa. Tomar control en un momento muy inicial del contenido de la demanda puede permitir realizar comprobaciones y ofrecer explicaciones, cuando no suministrar datos y pruebas relevantes para la desestimación del recurso.

Las consecuencias de la anulación de un plan son notorias, complejas e inciertas y las va a padecer fundamentalmente la Administración municipal, por lo que cobra una gran trascendencia mantener un cierto control sobre los avances de los procedimientos contenciosos y dedicar sus propios recursos

³ Puede consultarse en la Base de datos de jurisprudencia en la página web del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es>). En especial, en las crónicas anuales de jurisprudencia del TS.

⁴ Cada vez se aprecian más motivos anulatorios: motivos como la falta de rigor del estudio económico, la exigencia de repetición del trámite de información pública, el requisito de publicación también de las fichas del plan, por la carencia de un informe en materia de telecomunicaciones etc.

humanos a su estudio, porque normalmente son los más conocedores de los antecedentes y de su propia realidad urbanística. En realidad, el procedimiento se prolonga hasta que concluye la vía judicial, pues de nada valdrá el trabajo realizado en vía administrativa si no se sustenta después en la vía judicial.

En muchos de los casos, las administraciones municipales cuentan con profesionales más especializados en conocimientos técnicos y jurídicos públicos y/o, cuando menos, con personal que puede conocer mejor el término municipal y saber de antecedentes, expedientes relacionados con lo pretendido en el recurso⁵, planificaciones precedentes⁶ etc. y estos medios de defensa deben ser utilizados.

Conocer los recursos y sus fundamentos permitiría adentrarse y conocer en profundidad las bondades y dificultades del nuevo el plan y también revisar la calidad de los trabajos realizados por el equipo redactor y exigir sus responsabilidades contractuales o frente a terceros, si fuese el caso. Y, en ocasiones, puede permitir ajustar la actuación administrativa al devenir del pleito. Además, el control sobre los efectos de la ejecución de la sentencia comienza con su previsión y su estudio⁷.

Siempre será conveniente no perder la perspectiva contencioso-administrativa durante la tramitación del procedimiento administrativo de planeamiento y mantener el interés sobre los recursos contenciosos contra el plan que normalmente continuará siendo ejecutivo y estará produciendo sus efectos mientras se siguen contra él varios recursos contenciosos.

2. LAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN

El planeamiento es resultado del ejercicio de una potestad normati-

⁵ Por ejemplo, puede haber un expediente de licencias o de disciplina urbanística previo y que se recurra el plan para intentar obtener esa licencia que le fue denegada, o pretender evitar las consecuencias de la ilegalidad urbanística cometida.

⁶ Que pueden servir para demostrar que la clasificación fue correcta pues el diagnóstico del suelo no varió y este no fue objeto de ningún desarrollo...

⁷ GEIS I CARRERAS (*La ejecución de sentencias urbanísticas*. Ed. Atelier, Barcelona 2009, pp. 158 a 174) analiza cómo la jurisprudencia demuestra que hay más posibilidades de conseguir una inejecución por imposibilidad legal si la disposición administrativa se modifica con anterioridad a la sentencia con una interpretación más benévola del art. 103.4 de la LJCA por parte de los Tribunales que conocen del incidente de inejecución.

va⁸ de naturaleza discrecional⁹; en consecuencia su control es judicial y no administrativo.

2.1. EL RECURSO EN VÍA ADMINISTRATIVA

El art. 107.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC) establece que "contra las disposiciones generales no cabrá recurso en vía administrativa", pero el art. 50.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante TRLS08) dispone que: "Los actos de aprobación definitiva de los instrumentos de ordenación territorial y de los de ordenación y ejecución urbanísticas, sin perjuicio de los recursos administrativos que puedan proceder, podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos prevenidos por su legislación reguladora".

En relación con las comunidades autónomas en las que sí se prevé un recurso en vía administrativa, por ejemplo en Cataluña o Aragón, el Tribunal Supremo hizo una interpretación armonizando la norma estatal básica (art. 07.3 LPAC) y las normas autonómicas que prevén recurso de alzada o reposición (según los instrumentos de planeamiento de que se trate y los órganos con competencia para su aprobación), que distingue los defectos formales propios y singulares del acto aprobatorio frente al que sí cabría el recurso administrativo, de las específicas determinaciones del plan aprobado frente al que no cabría nunca recurso en vía administrativa: STS 30.9.09 - STS 11.12.09 - STS 28.5.10.

La razón de esta interpretación es que una vez aprobado, podría alterarse el contenido del plan, incluso llegar a su completa transformación sin sujeción a los trámites propios de elaboración y sin que fuese reconocible la norma publicada en relación con la norma finalmente aprobada ante la eventual estimación de una cadena de recursos administrativos interpuestos por los interesados.

En Galicia veta esta posibilidad el art. 85.11 de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia (en adelante LOUG) al establecer que "os instrumentos de planeamento son disposicións de carácter xeral polo que a súa aprobación definitiva non poderá recorrerse en vía administrativa, senón tan só a través do correspondente re-

⁸ A pesar de no innovar, también son de naturaleza normativa los Estudios de Detalle controlables por los mismos medios de impugnación (STS 5.10.2001).

⁹ Es de referencia obligatoria: DESDENTADO DAROCA, E.: *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Ed. Civitas, Pamplona, 1997.

curso contencioso-administrativo nos termos previstos na súa lexislación de aplicación”.

Aun así, se ha dado algún caso en la práctica en que los particulares recurrieron un instrumento de planeamiento en vía administrativa, supuestos a los que da cumplida respuesta la STSXG de 15.7.2010:

“SEGUNDO.- Afirma la STS de 02.07.03 que no puede interrumpir el plazo procesal la interposición de recursos administrativos improcedentes e inviables, y esto es lo que sucede cuando en la vía administrativa se impugna una disposición normativa (como lo es el plan general) o cuando lo que se solicita es su revisión de oficio por causa de nulidad, que fue lo que pretendieron los señores Luis Alberto y Alberto; así, en este último caso la legitimación revisoria sólo la ostenta la administración autora de la norma, pero no los particulares, mientras que en el supuesto anterior no cabe formular recursos administrativos frente a disposiciones de carácter general, como resulta de lo dispuesto en los artículos 102.2 y 107.3, respectivamente, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Y es que cuando lo que se desea es alzarse contra la aprobación del plan general de ordenación municipal o contra los demás instrumentos de planeamiento, lo que procede es el recurso jurisdiccional directo, como dispone el artículo 85.9 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, de manera que como el plan que aquí interesa se publicó en el DOG de 14.11.07 y el presente recurso jurisdiccional se presentó el 12.03.08, sin que tenga efectos suspensivos el escrito anómalo dirigido por los actores en la vía administrativa, debe acogerse el motivo de inadmisibilidad planteado por el letrado de la Xunta de Galicia, lo que impide entrar a analizar la cuestión de fondo (SsTC 19/1983, 93/1984, 62/1989 el 32/1991 y SsTS de 19.09.96 el 07.12.00)”

2.2. REVISIÓN DE OFICIO

La revisión de oficio está prevista también para las disposiciones generales y, dada la asimilación de los planes a estas, es generalmente admitida la posibilidad de aplicarles el régimen de la revisión de oficio. A diferencia de la revisión de oficio de los actos administrativos, el art. 102.2 de la LPAC excluye la acción de nulidad de los particulares cuando de normas reglamentarias se trata, de modo que solo puede iniciarse la iniciativa propia de la Administración Pública. La revisión de disposiciones generales es un procedimiento que solo puede iniciarse de oficio (102.2 LPAC) y por causas tasadas (62.2 LPAC).

En principio, nada impide que un particular la inste, pero no obliga a incoar el procedimiento y los Tribunales no pueden imponerle su tramitación cuando se impugne la negativa de la Administración a revisar de oficio una disposición general/plan urbanístico. Así lo consideraron las SSTs de 16.11.2006, de 22.11.2006, o la STS de 28.12.2006, para las que la posibilidad de revisar de oficio una disposición general no supone que se le reconozca también en este caso a los particulares la acción de nulidad dada la posibilidad que estos tienen de impugnar en la jurisdicción una disposición general ejercitando una acción frente a su acto de aplicación basándose en que aquella es ilegal.

Especial interés cobra la doctrina del Consello Consultivo de Galicia en este campo dada la naturaleza preceptiva y vinculante de sus informes. En el Dictamen 274/1999, consideró que no era posible la Revisión de Oficio cuando el plan es objeto de un recurso contencioso-administrativo:

“el artículo 106 de la LRJPAC, que establece una indubitada contención a los supuestos de revisión de oficio —incluido el caso del artículo 102—, precisamente en eventos en los que la verificación de legalidad, estricta y aisladamente considerada, cede ante el ordenamiento en su conjunto y, particularmente, ante sus principios y valores.

En el momento presente, la plenaria configuración del recurso contencioso administrativo, la extensión prácticamente ilimitada de la legitimación sea cual sea el objeto de la pretensión, y la potenciación de las modalidades de recurso directo e indirecto (con la significativa fórmula de la cuestión de ilegalidad) frente a las normas de rango reglamentario, permiten constatar la supeditación necesaria de la actuación administrativa en vía de revisión de oficio, pendiendo un litigio en ese orden jurisdiccional, y máxime si ésta afecta a la totalidad de los aspectos de la actuación administrativa. Interesando no obstante precisar, para completar la exposición de este tema, que dicha afirmación no desconoce el ámbito propio y la eficacia del artículo 76 de la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, que conserva su razón de ser para las llamadas resoluciones tardías o las fórmulas de composición.

No a otra conclusión se llega si partimos de la llamada potencialidad expansiva de los derechos fundamentales, puesta en relación con el artículo 24.1 de la CE.

Muestra evidente de esa supeditación es la doctrina del TC en una materia tan sensible (y al tiempo tan tradicionalmente inherente a las potestades administrativas) como la de la necesaria postergación de la ejecutividad de los actos, pendiendo la decisión judicial —habitualmente demorada

en plazos no precisamente breves— sobre la petición de suspensión formulada por el recurrente. Por todas se cita la sentencia 199/1998, de 13 de octubre.

A la vista de los argumentos que preceden, no sólo no se vislumbran razones que justifiquen la imposibilidad de subsumir bajo idénticas connotaciones la revisión de oficio de los actos y de las normas, sino que a fortiori, las contenciones expresamente previstas en el apartado 1 del artículo 102 LRJPAC, operan, con mayor razón, cuando de normas reglamentarias se trata, a excepción del requisito, aquí inherente, del agotamiento de la vía administrativa. Aun más, el carácter reforzadamente excepcional de la revisión de oficio de normas se ve confirmado por el dato de que el legislador excluyó respecto de ellas, expresamente, la revisión a instancia de parte en vía de recurso, lo que indica la preferencia, evidente, por la radicación de este juicio de legalidad en la vía jurisdiccional, recientemente potenciada en la nueva configuración de la que anteriormente se dio cuenta.

Consecuentemente, ante la plenitud formal y material del objeto de la pretensión que verosímelmente conlleva el recurso contencioso administrativo promovido por la Xunta de Galicia, la pendencia del mismo obliga, en criterio del Consejo Consultivo, y por aplicación de lo previsto en el artículo 102.2 en relación con el apartado 1 del precepto, la prosecución de la revisión de oficio pretendida, dándose, como es el caso, una identidad de causas, como lo acredita la enunciación que de éstas se contiene en la propuesta de resolución que literalmente remite al requerimiento hecho por la Administración autonómica."

BELANDO GARÍN¹⁰ entiende que la revisión de oficio tampoco sería posible cuando la norma reglamentaria fuese confirmada por sentencia, lo que deduce de la STS de 21.7.2003 (RJ 2003/6048). Esta sentencia, se refiere a la revisión de un acto e interpreta que del art. 118 CE resulta que "no es jurídicamente viable instar una revisión por causas de nulidad de pleno derecho cuando tales causas ya hayan sido planteadas y desestimadas en un proceso jurisdiccional por sentencia firme".

El Consello Consultivo de Galicia, Dictamen 727/2008, 23.7.08: rechaza también la posibilidad de revisar de oficio el plan cuando en realidad lo que pretende es una modificación del planeamiento, cuando ya está iniciado el procedimiento de revisión del plan, o cuando el tiempo transcurrido desde la

¹⁰ BELANDO GARÍN, B. en DOMINGO ZABALLOS, M. A., Dir.: *Impugnación y revisión de la actividad de los Entes locales (Teoría y Práctica)*. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 2010, p.77.

aprobación infringe los límites establecidos en el art. 106 LPAC:

"La cuestión sometida a dictamen consiste en determinar si procede o no la declaración de nulidad de las Normas Subsidiarias de planeamiento municipal de Marín aprobadas definitivamente en fecha 9.6.1978, en lo que atañe exclusivamente a la clasificación como suelo no urbanizable de 'zona de litoral' de las áreas consolidadas de los núcleos de Mogor, Aguete, Casás, Loira y Teira.

Sin embargo, en el supuesto del caso de que se trata no se busca simplemente declarar nula la disposición o norma urbanística relativa a la clasificación como 'zona litoral en suelo no urbanizable' del suelo correspondiente a los núcleos poblacionales de Aguete, Casás, Loira, Teira y Mogor, dentro de las Normas Complementarias y Subsidiarias del planeamiento de municipio de Marín de 9.6.1978, sino que se va, después de declarar eso nulo, en la búsqueda de establecer una clasificación urbanística diferente, para lo cual se había investigado con relación al año 1978 sobre la situación física de las edificaciones, sobre servicios de urbanización, y sobre distancias a la zona marítima de esos núcleos de población, y sobre la delimitación física de los mismos, intentando establecer una nueva ordenación urbanística para los mismos; o sea que la finalidad real perseguida en este caso, es una alteración concreta de la ordenación urbanística, pero ello es lo que se llama una modificación del planeamiento; finalidad que ha establecido en el ordenamiento jurídico un procedimiento específico para tal fin, y por lo mismo es lo que resulta adecuado seguir, pues él comprende las garantías precisas a la mejor consecución de esa finalidad.

Incluso más, la normativa vigente no permite la modificación 'alteración concreta' del planeamiento cuando esté en tramitación un nuevo plan general de ordenación municipal o de su revisión, así expresamente establece el artículo 94.2 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección de en medio rural de Galicia, que establece que 'no se podrán formular nuevas modificaciones del planeamiento urbanístico durante la tramitación de un plan general de ordenación municipal o de su revisión; es decir, desde su aprobación inicial hasta su aprobación definitiva, excepto en ejecución de sentencias'.

Ésta es precisamente la situación del presente caso, pues figura en el expediente remitido que el Ayuntamiento de Marín está tramitando su Plan General de Ordenación Municipal, que fue aprobado, inicialmente, por el Pleno de la Corporación en fecha 26.2.2007.

Asimismo, es de apreciar que no se explica suficientemente en la pro-

puesta de resolución, ni en la memoria incorporada al expediente, para qué se acomete esta modificación después de haber transcurrido treinta años desde la aprobación de la norma urbanística de referencia, y de estar, ahora, en trámite un procedimiento de aprobación de un Plan General, en el que se podría recoger la alteración de que se trata, en vez de acudir a la meritada vía de una revisión de oficio.

Además, conviene recordar lo dispuesto en el artículo 106, LRJPAC, según el cual: 'Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes'. Este precepto fija los límites legalmente impuestos a las facultades revisoras de las administraciones públicas en los casos en que se promuevan tanto cuestiones de nulidad absoluta, como de nulidad relativa, o anulabilidad de los actos administrativos.

En el presente caso, la pretensión de la alteración de referencia por la vía de la revisión de oficio, después de tanto tiempo en situación de vigencia de la norma urbanística –al tratarse de una disposición aprobada en junio del año 1978– puede dar lugar a consecuencias contrarias a la equidad entre los ciudadanos del Ayuntamiento de Marín afectados por dichas normas subsidiarias; consecuencias sólo evitables con una contemplación general del municipio al respecto de la ordenación urbanística, posible ahora a través de la aprobación de un Plan General de Ordenación, en tramitación, en estos momentos, según ha quedado dicho."

2.3. REQUERIMIENTO PREVIO

En vía administrativa lo que sí tiene cabida en el campo de las disposiciones generales es el requerimiento administrativo previo de una Administración, para que derogue la disposición. Se regula en el art. 44 LJCA y deja a salvo lo previsto en los arts. 63.1.a), 63.2 y 66 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen local (LRBRL). El plazo para formular este requerimiento es de dos meses desde la publicación y el plazo para resolverlo es de un mes. A partir de la resolución, comienza a computar el plazo de interposición del recurso. En caso de silencio, es conocida la doctrina del TS que entiende que no cesa la obligación de resolver.

2.4. RECURSO DIRECTO

En la vía judicial, al igual que todas las disposiciones generales, son susceptibles de recurso contencioso-administrativo directo en el plazo de dos meses

desde su publicación (art. 25 LJCA) y de un recurso administrativo indirecto, con ocasión de cada acto de aplicación del plan (arts. 26-27 y 123-126 de la LJCA). A este control judicial se dedican las notas que se desarrollan en los siguientes epígrafes.

2.5. RECURSO INDIRECTO

La jurisprudencia rechaza la impugnación indirecta por motivos formales, con ciertos matices que recoge la STS de 06.07.2010:

"QUINTO.- Aunque la jurisprudencia relativa al recurso indirecto se ha mantenido después de la entrada en vigor de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio, de lo que son exponente, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 11 de octubre de 2005 (recurso de casación 6822/2002), 21 de abril de 2008 (recurso de casación 5038/2003), 11 de mayo de 2009 (recurso de casación 1871/2006) y 11 de febrero de 2010 (recurso de casación 4581/2008), sin embargo, se viene admitiendo la impugnación indirecta de disposiciones generales por defectos formales cuando se hubiese incurrido en una omisión clamorosa, total y absoluta del procedimiento establecido para su aprobación, en perjuicio del recurrente, y cuando hubiesen sido dictadas por órgano manifiestamente incompetente (Sentencias de esta Sala de fechas 27 de octubre de 2007 (recurso de casación 9657/2003, fundamento jurídico cuarto) y 26 de diciembre de 2007 (recurso de casación 344/2004, fundamento jurídico sexto).

En concreto, respecto de la impugnación indirecta del planeamiento urbanístico, cual es el caso que ahora nos ocupa, esta Sala en sus Sentencias de fechas 17 de junio de 2003 (recurso de casación 2565/1999), 25 de octubre de 2007 (recurso de casación 9657/2003, fundamento jurídico cuarto) y 26 de diciembre de 2007 (recurso de casación 344/2004) ha admitido la impugnación indirecta de los planes urbanísticos basada en la manifiesta incompetencia del órgano que lo aprobó definitivamente, en el defecto de comunicación a la Administración del Estado, a pesar de las competencias que ostentaba sobre el ámbito a desarrollar, y en la falta de notificación de su tramitación, generadora de una indefensión material y real, a las que ahora añadimos, de atribuirle ese carácter formal que rechazamos, el incumplimiento de las reglas de competencia y procedimiento establecidas para una modificación del planeamiento que tenga por objeto una diferente zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes, incluida la simple permuta de superficie, cual ha sido el supuesto enjuiciado por la Sala de instancia, en el que ésta ha usado la potestad que le confiere el artículo 27.2 de la Ley de esta Jurisdicción por haberse impugnado

por los demandantes en la instancia los instrumentos y actos de ejecución de un concreto Plan Especial de Reforma Interior con fundamento en que éste llevó a cabo una alteración de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes sin ajustarse a las reglas de competencia y procedimiento establecidas para ello, razones todas que abundan en la improsperabilidad del séptimo y último motivo de casación aducido por la representación procesal del Ayuntamiento recurrente."

La STS 22.9.2010 (Recurso de Casación 1985/2009) nos permite destacar los siguientes aspectos:

- a) no es preciso citar en el escrito de interposición que se recurre la norma, pues en el recurso indirecto el objeto es el acto y la ilegalidad de la disposición es un motivo. Por eso no hay desviación procesal si en el escrito de interposición no se cita el plan impugnado indirectamente y si se argumenta ese recurso indirecto en la demanda.
- b) el recurrente directo puede luego recurrir indirectamente. La LJCA no restringe la legitimación.
- c) Debe existir una relación de causalidad entre el acto y la norma/plan recurrido indirectamente. Un ejemplo de la aplicación de este principio también lo podemos encontrar en la STSXG de 15.4.2010.
- d) Se flexibilizó este recurso con la LJCA 98 de manera que puede recurrirse indirectamente un plan primario con ocasión del recurso contra el plan que el desarrolla.

La doctrina distingue¹¹ entre el recurso indirecto completo, esto es, cuando el Tribunal competente para conocer de la disposición también lo es para conocer del acto; del recurso indirecto incompleto, cuando tiene que completarse con la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer de la disposición general impugnada. En este caso es codemandada la Administración autora de la disposición.

Si resulta anulado el plan tiene los mismos efectos que si se dirigiese un recurso directo, en relación con el acto de aplicación, el art. 126.4 LJCA establece que la sentencia a que resuelva la cuestión de ilegalidad no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal que formuló aquella.

¹¹ Por ejemplo, REBOLLO PUIG, M: "Impugnación de normas locales: ordenanzas y planes". Intervención en el Seminario de Derecho Local. Barcelona, 14 de abril de 2000. Accesible en <http://seminari.fmc.cat/ARXIU/autors99-00/03.doc>

2.6. INAPLICACIÓN DEL ART. 6 DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL (LOPJ)

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia en la sentencia número 1016/2010, de 14.10.10, dictada en el Recurso de apelación número 4130/2010, acaba de confirmar y aceptar la fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo¹², de 12 de noviembre de 2009 que ilustra el funcionamiento de esta técnica de control del planeamiento.

El objeto del recurso era la resolución desestimatoria de la certificación acreditativa del otorgamiento por silencio administrativo de una licencia en un determinado ámbito. El Tribunal Superior tiempo atrás, vigente la ley de jurisdicción del año 1956, había conocido de un recurso indirecto en el que se había alegado la nulidad de la ordenación de este ámbito. La Sala anuló el acto recurrido por apreciar que la ordenación era nula, pero como los efectos del recurso indirecto en la ley del 56 no afectaban al reglamento, la ordenación al amparo de la cual se había solicitado la licencia no había sido formalmente expulsada del ordenamiento jurídico. Pues bien, en esta sentencia se explica que:

“hay que tener en cuenta que aunque dicha disposición no haya sido formalmente anulada, con los correspondientes efectos ‘erga omnes’ ello no es óbice para apreciar que por una sentencia firme se ha considerado incurso la modificación de la ordenanza urbanística aplicable en desviación de poder, lo que implica que la misma está incurso en una causa de nulidad de pleno derecho. Por otra parte hay que recordar que el rango normativo de las disposiciones contenidas en el planeamiento urbanístico es el propio de las disposiciones reglamentarias. El hecho de que una disposición de este rango no haya sido expulsada del ordenamiento con efectos jurídicos ‘erga omnes’ a través del oportuno recurso directo no implica que el órgano judicial se vea vinculado necesariamente y en todo caso por el contenido de disposiciones de dicho rango, ya que la única vinculación absoluta es a las disposiciones de rango legal. Por tanto, en el caso de que un juez o tribunal considere que una disposición de rango no superior al reglamentario es contraria al ordenamiento jurídico en su conjunto, su obligación es inaplicarla, tal y como establece el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder judicial, que dispone que los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al prin-

¹² Ilmo Sr. Magistrado-Juez, D. Antonio Martínez Quintanar.

cipio de jerarquía normativa. En consecuencia, y ante una disposición de rango reglamentario que se considera nula por desviación de poder, lo que procede es su inaplicación al caso. La anulación es el remedio más eficaz frente a las disposiciones generales de rango inferior al legal, por su proyección 'erga omnes' y su virtualidad depuradora del ordenamiento, pero en su ausencia, la apreciación por un juez o tribunal de que la disposición general que se le invoca como fundamento de la pretensión está incurso en un vicio de nulidad, no puede ser obviada por el argumento formal de su vigencia, ya que de lo contrario se violentaría el principio de legalidad, que impone la aplicación del ordenamiento jurídico en su conjunto, y por tanto, exige la inaplicación de aquellas disposiciones de rango inferior al legal en las que se aprecie un vicio de nulidad, como es el caso."

3. PECULIARIDADES DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO CONTRA EL PLANEAMIENTO

3.1. TRAMITACIÓN, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

El procedimiento del recurso directo contra el planeamiento se caracteriza por su tramitación preferente al tratarse de una disposición administrativa general, tal y como dispone el art. 66 de la LJCA. La competencia para su conocimiento la tiene la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de justicia (art. 10 LJCA) y se tramitará como procedimiento ordinario. En el caso de que se trate de un recurso indirecto incompleto, sobre la nulidad de la disposición también conoce la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia con la tramitación de la cuestión de ilegalidad (123-126 LJCA).

3.2. LAS PARTES

3.2.1. Legitimación activa

La acción pública urbanística (Disp. ad. 4ª LOUGA, art. 4.f) TRLS08) se regula de una forma mucho más amplia que la medioambiental establecida en los arts. 3.3, 22 y 23 de la Ley 27/2006, de 18 julio, reguladora de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente e incorpora las Directivas 2003/4/ CE y 2003/35 CE, que la reservaba a asociaciones sin ánimo de lucro, en el campo de sus estatutos e inscritas con dos años de anterioridad al ejercicio de la acción. En cualquier caso también ampara la acción pública urbanística "a las decisiones

resultantes de los procedimientos de la evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución”.

La legitimación al amparo de este título es ampliísimamente reconocida por la jurisprudencia, con alguna matización:

- a) No se puede utilizar en nombre de terceros no presentados en el litigio: SSTSXG 15.11.2001, de 15.7.1999. En el mismo sentido la STS 21.3.2002:

“La acción pública en materia de urbanismo (artículo 235-1 del TRLS de 1976) no cubre la defensa de intereses privados de terceros, los cuales pueden tener interés precisamente en no intervenir en el procedimiento. En consecuencia, nadie puede suplantar a los auténticos interesados alegando indefensiones ajenas.”

- b) Tampoco es aceptable el abuso de derecho o su ejercicio antisocial, pero este principio general del Derecho es interpretado pro actione y hasta que se conozca el fondo del asunto, así resulta, de la STS 26.7.2006:

“no exige un ánimo altruista o benéfico... no resultaría abusivo su ejercicio si el eventual perjuicio que se derivara de un pronunciamiento estimatorio de la acción resulta coincidente con el interés público”.

Este amplio reconocimiento de la acción pública conduce a la existencia de un fenómeno conocido en muchos ayuntamientos, el “accionante profesional”¹³, no exento de sospechas que, junto con la utilización política de la denuncia urbanística, se plasman perfectamente en la Memoria del Ministerio Fiscal de 2007¹⁴.

¹³ Con carácter general, para poder alegar la excepción de extemporaneidad, es interesante que cuando se consulten los expedientes urbanísticos o se soliciten informaciones sobre estos, se deje constancia en el expediente urbanístico examinado de la fecha en que se toma conocimiento, para tener un plazo cierto desde el que poder realizar el cómputo de la firmeza del acto respecto de quien lo consulta.

¹⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO: *Memoria elevada al Gobierno de S.M. Presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Volumen I*. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2007, pp.454-455: «Por su parte, la Fiscalía de Pontevedra insiste especialmente en el carácter político de muchas denuncias en materia de urbanismo con la vista puesta en el año 2007 como año electoral., al señalar que ‘nos encontramos ante un año electoral y la materia urbanística es de las más utilizadas a los efectos políticos, habida cuenta la cantidad de normas en juego y la cantidad de incumplimientos que de las mismas se derivan’. También la Fiscalía de Zamora denuncia semejante situación al señalar que ‘en la época en que nos encontramos es frecuente que tanto particulares como los representantes de partidos políticos acudan a la Fiscalía para denunciar hechos presuntamente delictivos, acudiendo de inmediato a los medios de comunicación para poner de manifiesto la existencia de la denuncia...’. Ante tales casos, el Fiscal insiste en la obligación de ‘extremar el celo para distinguir aquellos supuestos con cierto fundamento, de las meras conjeturas plasmadas a modo de denuncia en un escrito’.

Cuando se trate de personas jurídicas recurrentes debe constar inequívocamente la voluntad social, que es bien distinto del poder para pleitos. De lo contrario podría apreciarse que concurre el supuesto de inadmisibilidad por falta de legitimación¹⁵ ad processum STS 29.7.2009.

En relación con la legitimación de los concejales, resulta de interés la STS 3.3.2010. En el caso estudiado por esta sentencia se le oponía al concejal que no constaba su voto en contra. El TS entiende que sí estaba legitimado pues constaba su oposición expresada con anterioridad y que no hubiese asistido a la sesión en que se había aprobado definitivamente el Estudio de Detalle impugnado. También es habitual que se formule si los concejales tienen un deber de abstención en las votaciones de los acuerdos de aprobación de los planes, por terrenos que resultan afectados, beneficiados etc.; en este sentido la jurisprudencia entiende que este deber de abstención no se puede afirmar con carácter general, pues en cuanto el plan general abarca a todo el municipio afecta inevitablemente a la totalidad de los vecinos (últimamente, la STS 14.2.2007), excepto en aquellos casos en que se trate de modificaciones puntuales que afecten a predios concretos (STS 5.12.2007).

3.2.2. LEGITIMACIÓN PASIVA

La Administración demandada es la que aprueba el plan. En el supuesto de impugnación del planeamiento general sucede que, como la que termina el procedimiento y la autora del acto de la aprobación definitiva es la Administración autonómica, la posición de demandada principal le corresponderá a esta y la Administración local actuará como codemandada.

En el recurso indirecto será al revés, pues el art. 24.1 LJCA establece que si el demandante fundase sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general se considerará parte demandada la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida.

También pueden comparecer como codemandados aquellos que tengan interés en que se mantenga el plan impugnado. Como es sabido, solo pueden actuar en esta posición los que tienen interés en defenderlo; cuando se presente

La Fiscalía de Pontevedra pone igualmente de manifiesto la existencia de 'profesionales' en la denuncia de temas urbanísticos señalando que 'Suele tratarse de personas informadas y con conocimientos técnicos en materia urbanísticas que interponen denuncias en el ámbito de competencia de esta Fiscalía con gran reiteración... deseamos expresar las dudas que nos ofrece la intencionalidad de sus autores y la finalidad perseguida con la actividad'. Se trata de la figura que en la propia memoria se denomina como 'pleitista urbanístico'.

¹⁵ Con carácter general, es necesario ejercer un mayor control en vía administrativa; si se admite la legitimación, es difícil que después se pueda oponer con éxito en vía contenciosa.

personalmente un interesado en la posición de codemandado que, en realidad, pretende su anulación, habrá que solicitar su separación. Aclaran la posición procesal de los codemandados numerosas sentencias. Ya en la STS de 14 de octubre de 1.991 se afirmaba que:

"... carece de toda duda que el comparecer como parte demandada cuando en realidad se sustentan pretensiones análogas a las del demandante supone un artificio... constituye un claro supuesto de fraude procesal... pues no es posible burlar mediante la caprichosa denominación de parte demandada las cargas y obligaciones que le corresponden como demandante".

También resulta de interés el Auto del TSXG de 18 de octubre de 2001 que en su fundamento jurídico primero explica:

"con independencia de que la nueva Ley de la Jurisdicción haya prescindido definitivamente del coadyuvante, nunca ha estado admitida la personación de parte alguna en concepto de coadyuvante del recurrente, lo cual no es exclusivo del orden jurisdiccional contencioso-administrativo pues ya en el civil rige el principio general de que la única petición que puede formular el demandado, salvo los casos de reconvención, es el de que desestime la demanda, ya que otra significaría admitir una nueva demanda después de la contestación, sin que la ley arbitre términos hábiles, salvo los siempre limitados de las conclusiones, para rebatir los nuevos argumentos, con total violación de los principios de preclusión y contradicción....".

Más recientemente, la STS de 22.2.2006, reprocha el fraude procesal consistente en comparecer como codemandado y desarrollar la posición de demandante, incumpliendo la carga de interponer el recurso y obviando el plazo legalmente establecido para recurrir.

3.2.3. Representación y defensa de la Administración municipal

El art. 24 LJCA remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas (Ley 52/97, de 27 de noviembre) y a las Leyes autonómicas¹⁶. El art. 551 LOPJ señala que les corresponderá a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de la Administración local (en sentido amplio), excepto que designen abogado colegiado. Por otra parte, el art. 129 de la LBRL regula la asesoría jurídica para las grandes ciudades.

¹⁶ Decreto 343/2003, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento orgánico de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia.

El art. 16 RD 997/2003, 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, prevé la suscripción de convenios de colaboración —con contraprestación— para que el abogado del Estado asuma la defensa de las Corporaciones locales.

Pero existe otra posibilidad más, al amparo de los arts. 36 LBRL y 30.6.b) del TRRL, se puede recurrir a los servicios jurídicos de las diputaciones provinciales.

A los letrados de las administraciones públicas les corresponde la representación y la defensa por Ley. Las menciones específicas en la LJCA en relación al abogado o representante de la Administración lo son al Abogado de los servicios jurídicos, no al contratado (v.gr. STS 7/4/2005, STS 8/2/2005). Por esa razón, si se acude a la contratación externa, habrá de tenerse en cuenta que será preciso acudir también a la representación a través de Procurador en el Tribunal Superior de Justicia, y en la Casación.

Serán de aplicación las normas de contratación del sector público, teniendo en cuenta que los honorarios de los abogados se liberaron y los baremos de los Colegios de Abogados son orientativos. En este caso y para evitar conflictos, habrá que tener en cuenta la aplicación del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, en prevención de posibles incompatibilidades.

3.3. OBJETO

3.3.1. Actividad impugnabile

A priori no presenta especiales dificultades: en el recurso directo será el plan impugnado, en el recurso indirecto será el acto de aplicación¹⁷. Pero a veces en la práctica se presentan supuestos problemáticos. Así es el caso de los recursos dirigidos contra la celebración del Pleno de la aprobación provisional del Plan. En este supuesto se debe oponer, por lo menos, que la aprobación provisional es un acto de trámite y que, además, el art. 85.11 es claro al establecer que los instrumentos de planeamiento son disposiciones generales frente a las que ni siquiera es posible recurrir de forma autónoma el acto de aprobación definitiva en la vía administrativa. Por otra parte, cualquier defecto en la tramitación puede ser alegado en el recurso directo que se interponga contra el Plan finalmente aprobado y publicado. En una reciente sentencia de 5 de febrero de 2009, el TSXG consideró que la competencia para conocer de un recurso contra la sesión del pleno en la que se acordó la aprobación provi-

¹⁷ Cabe pensar en otras hipótesis de actividad impugnabile que resulten de las aprobaciones por silencios administrativos de los planes generales.

sional corresponde a la Sala de lo Contencioso y no al Juzgado:

"teniendo en cuenta que se ve afectado acuerdo de aprobación provisional de instrumento de ordenación urbanística, sin que el concreto motivo en el que se pretende apoyar la impugnación desvirtúe las derivables consecuencias competenciales con la resultancia de lo previsto en los artículos 8.1 y 10.1a) de la Ley Jurisdiccional de 1998, lo que se traduce en una parcial estimación de la apelación".¹⁸

Por último, la jurisprudencia considera que es inadmisibles recurrir la aprobación provisional, inadmisibilidad fundamentada en la complejidad del procedimiento y en el hecho de que nunca puede causar indefensión esa aprobación provisional al ser siempre recurrible el acuerdo de aprobación definitiva del planeamiento. A los efectos de ejemplo se pueden citar las siguientes: STS de 1.2.2005:

"Estos dos motivos de casación no pueden prosperar, ya que es doctrina jurisprudencial consolidada, recogida también en las Sentencias de esta Sala citadas al articularlo, que la aprobación provisional de los instrumentos de planeamiento no es susceptible de recurso contencioso-administrativo por tratarse de un acto de mero trámite, al estar supeditada su eficacia a la aprobación definitiva, momento este ulterior en que pueden ser impugnados todos aquellos extremos y determinaciones contenidas en el planeamiento aprobado, incluso aquéllas que dependiesen exclusivamente de la autonomía municipal".

En igual sentido de 23.1.2004, 11.6.2002, 29.9.1999 etc. También la citada por la STSJ de la Comunitat Valenciana núm. 830/2005 de 5.6.2005):

"Quinto.- Así pues y conforme tiene declarado la Sala del Tribunal Supremo (Sentencia, entre otras, de 3 de enero de 2.001) el acuerdo de aprobación provisional de los instrumentos urbanísticos, al insertarse dentro de un procedimiento preparando la resolución final mediante la remisión del expediente al órgano competente para la aprobación definitiva constituye un acto de trámite que no resulta susceptible de recurso dado que no hace imposible ni suspende la continuación del procedimiento; justificándose tal

¹⁸ Al estar pendiente de resolución el fondo del asunto, sí que parece prudente prestar un especial cuidado y atención a las celebraciones de las sesiones plenarias relativas a la tramitación de los planes generales, en las que se suelen producir ciertos problemas de orden público y las tensiones entre el principio de la publicidad de las sesiones y la necesidad de salvaguardar la participación de los representantes democráticos en los asuntos públicos.

irrecorribilidad específicamente por la necesidad de impedir que un procedimiento ya de por sí complicado venga a convertirse en interminable con la interposición de recursos respecto de todos y cada uno de los actos iniciales o intermedios con la salvedad naturalmente de que se produzca una denegación de la aprobación provisional, pues entonces se impide la continuación del procedimiento, y tratándose en este caso de la impugnación de un acuerdo aprobatorio de un instrumento urbanístico al que específicamente se otorga carácter provisional, resulta procedente, de acuerdo con la expresada doctrina jurisprudencial y conforme a lo establecido en el artículo 69,c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estimar inadmisibile el presente recurso".

También puede suscitar dudas la posibilidad de que quepa recurrir autónomamente el resultado de la Evaluación Ambiental Estratégica. La respuesta debiera ser negativa, al estar regulada¹⁹ de forma que se tramita en el mismo procedimiento del plan y se incorpora su documentación, integrando el plan mismo y sirviendo a las decisiones que en él se adoptan. Los mismos fundamentos que llevaron a la jurisprudencia a inadmitir los recursos autónomos contra las Evaluaciones de Impacto ambiental concurren aquí, v.gr. SSTS 17.11.98, 13.11.98 o 13.11.2002 y 25.11.2002:

"Lo expuesto conduce a entender que nuestro Legislador optó por configurar la DIA como un acto administrativo que, no obstante su esencialidad, participa de la naturaleza jurídica propia de los actos de trámite, o no definitivos, pues su funcionalidad es la de integrarse en el procedimiento sustantivo, como parte de él, para que sea tomado en consideración en el acto que le ponga fin, el cual sin embargo no queda necesariamente determinado —ni en el sentido de la decisión, autorizatoria o denegatoria, ni en el del contenido de las condiciones de protección medioambiental— por la conclusión o juicio que en aquella se haya alcanzado. Su carácter instrumental o medial con respecto a la decisión final, y su eficacia jurídica, no permiten conceptuarla como una resolución definitiva, directamente impugnabile en sede jurisdiccional. (...)

(...) el control jurisdiccional directo de la DIA, no suscitado a través de la impugnación del acto final autorizatorio del proyecto, podría desenvolverse

¹⁹ Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, Ley 9/2006, de 28 de abril, y Ley gallega 6/2007, de 11 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia de Ordenación del Territorio y del Litoral de Galicia.

en vano, inútilmente, si tal acto final hubiera tenido un sentido denegatorio; o versar sobre unas hipotéticas ilegalidades que, sin embargo, hayan sido corregidas en la posterior actuación administrativa; o realizarse desde un prisma no necesario, si las condiciones medioambientales a las que en definitiva se sujetara el proyecto no fueran coincidentes con las que la DIA entendió que debían establecerse

(...) ni la indefensión, ni el perjuicio irreparable, se producen desde el momento en que los titulares de derechos e intereses legítimos lesionados con la Declaración de Impacto Ambiental van a tener oportunidad de defenderlos cuando se dicte el acto aprobatorio del proyecto de obras, produciéndose la reparación de los daños sufridos en el caso de que su pretensión anulatoria prosperase. No hay indefensión ni irreparabilidad de perjuicios, aunque se retrase la defensa y reparación al momento de ese acto posterior."

3.3.2. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda deben coincidir con el objeto del recurso, si no incurriría en desviación procesal. Ahora bien, esto no se produce en los supuestos de que se recurra un acto en el escrito de interposición y después se pretenda la anulación indirecta del plan del que es aplicación en la demanda, porque en el recurso indirecto el objeto es el acto y la ilegalidad de la disposición es un motivo (STS 29.9.2010)

Las pretensiones anulatorias pueden ir dirigidas contra la totalidad del plan, o contra una concreta ordenación o determinación del plan. Pero en cualquier caso debieran ser concretas, debe presentarse resistencia a genéricas y abstractas pretensiones de consecuencias imprevisibles²⁰.

Tampoco son admisibles las pretensiones en que se solicita una concreta ordenación del plan, ya que la LJCA impide que la sentencia anulatoria pueda decidir la forma de la redacción de sus determinaciones excepto los supuestos reglados derivados de la legislación urbanística (v.gr. clases regladas del suelo).

Por último, ya señalamos con anterioridad que es posible pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada en los términos del art. 31.3.

3.3.3. Exigencias de congruencia

Las exigencias de congruencia y también del principio de contradicción se

²⁰ Pretensiones que suplican también la nulidad de "cuantas disposiciones y actos se deriven del plan recurrido".

plasman en la LJCA en el art. 33.2 que permiten al juez que a través de una providencia irrecurrible someta a audiencia de las partes, por plazo de diez días, nuevos motivos para fundar el recurso o su oposición, con suspensión del plazo para pronunciar fallo. Y, en el art. 65.2 que le permite también a través de una providencia igualmente irrecurrible y otorgándole el mismo plazo de audiencia, someterles a las partes nuevos motivos que entienda que deben ser tratados en la vista o en las conclusiones.

En concreto, y por lo que aquí interesa, cuando se trata de disposiciones generales, como es el caso de los instrumentos de planeamiento, prevé el art. 33.3 LJCA que esto mismo se observará si el órgano judicial aprecia que el enjuiciamiento debe ser extendido a otros preceptos de la disposición general impugnada por razones de conexión o consecuencia de los preceptos recurridos.

3.4. ACUMULACIÓN

Se regula en los arts. 34-39 LJCA, que se ocupan de la acumulación, de la ampliación del recurso y del supuesto conocido como casos testimonio. En relación con el planeamiento general, es de interés destacar que cuando lo que se pretende es la anulación total del plan y se ha producido una aprobación parcial definitiva y más tarde otra posterior aprobación definitiva, pesa sobre el recurrente la carga de ampliar el recurso a esta última.

En cuanto a los casos testimonio, consiste esta técnica en que el órgano judicial, previa audiencia de las partes, puede tramitar uno o varios recursos con carácter preferente quedando los demás en suspenso. Una vez que se dicte resolución en los tramitados, se les someterá a las partes el resuelto para que en los pleitos que quedaron en suspenso soliciten la extensión de efectos de la resolución judicial o el desistimiento según proceda: aprobaciones definitivas parciales (art. 36). Se regulan los conocidos como casos testimonio en el art. 37 de la LJCA.

En cualquier caso y aunque no se utilice ninguno de los mecanismos previstos en estos preceptos, debe tenerse en cuenta que los primeros recursos determinarán en gran medida la resolución de los posteriores, ya que el órgano judicial procurará evitar contradicciones. Esto debe tenerse en cuenta por la defensa municipal debiendo poner un especial empeño desde las primeras demandas, teniendo en cuenta que en muchos de los casos la tramitación preferente de esta clase de recursos tiene como primer efecto la simultaneidad del traslado de las demandas para su contestación en el plazo de los veinte días previsto.

3.5. CUANTÍA

La cuantía tiene relevancia para la determinación de las costas, la procedencia de recursos y la cuantificación de los honorarios. En cuanto a los recursos, nuevamente la naturaleza de disposición normativa de los planes determina que siempre tengan abierto el recurso de casación cuando se invoque Derecho estatal y siempre y cuando fuese oportunamente alegado en la instancia.

Cando de disposiciones generales se trata, como es el caso del planeamiento, el art. 42.2 de la LJCA es claro al establecer la regla de determinación de la cuantía como indeterminada.

3.6. ESCRITO DE INTERPOSICIÓN

El art. 45.5 LJCA prevé para los recursos dirigidos contra disposiciones generales, como es el caso que analizamos, que se puedan iniciar directamente por demanda, siempre y cuando no existan terceros interesados. Esta posibilidad en general tiene poca aplicación, pues esto significa elaborar la demanda sin expediente, aunque el art. 53 LJCA prevé para estos supuestos la apertura de un plazo de diez días para formular alegaciones complementarias una vez que el expediente se remita.

Como es sabido, el escrito de interposición fija el objeto del recurso con el que deberán coincidir las pretensiones de la demanda y, como ya fue explicado en el recurso indirecto, no es preciso advertir en el escrito de interposición que la anulación del acto recorrido se va a fundar en la nulidad del plan del que es aplicación.

Por lo que respecta a las personas jurídicas, deben acompañar la documentación que acredite su legitimación *ad processum*.

También es este escrito oportuno para solicitar las medidas cautelares a las que nos referimos al final (aunque también pueden ser solicitadas en la demanda), y para solicitar el anuncio de la interposición del recurso. En este último caso correrá el recurrente con el coste de la inserción de tal anuncio.

3.7. PLAZO

De acuerdo con lo establecido en el art. 46 de la LJCA, el plazo de interposición es de dos meses desde la publicación. La cuestión que se suscitó es si este plazo comienza a computar desde la publicación del acuerdo autonómico en el Diario Oficial de la Comunidad o desde la publicación de las ordenanzas en el Boletín Oficial de la Provincia; según la jurisprudencia del TS y del TSXG no cabe duda que es desde la publicación de la normativa del Plan en el Boletín Oficial de la Provincia.

En relación con los concejales, cuando se trate de instrumentos en que la competencia de aprobación definitiva corresponda al Ayuntamiento, debería entenderse al igual que en cualquier otro supuesto de acuerdo, que el plazo comienza a computar desde la fecha de la sesión porque "es evidente que conocen perfectamente desde tiempo atrás el exacto contenido del acto por haber formado la voluntad del órgano colegiado aunque fuere emitiendo el voto en contra" excepto que en la notificación del acta se aporte información errónea (STS 3.7.2006).

En el caso de requerimiento entre administraciones el plazo comenzará a computar desde el día siguiente a la desestimación expresa o desde el siguiente a aquel en que se entienda presuntamente desestimado (46.6).

En lo que atañe al recurso indirecto, queda claro que cada vez que se produzca un acto de aplicación de la norma, será en los plazos ordinarios que procedan contra el acto del que se trate (dos meses desde la notificación).

3.8. LA REMISIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

(ARTS. 47-50, 38, 55 DE LA LJCA)

3.8.1. Emplazamiento y personamiento de la Administración autora de la disposición.

La Administración autora de la disposición se entiende emplazada con la reclamación del expediente y se considerará personada cuando lo remita.

Cuando la disposición recurrida es un Plan General, la primera cuestión que se formula es a quién corresponde remitir el expediente. En este caso, el acto objeto de recurso es la Orden de la Consellería competente en materia de Urbanismo por la que se da la aprobación definitiva al Plan General. Por tanto, el documento definitivamente aprobado por la Xunta de Galicia, así como el expediente del que trae causa, en aras de la seguridad jurídica, solo podrá ser aportado a los autos por la Consellería de la que emana la aprobación definitiva objeto del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.1 al disponer que "el expediente se reclamará al órgano autor de la disposición o acto impugnado".

Si se le pidiese el expediente al Ayuntamiento, este deberá recurrir este requerimiento por entender que le corresponde a la Administración autonómica. En el impensable supuesto de que, aun así, el órgano judicial insistiese y desestimase el recurso, deberá remitirse la copia del expediente y de la documentación técnica del Plan General que esté diligenciada también por la Consellería competente.

Cando se trate de un instrumento de competencia íntegramente municipal, puede ser útil recordar la posibilidad prevista en la propia LJCA de que el expediente sea común en los recursos que se diriman ante el mismo tribunal

(no puede ser así, cuando sobre un mismo expediente conozcan distintos órganos judiciales).

La falta de remisión del expediente en el plazo requerido puede llegar a ser intimado con multas coercitivas recurribles en súplica y después de la tercera se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, todo lo cual siguiendo el procedimiento, con la cuantía y plazos regulados en el apartado 7 y ss. del art. 48 LJCA.

Desde otro punto de vista, debe tenerse en cuenta que la STSXG de 17.4.2008 acaba de anular un planeamiento general por falta de coincidencia de la documentación expuesta al público con la inicialmente aprobada. Y este caso pone de manifiesto la importancia que cobran los actos de diligenciamiento del expediente y documentación del plan. No se puede ocultar que la documentación que integra el plan, así como el expediente de su tramitación, conforman un expediente complejo y voluminosísimo, en que se suceden diferentes redacciones, muchas veces con muy pequeñas variaciones y con una apariencia muy similar. Para facilitar las tareas materiales de diligenciamiento y manejo, podría exigirse en los pliegos de prescripciones redactados para la contratación del equipo, una maquetación sustancialmente diferente para las distintas versiones del planeamiento, o marcas nítidas que diferencien con claridad la documentación del plan que resulta aprobada en cada una de las fases del procedimiento de elaboración y tramitación del plan.

También puede ser relevante para operar con la debida seguridad jurídica, manejar siempre las copias del plan diligenciadas también por la Administración autonómica. Y se le debe indicar al defensor de la Administración que la documentación del plan que deba aportar a su contestación a la demanda para fundar e ilustrar sus argumentos, debe ser siempre copiada del expediente que haya sido remitido a los autos por la Administración autonómica.

Una elemental medida precautoria consiste en exigir que el letrado contratado por la Corporación para la defensa del plan, dé traslado de copia de la demanda a los servicios municipales para que ya desde el primer momento realicen las comprobaciones más elementales respecto de los reproches que el recurrente realice sobre el plan aprobado y su tramitación. Conocer las disfunciones que pueda poner de manifiesto lo contrario en este momento inicial, ofrece un buen margen de tiempo para comprobar, solucionar o explicar los errores que se puedan poner de manifiesto.

En cuanto al expediente, este deberá ir cosido, indexado y foliado. Aunque se prevé la remisión del original, lo más prudente es remitir una copia debidamente diligenciada. En cualquier caso, cualquiera de las partes podrá

pedir que se complete con suspensión del plazo para redactar la demanda o la contestación según sea el caso, tal y como prevé el art. 55 LJCA. Todo esto sin perjuicio de que los expedientes de estas características son remitidos, normalmente, en soporte informático.

3.8.2. Indicación de recursos conexos

El art. 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, obliga a poner en conocimiento del órgano judicial la existencia de otros procedimientos entre los que puedan concurrir las circunstancias de acumulación cuando se remita el expediente. La finalidad de este precepto es la de evitar contradicciones procurando una mayor seguridad jurídica. A la propia Administración le interesa para este mismo fin tener igual control sobre los recursos que penden en relación con el mismo expediente. Por esta razón, cada vez que un órgano judicial reclame el expediente administrativo o la remisión de documentación que fuese admitida como prueba en un procedimiento, deberá unirse al expediente al que se refiere el oficio o requerimiento judicial, para que cuando llegue el siguiente oficio judicial al examinar el expediente se pueda comprobar y comunicar al órgano judicial la existencia de un previo recurso sobre ese mismo procedimiento o relacionado con él.

Las conexiones que se descubran entre diferentes expedientes también podrán ser comunicadas en la contestación a la demanda si no fuese posible identificarlos antes o resultasen circunstancias de relación entre ellos como consecuencia del contenido de la demanda que se contesta.

3.8.3. Emplazamientos

El art. 49 de la LJCA le ordena a la Administración autora del acto emplazar a los interesados. Asimismo deberá remitir la justificación de estos emplazamientos cuando se remita el expediente, junto con los justificantes de los que se enviaron. Con posterioridad se remitirán los justificantes de recepción de los emplazamientos y se comunicará la identificación de aquellos a los que no les fue posible notificar los emplazamientos para que se proceda a su publicación por el órgano judicial.

Deben ser emplazados los que tengan interés en defender la actividad impugnada; si comparece algún interesado en atacarla, entonces habrá que solicitar su separación del recurso, tal y como antes se indicó.

En los recursos contra el Plan General la Administración municipal es demandada y será emplazada por la Administración autonómica. Por ello, la defensa municipal cuando conteste a la demanda podrá indicar los interesados en defender la ordenación impugnada para que sean llamados al pleito. De

este modo, más que evitar la nulidad de actuaciones, porque normalmente al tratarse de una disposición general el anuncio de interposición del recurso será publicado²¹, se ampliará el abanico de argumentos de defensa y también puede ayudar a ilustrar el interés o apoyo social al plan o la motivación de la ordenación. Así, la Administración municipal puede conocer y llamar al pleito a aquellos que estén interesados en el mantenimiento del plan atacado: por ejemplo, si se trata de un ámbito en el que ya está en constitución o constituida la junta de compensación, si hay asociaciones sin ánimo de lucro de defensa sectorial, asociaciones vecinales etc... Esto debe indicarse en la contestación a la demanda, o con anterioridad si el escrito de interposición suministra datos que permitan conocer a los posibles interesados con anterioridad.

3.8.4. Anuncio de la interposición

A este mismo fin de evitar la indefensión de posibles interesados en que se mantenga la actividad impugnada, en este caso un planeamiento, responde la previsión de la publicación del anuncio de la interposición. La LJCA prevé en su art. 47 que lo solicite el recurrente que en este caso asumirá el coste del anuncio, que lo decida el Secretario judicial por estimarlo conveniente (normalmente lo acordará cuando se trate de un plan o de una disposición general). Este anuncio debe publicarse necesariamente cuando se inicie el recurso por demanda. Por último, el art. 49.4 de la LJCA, prevé la publicación del emplazamiento por edictos cuando no fuese posible notificar algún emplazamiento.

3.8.5. Plazo para presentarse

Como ya se indicó, cuando se trata de un plan general, los Ayuntamientos ocupan la posición en la relación jurídico procesal de codemandados, por lo que habrá que tener muy en cuenta que deberá presentarse en los diez días concedidos para el efecto, porque fuera de ese plazo decae su derecho a los trámites precluidos (Art. 50.3LJCA).

3.9. FASES DE DEMANDA Y CONTESTACIÓN

3.9.1. La demanda y la preparación de la contestación

La demanda se regula en el art. 52 y en el 53 LJCA para los supuestos de formulación de demanda sin remisión del expediente junto con las alegaciones complementarias, y a estos preceptos nos remitimos; de la contestación a la

²¹ También es obligatorio publicar el anuncio en los recursos que se inician por demanda según resulta del art. 47.2 LJCA.

demanda se ocupa el art. 54 de la LJCA. Presentada la demanda, las partes demandadas tendrán también veinte días para contestarla, primero la Administración demandada y la continuación los codemandados.

La demanda permitirá conocer los hechos, fundamentos y concretas pretensiones ejercitadas por la parte recurrente. Antes de que comience a contar el plazo de veinte días para contestar la demanda, se les dará traslado a las partes del escrito de la demanda por el servicio común y, además, contestará en primer lugar la principal demandada, que en los pleitos contra el planeamiento general será la Administración autonómica, por lo que este tiempo que transcurre entre que el Ayuntamiento conoce la demanda hasta que la tiene que contestar, es muy valioso para comenzar con las labores de defensa y puede utilizarse, por ejemplo, para:

- a) Comprobar los contenidos del planeamiento impugnado. Pueden detectarse errores. En este caso, antes de emprender una corrección de errores hay que recordar que la jurisprudencia es muy rigurosa y da una interpretación muy restrictiva de este mecanismo excepcional, por lo que la seguridad jurídica recomienda, si es el caso, aguardar un tiempo prudencial de comprobación del texto del plan y tramitar todos aquellos que se vayan detectando, mejor con el procedimiento más exigente de la modificación del planeamiento. Resulta de interés la STS de 29.5.2009²², entre otras. Revisar el plan recientemente

²² STS 29.5.2009, F. J. 9º: *“Tal y como reconoce el Ayuntamiento de Barcelona en su escrito de oposición al recurso, no era factible corregir directamente la calificación urbanística de la finca por la vía del artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es decir, sin tramitar el procedimiento administrativo establecido para la modificación de los planes, porque en este concreto caso dicha corrección requería de una previa valoración técnica y jurídica, altera significativamente el uso urbanístico asignado a la finca en cuestión y es susceptible de afectar a terceros interesados.*

Tampoco podía el recurrente solicitar la revisión de oficio del Plan General, pues aunque la referida calificación pudiera ser constitutiva de nulidad de pleno derecho, el artículo 102 de la misma Ley no reconoce una acción de nulidad que permita a los particulares exigir la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general, como así concluimos, entre otras, en nuestras sentencias de 28 de diciembre y 12 de julio de 2006 (casación 4836/2003 y 2285/2003).

Consecuentemente: la solución instada por la Comunidad de vecinos recurrente —modificación puntual del Plan General— semeja la más idónea para solucionar el problema planteado, ofreciendo más seguridad jurídica, así como mayores garantías para los posibles terceros afectados, al conllevar, entre otros trámites, un período de información pública. La corrección del error constituye así mismo una causa de interés público más que suficiente para justificar la incoación del procedimiento de la referida modificación puntual. El Ayuntamiento de Barcelona debió responder expresamente en su día a la citada solicitud de la Comunidad de vecinos recurrente, bien justificando la inexistencia del error denunciado, bien incoando y tramitando el correspondiente procedimiento de modificación puntual del Plan en la forma legalmente establecida. Lo que no pudo hacer es denegar de plano y sin mayores consideraciones la petición formulada, por la vía del silencio administrativo.

En definitiva, habiéndose demostrado en este litigio, la concurrencia del referido error en la calificación de la parcela sita en el nº NUM000 de la DIRECCION000 de Barcelona, y determinado el procedimiento adecuado para su corrección, procede estimar el recurso de casación, casando y

aprobado también permitirá, si fuese el caso, depurar las responsabilidades del equipo redactor de conformidad con la legislación de contratos del sector público.

- b) El escrito de demanda ya contiene los datos precisos para comenzar a recopilar toda la motivación del plan para el ámbito recurrido. Esta motivación estará en las memorias del plan (memoria y, si fuese el caso, la memoria de la ordenación concreta); pero no solo, además de la propia ficha, suministran valiosos datos las diagnosis del estudio ambiental, los planos de las redes de servicios, el estudio económico etc. También puede ser de gran utilidad recopilar todos los informes sectoriales emitidos a lo largo del procedimiento urbanístico, así como los informes técnicos y jurídicos de los servicios municipales. Eso sí, una vez localizada esta documentación, se deberá imprimir (si estuviese en soporte informático) o fotocopiar del expediente que obra en autos. Además de por la seguridad que esto acarrea, porque irán con la numeración de folio que le permitirá al Tribunal una rápida comprobación en su expediente.
- c) Es importante comprobar las alegaciones formuladas por los recurrentes o vecinos del ámbito y la respuesta que recibieron. Para facilitar esta labor es necesario que las exigencias para llevar a cabo los complicados períodos de información pública a que obliga el procedimiento de aprobación del planeamiento, así como los requisitos de la base de datos en la que deben quedar registradas las alegaciones y los informes a estas, consten bien reflejadas en el pliego de prescripciones que rija la contratación de un equipo redactor del planeamiento. También en este caso, por las razones apuntadas, se deberán aportar al escrito de contestación las copias de las alegaciones e informes que sean relevantes para la solución del pleito del expediente que obre en el recurso.
- d) También es de utilidad comprobar la ordenación prevista en el planeamiento precedente y en los anteriores. Y, si fuese el caso, si ha habido o no instrumentos de gestión y ejecución. Además de lo anterior, puede ser útil que se recaden y documenten antecedentes relevantes o expedientes que puedan tener relación con el asunto.
- e) Comprobar la existencia de posibles afectados que deban ser llamados al recurso por tener interés en el mantenimiento de la ordenación del plan recurrido y, por lo tanto en su defensa, con el fin de indicárselo a la

anulando la sentencia impugnada, y estimar el recurso contencioso administrativo, condenándose al Ayuntamiento de Barcelona a incoar y tramitar el correspondiente procedimiento de modificación puntual del Plan General Metropolitano para subsanar el citado error.”

Sala y emplazarlos evitando su indefensión.

- f) Recadar la existencia de estudios técnicos o informes relacionados con los terrenos o partes del territorio afectadas que ayuden a comprender y explicar las ordenaciones impugnadas, así como cualquier otra fuente de información o documentación que pueda tener interés.

3.9.2. Alegaciones de inadmisibilidad

Se pueden oponer las causas de inadmisión del recurso en la contestación a la demanda o, previamente, en los cinco primeros días del plazo para la contestación. En este caso se suspende el plazo para contestar, se les dará traslado a las partes y se resolverá mediante Auto. Si se resuelve la inadmisión, este Auto es recurrible. Si se admite la demanda, el Auto es irrecurrible, pero pueden reiterarse las alegaciones de inadmisibilidad en la contestación a la demanda que se deberá presentar en el plazo que reste.

Las causas de inadmisibilidad se regulan en los arts. 28, 58 y 69²³ LJCA, además de las que obedecen a una construcción jurisprudencial como la desviación procesal o la desaparición sobrevenida del objeto del recurso (en este caso se trata más bien de otra forma de terminación del recurso contencioso). En los supuestos del art. 69 LJCA el recurso se resolverá por sentencia. La declaración de inadmisibilidad es una forma de terminación que complace las exigencias de la tutela judicial efectiva y despliega los efectos propios de la cosa juzgada.

3.9.3. Parecer razonado del defensor de la Administración

Establece el art. 54.2 que "si el defensor de la Administración demandada estima que la disposición o actuación recurrida pudiera no ajustarse a Derecho, podrá solicitar la suspensión del procedimiento por un plazo de 20 días para comunicar su parecer razonado a aquélla. El Secretario judicial, previa audiencia del demandante acordará lo procedente". Redacción de L.13/2009, de 3/11 de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva oficina judicial. Antes acababa en "podrá solicitar la suspensión", de manera que se entendía que era una facultad del letrado de la Administración que la producía automáticamente. No se preveía la audiencia del demandante ni la ulterior resolución. Esta le corresponde a la secretaría judicial a par-

²³ Cuando se trate de actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no ser recurridos en tiempo y forma, la falta de jurisdicción/competencia, la extemporaneidad, la falta de legitimación, representación, persona incapaz; dirigirse contra actividad no susceptible de recurso, la concurrencia de cosa juzgada/litispendencia, o por haberse desestimado asuntos sustancialmente iguales. En caso de que la revisión reproduzca una ordenación de un plan anterior, cabe cuestionarse si se podrá oponer que se trata de una disposición firme y consentida.

tir del reforzamiento de las competencias de esta función que operó la Ley. En el caso de planeamiento el empleo de este mecanismo no parece imaginable.

3.9.4. Especialidad del art. 54.4 LJCA, peculiaridad de las entidades locales

Cuando la Administración demandada fuese una entidad local y no se presentase en el procedimiento pese a ser emplazada, se le dará no obstante traslado de la demanda para que en el plazo de veinte días, pueda designar representante en juicio o comunicar al órgano judicial por escrito los fundamentos por los que estimase improcedente la pretensión del actor. Este precepto es una reminiscencia de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956. Si la Administración no comparece es que no remitió el expediente y por tanto procede la puesta en marcha de los mecanismos previstos en el art. 48.7 LJCA.

Así y todo, no se puede desechar su utilidad para emplear esta oportunidad en manifestar el parecer de la Administración municipal en los Procedimientos Abreviados de escasa cuantía y relevancia. En este tipo de procedimientos regulados en el art. 78 de la LJCA, se da traslado de la demanda cuando se requiere el expediente. El juego del art. 54.4 podría ser aprovechado para que al remitir el expediente la propia Administración municipal se oponga a la demanda, efectuando una verdadera contestación a la demanda.

3.9.5. Aportación de documentos

Con carácter general, la prueba documental y pericial de parte deberá ser aportada con la demanda y contestación o, cuando menos, indicar dónde se encuentra la documental de la que se va a hacer uso con la consiguiente explicación de por qué no pueden ser aportados a estos escritos procesales (art. 56.3 LJCA).

Debe recalarse, una vez más, que las remisiones genéricas al expediente administrativo son insuficientes para ilustrar al órgano judicial, sobre todo cuando se trata de expedientes tan voluminosos, por esto se insistió antes en la oportunidad de aportar las copias justificativas y en defensa de la postura municipal del propio expediente que obre en autos y, copias en las que, de todos modos, debe constar el número de folio.

Lo antedicho sin perjuicio de que, como señala ORDOÑEZ SOLÍS²⁴, "a pesar de la inveterada práctica forense, es preciso subrayar que el expediente administrativo no es necesario que sea recibido a prueba porque, en realidad, forma parte de las mismas actuaciones judiciales. El Tribunal Supremo al pronunciarse sobre el no recibimiento a prueba en instancia y sobre la reproducción de los documentos que obraban en el expediente administrativo ha puntualizado

²⁴ ORDOÑEZ SOLÍS, D.: *La prueba en el contencioso-administrativo*. Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 56-57.

en su sentencia de 20 de noviembre de 2005: 'el expediente administrativo, una vez remitido por la Administración, no precisa solicitarse como documental, pues se incorpora necesariamente al proceso'".

La insistencia de aportar copia de determinados documentos que figuran en el expediente y que sean relevantes para la resolución del pleito y que las copias lo sean precisamente del que obra en autos, es para facilitar la labor judicial al permitir encontrar ya unida a la contestación la documentación de relevancia y comprobar de forma rápida su correspondencia con la numeración del expediente que obra en autos, si fuera preciso.

3.10. LA PRUEBA

3.10.1. Relevancia y principios

Como antes se dijo, el escenario del contencioso-administrativo cambió en los últimos años, de manera que se ha producido una transición de un debate fundamentalmente jurídico a un procedimiento que procura conocer y descubrir los hechos y los criterios técnicos relevantes que subyacen a la actuación impugnada. El argumentario jurídico, la presunción de la legalidad y el expediente caracterizaban al contencioso. En la actualidad la defensa de la motivación, la explicación de las razones, la prueba de los hechos y, sobre todo, las pruebas de naturaleza técnica son las que determinarán el sentido de la decisión que finalmente se adopte.

Sin entrar en profundidades, la carga de la prueba es una facultad que es menester ejercer para obtener un interés, de manera que las consecuencias de no asumirla lo serán para aquella de las partes que tuviese la carga de probar²⁵. En el campo de lo contencioso-administrativo podría pensarse que la presunción de legalidad de la actuación administrativa se traduce en que la carga de probar le corresponde al recurrente, pero esto no es así. Otramente, en orden a alcanzar ese principio de igualdad efectiva de las partes en el proceso, la jurisprudencia viene interpretando muchas de las veces que le corresponde la carga de probar a la Administración por tener esta una "mayor facilidad probatoria", como una manifestación del principio de buena fe procesal.

²⁵ Con la reciente modificación de la LJCA se introduce un artículo que establece la inversión de la carga de la prueba en supuestos en que se alegue la discriminación de la mujer: esto podemos ponerlo en relación con el art.10.1.c) del TRLS08, aunque se debe confesar que no se logra imaginar este supuesto, lo cierto es que este precepto señala como criterio básico de utilización del suelo un deber de las administraciones públicas de "atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente".

En definitiva, la jurisprudencia va igualando la posición de las partes y controla la actividad administrativa profundizando y analizando bien a fondo las entrañas de la decisión administrativa adoptada y desde una perspectiva de garantía de los derechos ciudadanos. En este contexto, es preciso que la Administración reflexione sobre su estrategia jurídica, que agote las pruebas propias, comenzando por una buena formación del expediente administrativo en que efectivamente se encuentre de forma ordenada la expresión documental de la motivación de la decisión adoptada, y realice las oportunas comprobaciones en cuanto se le reclama el dicho expediente. Se hace así imprescindible explicar las razones de fondo sobre la decisión o norma recurrida y también explicar lo gestionado en vía administrativa mediante los oportunos informes técnicos.

En el campo del urbanismo en general, es necesario emplear todos los medios técnicos en la defensa del trabajo municipal desarrollado, aunque sea para minimizar la cantidad y costo de los fracasos judiciales y de las responsabilidades de su personal. Estos medios normalmente serán medios técnicos y, en la mayor parte de las veces, será suficiente con que los técnicos especialistas de la Administración expliquen los criterios seguidos en su actuación. Esto también les será de utilidad y a partir de lo resuelto en la sentencia podrán trabajar con mucha mayor seguridad jurídica, abandonado el criterio sostenido si la sentencia es estimatoria, y manteniendo y continuando con su aplicación pero contando ahora con respaldo en una resolución judicial²⁶.

Respecto del planeamiento general, en concreto, hay que tener muy presente que la jurisprudencia le concede una extraordinaria relevancia a todos y cada uno de los documentos técnicos del plan y refuerza también su carácter multidisciplinar al plasmarse en sus sentencias un control que abarque desde la racionalidad de las previsiones de crecimiento hasta el estudio económico, pasando por la documentación ambiental del plan y los impactos paisajísticos o la defensa del patrimonio histórico, y afirmando el carácter reglado de cada vez más determinaciones del plan. De ahí que la necesidad de practicar prueba a través de distintos medios periciales, gráficos y técnicos va a ser ineludible.

Dado que, en muchas ocasiones, el Ayuntamiento no va a disponer de sociólogos, arqueólogos, economistas, expertos paisajistas etc., debe recogerse en el pliego de contratación para la selección del equipo redactor un recordatorio claro de los principios profesionales y de lealtad contractual en el sentido de que responden de la autoría técnica e intelectual de la documentación integrante del plan. Esto es: que

²⁶ Es de justicia destacar que, más allá de los casos concretos, la labor de los juzgados de lo Contencioso en la mejora de la calidad de la actuación de la Administración municipal es uno de sus efectos más beneficiosos, suministrando muchas veces fundados criterios que les confieren mayor seguridad a los funcionarios que sirven en ella y mayores garantías a los vecinos.

tendrán que explicarla, ratificarla y responder de su autoría y de la calidad de su labor en futuros contenciosos, debiendo ser llamados al proceso como testimonial-pericial, simplemente para ratificar y responsabilizarse de la corrección de su trabajo técnico, y esto sin perjuicio de que pueda resultar conveniente aportar un informe técnico escrito sobre el que después pedir aclaraciones, como pericial. En este caso, si se trata de la elaboración de un nuevo informe, resultará más complicado tenerlo previsto en el pliego de cláusulas contractuales pero, en cualquier caso, se propone una reflexión sobre esta cuestión, hoy en día fundamental dada la creciente litigiosidad y, sobre todo, en materia urbanística, y el alto coste de los informes periciales externos.

El personal de la Administración municipal conoce perfectamente su territorio, debe saber manejar el documento y ser el sujeto que tenga el conocimiento más profundo del plan; conoce la tramitación y los informes que hay en el procedimiento; conoce la realidad física que además es fácilmente acreditable a través de fotografías aéreas que, hoy en día, están accesibles en la red; conoce los motivos de las ordenaciones, los antecedentes y el planeamiento anterior; si las edificaciones son nuevas, disponen o no de licencia, o si son espontáneas resultado de un desarrollo urbanístico desordenado u ordenado; conoce la realidad preexistente al planeamiento y también la ordenación conjunta y contigua del suelo al recorrido etc. Por tanto, la defensa del plan va a pasar ineludiblemente por el esfuerzo de los servicios municipales del Ayuntamiento implicado.

Aportar documentación gráfica que permita conocer la realidad física enjuiciada y expresar la justificación de la decisión de planeamiento ayudará a hacer jurídicamente aceptable la decisión urbanística adoptada.

3.10.2. La solicitud de apertura del período probatorio

Las reglas que rigen la prueba respecto del procedimiento contencioso-administrativo son claras al establecer que debe señalar la parte recurrente los puntos de hecho sobre los que debe versar la prueba art. 60.2. LJCA. Es preciso subrayar que no se trata de señalar medios de prueba, sino de hechos. Que la prueba se practica sobre hechos también es una obviedad que recoge el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁷ (en adelante LEC). Para practicar prueba el actor tiene que señalar en tiempo y forma los hechos ordenados sobre los que practicarla en la demanda y como prevé el artículo 60.1 de la LJCA. O, en segundo lugar, señalar aquellos hechos nuevos que resultasen controvertidos de la contestación de la demanda a través del escrito de petición de

²⁷ “La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener del proceso”

recibimiento a prueba del recurso previsto en el artículo 60.2 de la LJCA. También se puede pedir en el escrito de alegaciones complementarias. La Administración solicitará la apertura del mismo modo, indicando puntos de hecho, en la contestación a la demanda.

La ley prevé la posibilidad de que se declare concluso el procedimiento sin más trámites y, por lo tanto sin abrir el período de prueba. La ley faculta al órgano judicial a que acuerde diligencias de prueba, si ya se practicó el trámite de vista o conclusiones, con la posterior apertura de un trámite de audiencia a las partes. Este es un aspecto en que parte de la doctrina destaca la existencia de una de las más notables diferencias entre el proceso contencioso y el ordinario civil en que se suprimieron las diligencias para mejor proveer, la vigencia del art. 61.1 de la LJCA se explica por la especial función del juez del contencioso que está sometido a principios de interés general y de legalidad y despegado en mayor medida del principio dispositivo²⁸.

En cualquier caso, si una parte solicita la práctica de prueba y la otra no, rige el principio de que abierta la prueba para una parte, se abre para todas las partes del proceso.

3.10.3. Proposición de medios de prueba

Declarada la apertura del período probatorio, las partes indicarán los medios de prueba de los que pretendan valerse a través de los escritos de proposición de prueba. Habrá que tener en cuenta que el plazo de proposición es común: el demandado no puede proponer prueba aguardando a ver la que propone el demandante y que no se puede aportar documentación más allá de la demanda y contestación (art.56).

Como ya señalamos antes, es práctica habitual señalar el expediente como prueba documental; si no se aportó con la contestación a la demanda copia de alguno de los documentos de interés para la defensa, se puede señalar o resaltar su importancia indicando los folios en los que obran, junto con la de los documentos aportados con la contestación a la demanda.

Son excepciones comunes para demandantes y demandados al límite de aportación de documentos en los escritos de demanda y contestación los siguientes:

- Documentos de fecha posterior a la demanda o a la contestación, o cuando se justifique conocerlos con posterioridad (270 LEC).
- Aportación de sentencias o resoluciones judiciales o administrativas que puedan resultar condicionantes o decisivas (272 LEC).

²⁸ Siguiendo a CHAMORRO GONZÁLEZ, ORDÓÑEZ SOLÍS, *op. cit.*, p. 77.

En cuanto a las pruebas periciales de parte, de acuerdo con la LEC, la prueba pericial parte que de conformidad con lo dispuesto en el art. 336.1 de la LEC se debe aportar con la demanda y no con la proposición de prueba. Lo anterior también resulta de la aplicación del apartado 4 del artículo 265 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones habrá de aportarse a la demanda o contestación.

Se aporta de forma extemporánea para fraudulentamente replicar a las contestaciones y suplir las deficiencias de la demanda, con vulneración de lo dispuesto en los arts. 265.1.4, 335.1, 336.1 y 339.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando esto requeriría una justificación del recurrente de por qué no se aportó con la demanda. El recurrente también deberá anunciar su intención de hacer uso de la práctica de una pericial-judicial. Incumplir estas reglas del proceso puede generar indefensión, porque la defensa diseñó su estrategia y línea de argumentación en el trámite de contestación y ya decidió que documentos o informes aportar o señaló o dejó de señalar documentación del expediente administrativo, sin que se le abra una nueva oportunidad para hacerlo.

A la práctica de prueba pericial extemporánea se refiere la STS 30.9.2009²⁹ y un

²⁹ “Con cierto paralelismo a lo establecido en el artículo 56.3 de la LRJCA (que dispone que ‘Con la demanda y contestación las partes acompañarán los documentos en que directamente funden su derecho ...’) la LEC establece, como regla general (artículo 336), que ‘los dictámenes de que los litigantes dispongan, elaborados por peritos por ellos designados, y que estimen necesarios o convenientes para la defensa de sus derechos, habrán de aportarlos con la demanda o con la contestación ... sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337 de la presente Ley’, precepto que señala que, en el supuesto de imposibilidad de aportación en dicho momento procesal, ‘... junto con la demanda o contestación, expresarán en una u otra los dictámenes de que, en su caso, pretenda valerse, que habrán de aportar ... en cuanto dispongan de ellos ...’. Todo ello, a su vez, concuerda con lo establecido en el artículo 265.1.4º de la misma LEC que dispone que ‘A toda demanda o contestación habrán de acompañarse: ... 4º. Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 337 y 339 de esta Ley’. De hecho, así lo hizo la recurrente con los dos informes que aportó con el escrito de demanda.

Por otra parte, la LEC —junto a tal momento de aportación inicial de los dictámenes periciales ‘de parte’ con la demanda o contestación— igualmente regula el supuesto, distinto del anterior, en el que demandante o demandado consideran conveniente la práctica en el período probatorio de una prueba pericial; a tal efecto el artículo 339.2 dispone que ‘El demandante o demandado ... también podrán solicitar en sus respectivos escritos iniciales que se proceda a la designación judicial del perito, si entienden conveniente o necesario para sus intereses la emisión de informe pericial’. Designación que se llevará a cabo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 341 de la misma Ley. Mas, lo que queda patente en el citado artículo 339.2 es que —párrafo segundo— ‘salvo que se refiera a alegaciones o pretensiones contenidas en la demanda, no se podrá solicitar, con posterioridad a la demanda o a la contestación, informe pericial elaborado por perito designado judicialmente’.

Hemos de examinar, no obstante lo anterior, dos supuestos, también contemplados en las leyes procesales de precedente cita, y a los que se hace referencia en el desarrollo del motivo que examinamos:

a) De una parte el supuesto, previsto en el artículo en el artículo 56.4 de la LRJCA (que se refiere a la

Auto del TSXG de 1 de julio de 2007 limita la posibilidad de admisión de dictámenes periciales con posterioridad al escrito de demanda, siempre que se trate de periciales judiciales y siempre que fuesen interesados y anunciados en los respectivos escritos de demanda y contestación. Con todo, hay que advertir que en esta materia la jurisprudencia del contencioso no consigue establecer unas reglas claras, la jurisprudencia del TS muestra una tendencia a realizar una interpretación flexible sobre el momento de presentación de dictámenes y solicitud de la pericial judicial.

3.10.4. La prueba pericial

Frente a la pericial de parte, privada, prevalecen los informes técnicos elaborados por los funcionarios. Respecto del valor de los mismos, en la jurisprudencia se observa cierta constancia en dar preeminencia a los informes emitidos por los servicios administrativos³⁰ (STS 5.1.2010) por encima de los hechos informados por un técnico contratado por la recurrente y que emite su parecer previa petición de pago de un particular.

Los informes técnicos obrantes en el expediente merecen la consideración de pericia de la Administración y al estar incorporados a aquel no precisan de ser aportados junto con la contestación a la demanda, ni tampoco de ser sometidos a un trámite especial de ratificación a pesar de ser impugnados (STS de 7.3.2006).

aportación posterior de 'los documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto desconformidad en los hechos', y que coincide con el previsto en el artículo 338.2 de la LEC, según el cual 'Los dictámenes cuya necesidad o utilidad venga suscitada por la contestación a la demanda se aportarán por las partes ...', añadiéndose en el párrafo 2º que 'el tribunal podrá también acordar en este caso la presencia de los peritos en el juicio o vista ...'.

Sin embargo, no es este el supuesto de autos por cuanto los hechos a los que, pretendidamente, iba dirigida la prueba de referencia es un hecho anterior y previamente constatado en la demanda y contestación; esto es, la negación de los mismos por la contestación a la demanda no resulta algo novedoso por cuanto resultaba suficientemente conocido con anterioridad al inicio del litigio, sin constituir, en consecuencia, un hecho nuevo.

b) De otra parte, tampoco nos encontramos en el supuesto previsto en el artículo 340.2 de la LEC, que regula —cual prueba pericial especial— la emisión de 'dictamen de Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia'. No es, efectivamente, el supuesto de autos; basta con examinar el contenido de las periciales propuestas para comprobar que nos encontramos ante una prueba pericial normal, a desarrollar, en su caso, por peritos designados por el procedimiento previsto en el artículo 341 de la LEC. Por otra parte, las instituciones que se citan tampoco encajan en el ámbito subjetivo de las Academias o Instituciones culturales o científicas a las que el precepto se refiere. Y, por último, lo que resulta más significativo, es que tal tipo especial de prueba pericial no queda excluida de la regla general de proposición con la demanda del artículo 339.2 de la LEC (...)."

³⁰ Analiza esta cuestión, sobre el valor de las pericias procedentes de órganos y personal al servicio de las Administraciones BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo*. Ed. Aranzadi, 2006, pp. 296-311.

Ahora bien, sobre las anteriores normalmente prevalece la prueba pericial judicial porque su designación aleatoria de la lista de peritos de esta clase, le presupone una mayor imparcialidad al ser un tercero completamente ajeno a las dos partes en conflicto. Lo que sucede es que pocos recurrentes hay que decidan asumir las consecuencias de un perito imparcial sin conocer previamente su parecer técnico. La aportación de informes suscritos por funcionarios/técnicos municipales sitúa a la recurrente en la necesidad de presentar y costear peritajes judiciales³¹, con el riesgo que eso conlleva.

En los pleitos del planeamiento se añade la dificultad de que los profesionales de las listas de las que resulta seleccionado el perito judicial, en ocasiones, pueden no estar especialmente cualificados en el campo del urbanismo y en concreto del planeamiento, y la experiencia muestra dictámenes en que se confunden conceptos que son evidentes y manejan fácilmente aquellos que desarrollan su actividad profesional en relación con instrumentos de planeamiento o los técnicos y juristas municipales y autonómicos. De ahí que cobren especial relevancia dos momentos procesales previstos en el procedimiento: las alegaciones sobre los puntos sobre los que se pide la pericial judicial, y la formulación de aclaraciones al autor de la pericia judicial.

También cabe la posibilidad de contratar la emisión de dictámenes e informes a terceros no funcionarios, por ejemplo a miembros del equipo redactor para que amplíen los trabajos realizados. En este caso, al igual que si se tratase de informe pericial de parte, deberán ser ratificados por sus autores en la Sala. Si es coherente con lo tramitado y, en ausencia de pericial judicial, simplemente equilibra las posiciones.

Hay que advertir que puede ser útil emplear en la aclaración de las pruebas periciales la posibilidad prevista específicamente en el art. 60.5 de la LJCA, de delegar en un funcionario público la facultad de intervenir en la práctica de dicha prueba teniendo en cuenta su carácter técnico.

No es admisible la prueba sobre pronunciamientos o argumentos jurídicos que están excluidos de la prueba al no tratarse de una de las excepciones prevista en el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ni costumbre ni Derecho extranjero). En ocasiones, se pretende que el perito se pronuncie sobre "el ajuste a la legalidad"; lo que se pretende por el recurrente en estos casos es enmascarar la sustitución del pronunciamiento judicial sobre unos hechos —indeterminados— por otra voluntad contratada que decida que hechos va a comparar para concluir que son legales. A esta clase de supuestos da respuesta el Tribunal Supremo en su

³¹ PARICIO RALLO, E.: "La defensa de las Administraciones locales en pleito". *Cuadernos de Derecho local*, nº 5, junio 2004, p. 70-81.

sentencia de 14.6.2002, que señala:

"al amparo del artículo 95.1.3º de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (RCL 1956, 1890; NDL 18435) (LJCA), opone en primer lugar la parte recurrente que la Sala de instancia ha infringido el artículo 74 LJCA, al rechazar una diligencia de prueba propuesta oportunamente y que, a su juicio, era de indudable trascendencia para la resolución de pleito. Alega que la prueba propuesta debía haber sido admitida porque existía disconformidad entre las partes acerca de los hechos sobre los que aquélla había de versar. Sin embargo, en contra de lo afirmado por la parte recurrente, la prueba propuesta no se refería a hechos sino a apreciaciones jurídicas, pues se trataba de una prueba pericial en la que los peritos designados habrían de emitir dictamen respecto a la adecuación a la normativa urbanística aplicable de la construcción que estaba ejecutando INDITEX, por lo que es claro el acierto de la Sala de instancia rechazándola."

Si se pretende que la pericial consista en realizar comparaciones, en este caso hay que insistir en que la comparación con otras situaciones puede ser irrelevante o improcedente. Por ejemplo, la jurisprudencia —y la del Tribunal Constitucional hasta la saciedad—, ha fijado el alcance del principio de igualdad en el sentido de que solo opera en el marco de la legalidad, repitiendo que no caben invocaciones apodícticas de tal principio con el que siempre podría conectarse cualquier alegación de vulneración de la Ley. Lo que se puede y es legítimo es exigir el cumplimiento de la Ley. Los hechos que concurren en los demás predios tendrían relevancia si el recurrente interpusiese recurso contra estas otras ordenaciones, pero no en caso contrario. Si los hechos se refieren a otros predios fuera del ámbito de la ordenación discutida, esta prueba sería intrascendente.

3.10.5. Supuestos que requieren de un especial esfuerzo probatorio

Conviene tener en cuenta que hay supuestos en que se produce una verdadera carga de prueba para la Administración planificadora; así sucede, por ejemplo, en el supuesto de los convenios urbanísticos en que, aunque ya tiene que quedar suficientemente acreditado el interés público en el plan, requerirá un especial refuerzo probatorio en el procedimiento contencioso; y el mismo refuerzo probatorio requerirán los cambios de clasificación del suelo.

Especial referencia merecen los supuestos de aquellas ordenaciones del plan que interfieran en la ejecución de una sentencia. Estos supuestos quieren una específica motivación en las memorias, especialmente en relación con la

adaptación al entorno, con su incidencia medioambiental, con sus determinaciones que nunca pueden contener parámetros edificatorios de excepción y deben ser coherentes con la ordenación del suelo en el resto de los ámbitos del plan general etc. Probar la generalidad y el interés público de la ordenación que debe perseguir la actividad de planeamiento será ineludible en los contenidos que contra este tipo de ordenaciones se interpongan. Debe procurarse siempre poner esta ordenación en relación con las demás que contemple el plan, y destacar que la ordenación es resultado de un proceso de revisión y no de modificación.

Cando se apruebe un Plan que incida en la ejecución de una sentencia es trascendental la justificación que sustente la ordenación del ámbito afectado, porque de lo contrario la aplicación del art. 103.4 conducirá a apreciar que se trata de una desviación de poder por intentar con esta ordenación eludir la ejecución de la sentencia.

La carga de la prueba e corresponde a la Administración municipal. En este sentido la STS 31/1/2006 explica que la Administración sigue disponiendo de sus facultades de Ordenación y de *ius variandi* pero "si ello incide sobre actuaciones ya declaradas ilegales en sentencia firme, debe demostrar que la modificación no tiene la finalidad de convertir lo ilegal en legal, sino la de atender racionalmente al interés público urbanístico".

En el mismo sentido la STS de 28/9/2009:

"Ello significa que, para introducir una nueva ordenación urbanística cuya aprobación comporta la ineffectividad de esos pronunciamientos jurisdiccionales o hará inviable su cumplimiento, la Administración debe necesariamente realizar un especial esfuerzo para justificar el cambio de ordenación llamado a tener tan grave consecuencia, y, en fin, para disipar cualquier sospecha de que el planeamiento se altera con la intención de impedir el cumplimiento de la sentencia. Cuando no existe tal justificación, o cuando las razones que se aducen para respaldar la modificación no hacen sino revelar que la finalidad perseguida es precisamente la de eludir la ejecución del fallo, la conclusión no puede ser otra, según lo dispuesto en el artículo 103.4 de la Ley reguladora de esta jurisdicción, sino la declaración de nulidad de ese cambio de planeamiento, siendo muestra de ello, entre otros, los pronunciamientos contenidos en sentencias de esta Sala de 5 de abril de 2001 (casación 3655/96) y 10 de julio de 2007 (casación 8758/03)."

3.11. Vista y conclusiones

Se regulan en los arts. 62 y ss. LJCA. Parece conveniente solicitar que se formulen

conclusiones en lugar de vista, habida cuenta de la complejidad de este tipo de contenciosos sobre el planeamiento urbanístico. Debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la fase de contestación a la demanda en que primero contesta la demandada principal y a continuación los demás codemandados, en este caso tanto la parte demandada como las partes codemandadas deberán formular su escrito de conclusiones simultáneamente.

Deben reforzarse los argumentos empleados pero, sobre todo, valorar ordenadamente la prueba practicada. Si la recurrente ha aportado documentos de fecha posterior, habrá de responder a las cuestiones que de esa nueva aportación documental resulten y debe mostrar su frontal oposición a cuestiones que no hayan sido suscitadas en el escrito de demandas o contestación, tal y como señala el art. 65.1.

3.12. Terminación

La terminación del procedimiento (arts. 67-77 LJCA) se producirá por sentencia que deberá cumplir con las exigencias de congruencia a las que se refiere la ley de jurisdicción en distintos preceptos, previendo mecanismos a los que ya se hizo referencia. Los pronunciamientos de la sentencia serán estimatorios, desestimatorios o de declaración de inadmisibilidad.

Asimismo, podrá concluir el procedimiento en los casos de desistimiento, allanamiento (art. 75 LJCA), reconocimiento en vía administrativa de lo pretendido, con la garantía de que si luego la Administración se echase atrás, el recurrente podrá pedir que continúe el pleito (art. 76 LJCA), transacción (art. 77 LJCA), o por la desaparición sobrevenida de objeto. Tratándose de un recurso contra el planeamiento y más en el caso del planeamiento general que es resultado de un procedimiento bifásico, la satisfacción extraprocesal, el allanamiento y la transacción no son modos de terminación que se produzcan en la práctica³².

³² Ni tan siquiera el Ayuntamiento puede desistir del planeamiento después de la aprobación provisional y su remisión a la Administración competente para su aprobación definitiva. Así lo apreció la STS, Sec. 5^ª, 15.12.2009, en el Recurso de Casación número 4606/2005, porque “el Ayuntamiento carece (...) de competencia al no encontrarnos en un procedimiento en el que quien formula el desistimiento es titular de un interés particular, ya que, por el contrario, lo que el Ayuntamiento gestiona en el ejercicio de la potestad de planeamiento son intereses públicos cuya disponibilidad se encuentra restringida. El Ayuntamiento no es, pues, procedimentalmente libre desde el momento de la aprobación provisional del expediente y de su coetánea remisión a la Administración Foral, careciendo, por ello —desde tal momento— de la potestad de desistir en relación con la tramitación concluida. Esto es, carece de la potestad de renunciar a sus supuestos derechos que, en realidad, son intereses públicos, y, mucho menos, carece de la potestad de hacerlo sin la previa notificación de tal posibilidad a los terceros interesados que, por su parte, como dispone el artículo 91.2 de la LRJPA, se encuentran habilitados para solicitar la continuación del procedimiento iniciado, en el término de diez días a contar desde la

En cuanto al desistimiento del recurrente, sus requisitos se regulan en el art. 74 LJCA, no se produce la terminación de forma automática, sino que se dará audiencia a las partes y también al Ministerio Fiscal, porque si se apreciase daño para el interés público no se aceptará el desistimiento y continuará el procedimiento hasta su resolución. La audiencia al Ministerio Fiscal es una previsión interesante también para los supuestos en que se trate de verdaderos recurrentes de los que habitualmente ejercitan la acción pública, ya que debería permitir indagar —si fuese el caso—, las verdaderas razones que llevan a ese desistimiento.

En relación a la desaparición sobrevenida del objeto, como explica, entre otras muchas, la STS 4.2.2002 se trata de un modo de terminación del procedimiento:

"En sus recientes sentencias de 19 (RJ 1999, 4156) y 21 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4160), 25 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7690) y 19 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4019) ha recordado este Tribunal que la desaparición del objeto del recurso ha sido considerada en muchas otras, como uno de los modos de terminación del proceso contencioso-administrativo; tanto cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviere fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real (así en sentencias de 24-3-1997 [RJ 1997, 2499], 28-5-1997 [RJ 1997, 4449] o 29-4-1998 (RJ 1998, 3334); como en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos singulares, en los que se ha considerado que desaparecía su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia (así en sentencias de 31-5-1986 (RJ 1986, 2783), 25-5-1990 [RJ 1990, 4564], 5-6-1995 [RJ 1995, 4867] y 8-5-1997 [RJ 1997, 3921])."

Este supuesto sí que se aplica con cierta frecuencia en la práctica, y así puede terminarse el procedimiento cuando el plan que está siendo objeto del recurso es sustituido por un nuevo plan general. Tal es el caso de la STSXG 479/2010, de 29.4.2010, dictada en el procedimiento ordinario 4816/1993:

"sobre la pérdida sobrevenida de objeto del recurso afirma la constante

notificación de la posible adopción del acuerdo de desistimiento. Posibilidades habrá, si se considera oportuno, para el ejercicio de la acción de lesividad" (FJ 5^º).

jurisprudencia que cuando se impugna una disposición de carácter general, su derogación supone la desaparición sobrevenida del objeto del recurso y, en consecuencia, a terminación del proceso contencioso-administrativo, y no porque en su momento no estuviese vigente y fundado, sino porque la derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real (...). En el mismo sentido, el artículo 72.2 de la vigente LRJCA (no la anterior, que nada disponía) corrobora la no necesidad de que exista un pronunciamiento judicial que elimine del ordenamiento la disposición normativa, con eficacia general "ex nunc", pues, a tenor de aquel precepto, "las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada". / Y este es el caso, por lo que debe acogerse el motivo de inadmisibilidad planteado de oficio, al perder este recurso su objeto (artículo 69.c) de la LJCA), lo que impide que se deba entrar en el análisis de fondo".

Otro ejemplo nos lo ofrece la STS de 5.3.2010 que declara la desaparición del objeto del recurso, pues en este se impugnaba la revisión de un plan general que fue totalmente anulado en sentencia firme anterior y explica que:

"Así las cosas, sólo cabe concluir que este recurso de casación carece de objeto, pues es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala (expresada en sentencia de 25 de noviembre de 2008 —casación 7405/2004—, 21 de julio de 2003 —casación 11865/1998— y las que en ellas se citan) la que afirma que la anulación total de una disposición de carácter general por sentencia firme hace desaparecer el objeto de los procesos ulteriores promovidos contra la misma disposición, porque priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real. Por añadidura, esta tesis excluye la posibilidad de sentencias contradictorias, con respeto a los principios de seguridad jurídica e igualdad consagrados, respectivamente, en los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, evitando la contradicción con el fallo de una sentencia firme anterior dictada sobre el mismo objeto y con la misma causa de pedir."

3.13. Recurso de casación

La técnica casacional y su complejidad excede de la perspectiva que se adopta en este estudio que pretende aproximar el contencioso a la vía administrativa a fin de que ya en esta vía se piense en el enfoque de la posterior defensa del actuado, sobre todo en los supuestos como los de planeamiento, en que se conoce que va a ser siempre objeto de posteriores recursos. De ahí que, apuntada esta complejidad, solo se señale que, de conformidad

con lo dispuesto en los arts. 86.3 y 86.4 de la LJCA, contra las sentencias que declaren la nulidad o la conformidad a Derecho de las disposiciones generales y, por tanto de los planes urbanísticos, siempre cabrá recurso de casación, pero nunca si se fundamenta en el Derecho autonómico. Se tiene que invocar Derecho estatal o comunitario europeo relevante y determinante del fallo, siempre y cuando fuese oportunamente invocado en el proceso. Esto habrá que tener en cuenta en los diferentes escritos de defensa, pero también será útil y conveniente que en el procedimiento tramitado en vía administrativa se conozca la relevancia de emplear unas y otras fuentes del Derecho en el momento de fundamentar las resoluciones de aprobación del planeamiento y en los informes a las alegaciones presentadas.

4. LA SENTENCIA ANULATORIA DEL PLAN

4.1. EL FALLO

Resultarán aplicables todas las previsiones relativas a las sentencias de los recursos contra disposiciones generales, de manera que tal y como dispone el art. 70 LJCA, la sentencia será desestimatoria cuando se ajuste a Derecho la disposición impugnada; y será estimatoria cuando la disposición incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

A este respecto hay que tener presente que tal y como señalan las SSTs de 18.5.2009 y 28.10.2009, entre otras, toda infracción, incluida la formal o procedimental de un plan urbanístico, comporta su nulidad radical con arreglo al art. 62.2 LPAC, a diferencia de los actos administrativos que pueden incurrir en vicios de nulidad o anulabilidad y que, por tanto, no son susceptibles de validación (STS 8.4.2010).

En segundo lugar, qué se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, y, específicamente, que la jurisprudencia entiende comprendido dentro de este supuesto el supuesto de nulidad previsto en el art. 103.4 LJCA y, más concretamente, aquellos casos en que se modifique el planeamiento con el fin de eludir el cumplimiento de los fallos judiciales. Así se apreciará si con el exclusivo fin de eludir una sentencia de derribo se modifica el planeamiento (STS 25.5.2009):

“Es por otra parte reiterada la jurisprudencia que considera incursas en desviación de poder (artículo 70.2 LRJCA) las modificaciones puntuales del planeamiento efectuadas con el propósito principal de legalizar o regulari-

zar edificaciones ilícitamente construidas (Sentencias de 18 de febrero de 2004 —casación 2565/2001—, 10 de julio de 2007 —casación 8758/2003— y 7 de octubre de 2008 —casación 5877/2004—)."

De conformidad con lo dispuesto en el art. 71 LJCA, si la sentencia es estimatoria, anulará total o parcialmente la disposición general, en este caso el planeamiento u ordenación del planeamiento que fuese objeto del recurso, pero con una limitación clara: en ningún caso podrá determinar la forma de la redacción de sus determinaciones excepto en los supuestos reglados derivados de la legislación urbanística (por ejemplo, en el supuesto de la clasificación del suelo urbano).

Así lo acaba de declarar la STS de 29.4.2011:

"Es evidente que, conforme al resultado del proceso, la atribución de nuevos parámetros no era —aunque se hubiese pedido en la demanda y se hayan planteado incluso ofertas de modificación de los parámetros por la propia Administración— la única opción posible de donde resulta el vicio que se invoca en el motivo de casación (...)

La Sala a quo no se ha limitado a controlar la legalidad de la actuación urbanística y su sometimiento a las normas que la justifican (artículos 106.1 CE y 8LOPJ), sino que ha sustituido en su sentencia la voluntad de la Administración urbanística, determinando en forma imperativa la forma en que tiene que quedar redactada la Unidad de actuación litigiosa, cuando ésta admite otras soluciones posibles en sustitución de la prevista en el Plan. El Tribunal a quo ha suprimido así la discrecionalidad que debía restar a la Administración, tras respetar el resultado del proceso, para adoptar otras soluciones diferentes. Se ha vulnerado el artículo 71.2 LRJCA determinando el contenidos del acto anulado, incurriendo en un abuso de jurisdicción."

4.2. EFECTOS DE LA SENTENCIA ANULATORIA

Tal y como establece el art. 72.2 de la LJCA, la anulación de una disposición general tendrá efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo diario oficial en que fuese publicada la disposición anulada, en este caso el plan anulado. Aunque en el caso de las administraciones implicadas y parte en el procedimiento, es obvio que estos efectos las obligan desde que son concedoras de la sentencia anulatoria (STS 26.6.2009).

Ahora bien, el artículo 73 de la LJCA limita los efectos de la sentencia anulatoria en el tiempo, al disponer que la anulación de las disposiciones generales —y los instrumentos de planeamiento gozan de esta naturaleza—, per-

mite la subsistencia de los actos firmes dictados en su aplicación. La STS de 26.6.2007 consideró que de este modo se está "equiparando la anulación a la derogación, en que los efectos son ex nunc y no ex tunc, si bien sólo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general".

Ahora bien, en estos supuestos puede ejercitarse la acción de nulidad contra los actos dictados en ejecución de una disposición general nula, dando lugar a su revisión de oficio (STS de 3.2.2005 y STS de 24.10.2000), o más concretamente contra las licencias cuando se anule el planeamiento en el que estaba amparada.

Las importantes indemnizaciones a las que podría dar lugar el surgimiento de construcciones después de la concesión de licencias que se sabe van a quedar desprovistas de amparo legal por ser inminente la derogación de un plan, pueden aconsejar la adopción de una medida cautelar de suspensión en el ámbito de planeamiento de que se trate, con fundamento en el art. 77 de la LOUG, con el fin de estudiar la elaboración del planeamiento que sustituirá el anulado.

4.3. ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL PLAN

Después de la declaración de nulidad de un plan, las reglas que se han de aplicar sobre la situación creada por la sentencia anulatoria son confusas. Los planes son normas sustitutorias y no derogatorias: si la anulación es parcial, el suelo de la ordenación anulada quedaría vacío, sin ordenación. Si la anulación es total, no solo se anula el texto sustitutorio sino que desaparece del mundo jurídico y se produce el efecto inevitable de dejar sin efecto la eficacia sustitutoria del plan anulado respecto del anterior. Y, por consiguiente, se produciría la reviviscencia del plan inmediatamente anterior al anulado.

En ocasiones, en la mayoría de ellas, el plan que revive será completamente obsoleto no solo respecto de la realidad del territorio del término municipal, sino también respecto de las normas urbanísticas y sectoriales vigentes, lo que origina una grave situación de confusión, inseguridad jurídicas y complejidad aplicativa.³³

³³ No es extraño que en este contexto se opte por soluciones como la adoptada por la Consejería de Fomento de Castilla y León, en su Orden de 14.10.2009 en que ante la reviviscencia del Plan General de Zamora de 1986 la consecuencia de la anulación del Plan de 2001 por STS de 11.5.2009 y 29.6.2009, y la petición de la propia Corporación local, suspende la vigencia de este instrumento de planeamiento de 1986, con motivo en la defensa de intereses de naturaleza supralocal (medioambientales y de

4.4. INCIDENCIA DE LA SENTENCIA ANULATORIA DEL PLAN SOBRE SUS DESARROLLOS NORMATIVOS Y ACTOS DICTADOS EN SU EJECUCIÓN

Si la sentencia anula un plan general pone en jaque el planeamiento secundario, los instrumentos de gestión y las licencias concedidas (si se trata de un plan parcial, los instrumentos de gestión y licencias concedidas).

- a) En cuanto al planeamiento, la sentencia anulatoria provocará que tanto en los restantes recursos contenciosos que pendan contra ese mismo plan anulado como en los planes secundarios de desarrollo del plan anulado, se declare la terminación del procedimiento por pérdida sobrevenida del objeto del recurso. En el caso de estos últimos, al quedar sin soporte jurídico, supone su anulación; ahora bien, la STS 15.10.2010 exige que el órgano juzgador tiene que someterlo a las partes como una cuestión nueva.

Los planes de desarrollo que no fuesen recurridos quedarían incursos en una causa de nulidad de pleno derecho (art. 62.2 LPAC), de manera que serían de aplicación varias de las vías de impugnación: recurso indirecto, revisión de oficio, inaplicación.

- b) Cuando se anula un planeamiento general o un planeamiento secundario, en cualquiera de estos dos casos, los instrumentos de gestión, ejecución y licencias que fuesen firmes se mantienen³⁴.

Esto lo explican las SSTs de 4.1.2008 y de 12.2.2008 en que es más importante expulsar el plan anulado del ordenamiento jurídico que los efectos que hubiese producido en el pasado. Es por razones de seguridad jurídica que se atempera el principio de eficacia general o erga omnes de las sentencias anulatorias de las disposiciones generales respecto de los actos administrativos que adquiriesen firmeza con anterioridad a la sentencia anulatoria del planea-

patrimonio cultural) otorgando un plazo de siete meses para que el Ayuntamiento afectado remita la revisión del plan provisionalmente aprobada.

Debe tenerse en cuenta que el art. 179 del Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, en desarrollo del art. 56.2 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, faculta al consejero de Fomento para suspender la vigencia de los instrumentos de planeamiento urbanístico, para garantizar su adecuación a los instrumentos de ordenación del territorio o para defender otros intereses de ámbito supramunicipal.

³⁴ GONZÁLEZ SANFIER (“Invalidez sobrevenida de los actos de aplicación del planeamiento urbanístico nulo” en SANTANA RODRÍGUEZ, JJ.: *Estudios sobre planeamiento territorial* y urbanístico. Ed. Tirant lo blanch, Valencia 2011, PP. 285-307) señala que no obstante la regla de la subsistencia de los actos firmes dictados al amparo de un plan anulado no significa que en determinadas circunstancias no sea posible la revisión de oficio.

miento. Y, por consiguiente, la anulación de los instrumentos de planeamiento deja a salvo las licencias firmes. Lo mismo señala la STS de 17.6.2009 respecto de los instrumentos y gestión y ejecución aprobados en aplicación del plan anulado.

4.5. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ANULATORIAS DEL PLANEAMIENTO

De la ejecución de sentencias se ocupan los arts. 103 la 113 de la LJCA.

Respecto de si es necesario ejecutar estas sentencias aprobando un nuevo plan u ordenación sustitutoria, señala la STS de 30.4.2009:

"el ámbito jurisdiccional concluye, con una declaración anulatoria, consecuencia de un control de legalidad materializado en contrastar el planeamiento o actuación urbanística discutidos con la legalidad vigente. Pero, obvio y conocido es que dicho el contenido de la actuación jurisdiccional, concretado en la anulatoria, ni la misma impone la sustitución del planeamiento anulado por otro, ni, mucho menos, puede ser determinante, en su caso, del sentido del mismo, ya que, el control de legalidad de referencia queda circunscrito exclusivamente al ámbito anulatorio expresado".

Por lo que atañe a la ejecución forzosa debe tenerse en cuenta, con carácter general, que en materia de urbanismo, a pesar de la dicción literal del art. 104 LJCA, el Tribunal Supremo viene considerando que la acción pública también se extiende a la fase de ejecución. Así, en la STS de 23.4.2010 se estudia la posibilidad de que aquellos que no fuesen parte en el recurso puedan presentarse en la fase de ejecución para ejercitar las acciones previstas para el cumplimiento de las sentencias.

Esto hay que ponerlo en relación con lo dispuesto en el art. 103.4 LJCA, por ejemplo, en los supuestos de incorporación de un planeamiento anulado. Como ya se expresó antes, debe recordarse que los planes, en cuanto disposiciones generales, solo pueden ser nulos de pleno derecho y, en cualquier caso, no cabe validación alguna. Esta amplia legitimación en fase de ejecución también es una medida para evitar determinadas transacciones o acuerdos que se pudiesen dar para evitar la ejecución de las sentencias. Debe tenerse en cuenta además la legitimación reconocida al Ministerio Fiscal.

4.6. IMPOSIBILIDAD LEGAL DE EJECUTAR LA SENTENCIA ANULATORIA DE UN PLAN

El art. 105.2 de la LJCA regula los incidentes de los que puede resultar la imposibilidad de ejecutar la sentencia. En el campo del planeamiento, puede pro-

ducirse la imposibilidad legal de ejecutar las sentencias anulatorias del plan³⁵.

Así, podría concurrir esta causa cuando se produjese una validación legislativa posterior. El funcionamiento de esta causa de imposibilidad legal sobrevenida cuando se produce una posterior reforma legislativa, fue ampliamente estudiado en el caso del embalse de Itoiz. Es imaginable que se produzca esta causa, por ejemplo, en el caso de que el plan incumpla un estándar legal que luego se modifica por una ley posterior, de manera que el plan anulado se ajustase a la nueva norma.

También puede suceder que ante la anulación de un Plan secundario se produzca una revisión del planeamiento general que haga suyas las previsiones del plan anulado. Este es el caso analizado en la STS de 1.2.2008.

En relación con terceros adquirentes de buena fe que no fueron parte en el proceso, la jurisprudencia ni aprecia la concurrencia de un supuesto de nulidad de actuaciones ni de imposibilidad ejecutoria. Resulta de interés al respecto, la SAP de Cantabria de 22/3/2007 que condena por delito de estafa a los vendedores de un terreno afectado por sentencia que obligaba el derribo y que ocultaron tal situación a los adquirentes.

En lo que respecta a la tramitación del incidente de inexecución, reviste especial interés la cuestión probatoria. CHAVES GARCÍA³⁶ señala que en los supuestos previstos en el art. 105.2 corresponderá la acreditación de la imposibilidad de ejecución a la Administración y también el momento en que se produce, pues el art. 104 limita el plazo de su invocación a dos meses desde que se produce la causa. "En cambio, si se acreditase la imposibilidad legal de la ejecución, por utilización del *ius variandi* (...) tendrá el perjudicado la carga de probar que la modificación de la norma urbanística tenía como finalidad eludir el cumplimiento de la sentencia firme".

5. MEDIDAS CAUTELARES (ARTS. 129 LA 136)

5.1. SOLICITUD

La solicitud de las medidas cautelares puede producirse en el escrito de

³⁵ Sobre la crisis de la ejecución de las sentencias urbanísticas y la inexecución y demás supuestos, FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: "La ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda)". *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010/1, pp.15-47. La parte primera en el número anterior 20, 2009/2.

³⁶ CHAVES GARCÍA, J.R.: *La prueba contencioso-administrativa: análisis dogmático y jurisprudencial*. Ed. Universitas, s.a. Madrid 2007.

interposición o en la demanda.

5.2. SUSPENSIÓN

La regla general es la preeminencia del interés público urbanístico y la denegación de la medida cautelar de suspensión. Más allá de esto, hay muchos supuestos en que los perjuicios se derivarían de desarrollos u operaciones de gestión del plan recurrido. Ahora bien, como señala, COMINGES³⁷:

“No obstante, la experiencia demuestra la conveniencia de adoptar dicha medida cautelar cuando se constate al inicio del proceso la ‘aparición de buen derecho’ (fumus boni iuris) de la pretensión del recurrente. De lo contrario la sentencia firme que en definitiva se dicte (tras un litigio muy dilatado en el tiempo) resultará en la práctica inejecutable. Por este motivo, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se está mostrando proclive a admitir esa suspensión cautelar, pudiendo citarse como ejemplo sus Sentencias de 17 de julio de 2008 (casación 1510/2006), 28 de mayo de 2004 (casación 3449/2002), 9 de febrero de 2006 (casación 7724/2003) y 18 de julio de 2002 (casación 7593/2000), referida esta última a un instrumento de planeamiento del Concello de Vilagarcía de Arousa.

(...) Cuando el artículo 130-1 de la L. J. permite acordar la medida cautelar (aquí, suspensión) en los casos en que ‘la ejecución del acto (...) pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso’, no se está refiriendo sólo a los casos en que la ejecución impida la finalidad del recurso de forma definitiva y fatal, sino también a aquellos en que la ejecución del acto puede obstaculizar gravemente y hasta extremos dificultosísimos la efectividad de la posterior sentencia estimatoria”.

En esta nueva línea jurisprudencial se insertan las SSTs de 21.10.2009, 29.1.2010, 1.2.2010 y 8.10.2010, que acordaron la suspensión cautelar del planeamiento urbanístico ante la prevalencia del interés ambiental³⁸.

Así lo explica la STS 8.10.2010: se trataba de un plan sobre el cual había emitido informe negativo el organismo de cuenca, ante la insuficiencia de recursos hídricos:

“Tampoco puede prosperar la alegación relativa a la preeminencia del

³⁷ COMINGES CÁCERES, F.: “Los Planes urbanísticos generales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia”. *Revista Xurídica Galega*, nº 56, 2007, p. 13-41.

³⁸ Al respecto puede consultarse el Comentario de jurisprudencia de RUÍZ LÓPEZ, M. A.: “La suspensión cautelar del planeamiento urbanístico ante la prevalencia del interés medioambiental”, *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010-1, pp.233-241.

interés público derivado de la aprobación del planeamiento frente al interés, también público, referido a la necesidad de asegurar el adecuado y racional aprovechamiento de los recursos hidráulicos. (...) Ante todo, ya hemos visto que ese alegato sobre la pretendida preeminencia del interés público urbanístico queda en buena medida desvirtuado por la alegación de la propia recurrente relativa a que no es necesario suspender el acuerdo de aprobación del instrumento de planeamiento porque éste carece de efectividad. (...) Tampoco se puede olvidar que, como afirmamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2008 (RC 2161/2007): 'No cabe duda que existe una línea jurisprudencial reticente a la suspensión de los instrumentos de ordenación general, que requieren, a su vez, (...) para su efectiva y última ejecución, actos concretos de aprobación de proyectos o la concesión de licencias de obras, pero también existe una corriente jurisprudencial paralela que, en evitación de múltiples recursos o impugnaciones en vía administrativa y sede jurisdiccional, viene accediendo a suspender la ejecutividad de los instrumentos de planeamiento cuando hay riesgo, como en este caso, de que, de no suspenderse la aplicación o ejecución del ordenamiento urbanístico aprobado, pierda su legítima finalidad el recurso contencioso-administrativa ... [En este concreto caso], de no suspenderse su ejecutividad, cuando se dictase una sentencia estimatoria, se habría llevado a cabo la ejecución de un planeamiento urbanístico radicalmente nulo, lo que contradice el más elemental principio de que cualquier actuación urbanística debe ajustarse a la legalidad, que es por lo que, en cualquier caso, debe velar la jurisdicción al decidir acerca de la suspensión o no de decisiones en esta materia, en la que los sucesivos instrumentos de ordenación concatenados, seguidos de actos de ejecución, suelen hacer irreversibles las situaciones, que, como el propio Ayuntamiento admite al articular su recurso de casación, sólo tienen solución a través de revisiones del planeamiento urbanístico o de las consiguientes demoliciones, de compleja y muy costosa realización ésta, y conducentes, de ordinario, aquéllas a declaraciones de imposibilidad legal de ejecutar las sentencias, que realmente encubren auténticos incumplimientos de sentencias firmes'(Sentencia 6 de julio de 2009 (recurso de casación nº 658 / 2008). En definitiva, 'la suspensión decretada por la Sala de Valencia resulta conforme a Derecho, en cuanto suspende la aprobación definitiva de un Plan General Municipal que se ha llevado a cabo sin tener asegurada la existencia de agua para los desarrollos urbanísticos previstos en él, cosa que exige la suspensión pues en otro caso se perdería la finalidad legítima

del recurso. (Artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional 29/98)' (Sentencia de 25 de febrero de 2009 dictada en el recurso de casación nº 872 / 2008).

Téngase en cuenta que en el caso examinado consta el informe de la Confederación Hidrográfica del Júcar, al que se refiere la resolución judicial impugnada, que es de carácter negativo y que alerta de los peligros derivados de la inexistencia de recursos hídricos suficientes para satisfacer las nuevas necesidades de consumo de agua que comportará la ejecución del plan."

También es de interés la STS de 29.1.2010, en que se suspendía cautelarmente el planeamiento secundario resultado de un procedimiento en el que se había omitido la Evaluación ambiental estratégica:

"En contraposición al interés público antes aludido, y alegado por la Entidad local recurrida, el que esgrime la Administración recurrente resulta prevalente, pues se concreta en la protección del medio ambiente, cuya componente ha de integrarse en la planificación urbanística. Se trata, en definitiva, de garantizar que se han valorado las repercusiones que sobre el medio ambiente tienen los diferentes proyectos de cambio que actúan sobre el territorio. La toma de decisiones de orden urbanístico se verá, sin duda, complementada y enriquecida mediante la introducción de esta información ambiental que permita alcanzar conclusiones más racionales, eficaces y sostenibles. En este sentido, los intereses públicos relativos al desarrollo urbanístico, en los términos que ahora se plantean, resultan de intensidad inferior a los relacionados con el medio ambiente y su preservación, que impulsan el desarrollo por la senda de lo razonable y sostenible" (FJ 5º).

Exigir caución o garantía por los perjuicios que se derivarían de la adopción de la medida cautelar puede ser un elemento disuasorio para el recurrente o un buen termómetro de la seriedad del recurso (art. 133 LJCA).

En caso de que se acuerde la suspensión del plan impugnado será de aplicación lo dispuesto en el art. 134.2, que ordena publicar la suspensión de la vigencia de las disposiciones generales.

5.3. ANOTACIÓN PREVENTIVA

Los arts. 67 al 72 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística regulan los requisitos de la solicitud de esta medida cautelar, así como la documentación que la debe acompañar.

Pesa sobre el solicitante de la anotación la obligación de identificar las "fincas concretas y determinadas que resulten afectadas por el acto impugnado". Por eso obliga la norma a que la solicitud de anotación vaya "acompañada de certificación registral de dominio y cargas". El RD 1093/1997 obliga a que sea el recurrente el que ofrezca "indemnización por los perjuicios que pudieran seguirse en caso de ser desestimado el recurso, de tal forma que la falta de la caución que, en su caso, exija el Tribunal para evitar daños al titular de la finca o derecho anotado, impedirá la práctica de la anotación". Y nuevamente reitera esta norma que "Será requisito para la práctica del asiento el haber oído, en todo caso, al titular registral de la finca y a los que según la certificación sean titulares de derechos y cargas que consten en ésta, así como la prestación de la caución a que se refiere el artículo anterior".

6. COSTAS

Su regulación las hace poco disuasorias, ya que en el caso de la jurisdicción contenciosa el criterio de imposición de las costas no es el del vencimiento, por el momento, aunque es uno de los aspectos sobre el que incidirá la reforma en tramitación. Así, el art. 139 LJCA establece que en la primera instancia solo se impondrán en caso de interposición con mala fe y temeridad de forma motivada. En segunda instancia, si se desestima el recurso, se le impondrán a la parte a la que se le desestime, excepto que concurran circunstancias que justifiquen su no imposición, también de forma motivada.

7 BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2006): *La prueba en el procedimiento administrativo*. Ed. Aranzadi.
- CHAVES GARCÍA, J. R. (2007): *La prueba contencioso-administrativa: análisis dogmático y jurisprudencial*. Madrid: Universitas.
- COMINGES CÁCERES, F. (2007): Los Planes urbanísticos generales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. *Revista Xurídica Galega*, 56, pp. 13-41.
- DESDENTADO DAROCA, E. (1997): *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Pamplona: Civitas.
- DOMINGO ZABALLOS, M. A., Dir. (2010): *Impugnación y revisión de la actividad de los Entes locales (Teoría y Práctica)*. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi.

- FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (2010): La ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 21, 2010/1, pp. 15-47.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. (2001): *Alcance actual del control judicial de la actividad de la Administración. Ámbito, objeto y eficacia del recurso contencioso-administrativo*. Granada: Comares.
- GEIS I CARRERAS, G. (2009): *La ejecución de sentencias urbanísticas*. Barcelona: Atelier.
- GONZÁLEZ SANFIER (2011): Invalidez sobrevenida de los actos de aplicación del planeamiento urbanístico nulo. En SANTANA RODRÍGUEZ, J. J.: *Estudios sobre planeamiento territorial y urbanístico*. (pp. 285-307). Valencia: Tirant lo blanch.
- HERNÁEZ SALGUERO, E. (2005): La Jurisdicción Contencioso-Administrativa ante el Urbanismo. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 21, 01 mayo 2005. Vicepresidencia, Consejería de Cultura y Deporte y Portavocía del Gobierno. D.G. Servicios Jurídicos Madrid.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (2010): La ejecución de sentencias en el ámbito urbanístico (Parte segunda). *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 21, 2010/1, pp.15-47.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2007): Memoria elevada al Gobierno de S. M. Presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado, Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Volumen I. Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D. (2011): *La prueba en el contencioso-administrativo*. Ed. Reus, Madrid.
- PARICIO RALLO, E. (2004): La defensa de las Administraciones locales en pleito. *Cuadernos de Derecho local*, 5, junio, pp. 70-81.
- PECES MORATE, J. E. (Dir.) (2010): Claves de la especialidad del proceso contencioso-administrativo. *Estudios de Derecho Judicial*, 154. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. (2010): La impugnación directa de los planes de urbanismo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, octubre, pp. 26-36.
- REBOLLO PUIG, M. (2000): *Impugnación de normas locales: ordenanzas y planes*. Intervención en el Seminario de Derecho local. Barcelona, 14 de abril.
<http://seminari.fmc.cat/ARXIUS/autors99-00/03.doc>
- RUÍZ LÓPEZ, M. A. (2010): La suspensión cautelar del planeamiento urbanístico ante la prevalencia del interés medioambiental. *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, 2010-1, pp.233-241.
- TRIBUNAL SUPREMO: Base de datos de Jurisprudencia. En: <http://www.poderjudicial.es>
En especial: Tribunal Supremo: "Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo: 2009-2010". <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/ts/principal.htm>.

AVANCE EN EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS Y ACUERDOS ADMINISTRATIVOS: SOBRE LOS NOMBRAMIENTOS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Manuel J. Sarmiento Acosta

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
Magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias

Resumen: *La necesidad de controlar la discrecionalidad administrativa impone una motivación precisa, suficiente y coherente, pues ello garantiza mejor los derechos e intereses de los ciudadanos. En este contexto es elogiable la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige que los acuerdos del Consejo General del Poder Judicial se motiven adecuadamente.*

Palabras clave: *Discrecionalidad administrativa, motivación de actos y acuerdos administrativos, acuerdos del Consejo General del Poder Judicial.*

Abstract: *The need to control the administrative discretion requires a precise motivation and enough of the acts and agreements of Public Administration, because it is the better safeguards the rights of citizens. In this context, is commendable jurisprudence of The Supreme Court that requires the motivation of the agreements of the General Council of The Judiciary.*

Keywords: *Administrative discretion, motivation of acts and agreements of Public Administration, agreements of the General Council of the Judiciary.*

Índice: *1. El constante problema del control de la discrecionalidad de los actos y acuerdos administrativos. 2. Discrecionalidad administrativa y motivación: una relación conflictiva pero obligada. 3. La no exigencia de motivación por existir motivos de confianza y por ser colegiado el órgano que adopta el acuerdo: STS de 30 de noviembre de 1999. 4. Un cambio radical sobre la motivación de los acuerdos discrecionales: la STS de 29 de mayo de 2006. 5. Hacia una motivación material de los acuerdos del CGPJ: las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2007 y de 23 de noviembre de 2009. 6. Los efectos de esta jurisprudencia en el Reglamento 1/2010 del CGPJ, sobre provisión de plazas de nombramiento discrecional. En particular, en la motivación. 7. Un progreso considerable en la motivación de los actos y acuerdos administrativos discrecionales: su necesaria repercusión en otros ámbitos administrativos.*

1. EL CONSTANTE PROBLEMA DEL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS Y ACUERDOS ADMINISTRATIVOS

Es conocido que la discrecionalidad administrativa es uno de los temas recurrentes del Derecho Administrativo. Su presencia es constante, pues manifiesta la permanente tensión entre el ejercicio del poder y el preciso control de éste en orden al sometimiento de la Administración Pública a la ley y al Derecho (cfr. art. 103.1, CE.). Todo poder, ya tenga la adusta faz del dominio autocrático o el vistoso y atractivo vestido de la confección democrática, se siente siempre, por su misma naturaleza, como capacidad de extenderse, de imponerse, e, incluso, de convencer, a través de una doctrina oficial políticamente correcta, de que actúa en interés y en beneficio del sometido. Como ha referido recientemente el filósofo José Antonio MARINA, en el " *poder se experimenta la realidad como libertad, como apertura de posibilidades, como acontecer real, dinámico y expansivo*". Esta circunstancia plantea de inmediato el problema de las consecuencias, pues en un Estado democrático es evidente que esa pretensión de actuar con "manos libres" para producir los efectos deseados debe tener una habilitación clara y precisa en el Derecho, y, asimismo, debe permitir que éste arbitre un adecuado control para que el ejercicio del poder no se convierta en patente de corso para la arbitrariedad y la irracionalidad (arts. 9.1 y 3, y 106.1, CE), ni para la devaluación o conculcación de los derechos e intereses legítimos de los particulares(art.10, CE)², esto es, de los que se relacionan y someten al poder, ya que el Estado de Derecho es tal en la medida que el poder se somete al Derecho, y permite la adecuada tutela y protección del derecho e interés del particular. Caso de no ser así, es obvio que no se puede hablar propiamente de Estado de Derecho, salvo que se quiera jugar con el lenguaje para engatusar y engañar al ciudadano. En este contexto, se puede decir que " *toda la historia del derecho administrativo puede resumirse en esto: un avance, lento pero imparable, en el camino del sometimiento a un control heterónimo de la totalidad de la actuación administrativa y un paralelo afinamiento de las técnicas correspondientes*"³.

¹ *La pasión del poder. Teoría y práctica de la dominación*, Anagrama, Barcelona, 1.^a ed. 2008, p. 18. En cita de B. RUSSEL, " *poder es producir los efectos deseados*" (p. 17).

² Pues, como refirió E. GARCÍA DE ENTERRÍA (*La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 3.^a ed. 1983, p. 43), " *la Administración no es señor del Derecho, como puede pretenderlo serlo, aunque siempre será parcialmente, el legislador. La Administración no es un poder soberano (...)*"

³ F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español. El acto y el procedimiento administrativo*, Tomo III, Eunsa, Pamplona, 1997, p. 433

Por ello, *prima facie*, el ejercicio de la discrecionalidad se presenta como hartamente problemático, porque es claro que por motivos de eficacia, incluso por la propia naturaleza de las cosas, el Ordenamiento jurídico no puede preverlo todo con un nivel de intensidad o densidad que permita que la interpretación y aplicación de la norma sea una operación clara, precisa y limpia de adherencias contaminantes y de prejuicios ideológicos o de otra clase. Ocurre justo lo contrario, pues el Ordenamiento de ordinario habilita una discrecionalidad administrativa que permite un margen de acción relativamente amplio, puesto que la cantidad de factores y necesidades que definen la actividad administrativa aconseja, e, incluso, exige, tener discrecionalidad⁴. Y es aquí, justamente, donde comienza la dificultad, pues la libertad de elección, en buena teoría jurídico-constitucional, debe estar presidida siempre por el interés público, algo que no siempre está claro en la actuación administrativa.

No es éste, como es obvio, el lugar para intentar una definición sobre la discrecionalidad administrativa. Primero, porque es una cuestión que tiene una complejidad que desborda el estricto objeto de este estudio, y, en segundo término, porque la bibliografía sobre este tema, tanto española como foránea –de la cual, por cierto, ha bebido, y mucho, la española– es ya inabarcable, como no podía ser de otra forma al tocar un nervio tan sensible, y, al propio tiempo, tan esencial para los derechos del ciudadano, como es la discrecionalidad administrativa⁵. Ahora bien, es pacífico considerar que la

⁴ Vid., por ejemplo, el libro de M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 25, y bibliografía allí indicada.

El propio John LOCKE, en *Two Treatises of Government*, 1690 (*Dos ensayos sobre el Gobierno Civil* (traducción de F. Jiménez García; ed preparada por Joaquín Abellán, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 322), afirmaba que “*existen muchas cosas que las leyes no pueden contemplar de ninguna manera y que han de confiarse, necesariamente, a la discreción de aquel que tiene el poder ejecutivo para que lo ordene de acuerdo con las exigencias del bien público. Es más, conviene que las leyes mismas dejen campo libre en ciertos casos a la actuación del ejecutivo o, por mejor decir, a la ley fundamental de la naturaleza y del gobierno según la cual todos los miembros de la sociedad han de verse protegidos, en la medida de lo posible*”.

⁵ Es, como se ha dicho, prácticamente inabarcable la bibliografía sobre la discrecionalidad administrativa. Carece de sentido, y también de utilidad, intentar aquí hacer una relación de libros, artículos y comentarios más o menos exhaustiva. Basta con señalar, aparte del estudio señero de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, cit., la controversia que en los años noventa del pasado siglo se produjo entre varios renombrados profesores: T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 2.^a ed ampliada 1997, L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, 1993, M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994; o, en fin, del propio E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en un libro más reciente, y también muy vivo y enérgico, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 3.^a ed. 1997.

Otros autores han escrito, asimismo, con mucha solvencia técnica (particular interés tienen los

discrecionalidad –aunque es, como ya se ha advertido, un concepto controvertido–, permite al ente administrativo una pluralidad de soluciones, todas ellas igualmente justas, que, por consiguiente, la Administración puede adoptar. El Tribunal Supremo, probablemente influido por la doctrina, y, en concreto, por las tesis del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA⁶, ha afirmado que la “*potestad que tiene la Administración para elegir entre varias alternativas legalmente indiferentes, ya que la decisión discrecional se basa en criterios extrajurídicos, de oportunidad o de conveniencia, que la ley no predetermina sino que deja a su libre consideración y decisión, pudiendo en consecuencia optar según su criterio subjetivo*” (STS de 1 de junio de 1987)⁷. Lo que significa que, desde este concepto que asume el Alto Tribunal, la Administración Pública puede optar legítimamente por esas opciones que resultan igualmente justas. Hay, pues, discrecionalidad; lo que significa que existe “*libertad de actuación*”⁸. La elección entre varias soluciones que son jurídicamente indiferentes se produce por criterios extrajurídicos –sociológicos, económicos, arquitectónicos, ecológicos, etc, etc–⁹, y, dentro de esta elección, es plenamente

libros de M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, o de E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1997), sobre este tema, pero no es posible detenerse, pues desbordaría el sentido de esta cita, por fuerza resumida. Me permito, no obstante, indicar al lector interesado que una referencia bibliográfica bastante completa se encuentra en el libro de C. D. CIRIANO VELA, *Administración económica y discrecionalidad (Un análisis normativo y jurisprudencial)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 593-633. Hay, como es obvio, artículos más recientes que se relacionan con el objeto de este trabajo, como los firmados por M. BACIGALUPO (“En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos judiciales: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107, 2000, pp. 407 y ss.) o por R. BOCANEGRA SIERRA y A. HUERGO LORA (“Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 111, 2001, pp. 405 y ss.)

⁶ Su trabajo *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, cit es de inexcusable recordatorio en esta cuestión.

⁷ Asimismo, la STS de 1 de diciembre de 1993 declaró: “*El ordenamiento jurídico atribuye potestades a la Administración de dos formas distintas: en las potestades regladas el propio ordenamiento determina agotadoramente el contenido de la decisión a dictar, en tanto que en las discrecionales remite a la estimación subjetiva de la Administración la concreción de alguno de los aspectos del contenido de la decisión: mientras que en las primeras la ley “tipifica” el contenido del acto, en las segundas resultan posibles varias soluciones igualmente lícitas –y por tanto indiferentes para el derecho- entre las cuales ha de elegir con criterios extrajurídicos*”

⁸ Así lo afirma, por ejemplo, A. GALLEGRO ANABITARTE, “Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad”, Prólogo al libro de A. MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal (1894-1983)*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 21.

⁹ Vid. J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas,

válida la actividad de la Administración.

A partir de aquí es preciso hilar más fino, porque surgen varias cuestiones que ensombrecen o nublan la claridad de una definición de corte académico, que si bien es explicativa y cómoda en la academia, no resulta del todo eficaz para resolver problemas prácticos de enjundia que se resisten a ser reducidos a dogmas o categorías convencionales, pues se necesita saber: a) cuándo es posible hablar técnicamente de discrecionalidad y cuál es su concreto alcance; b) cómo se articula el control y hasta dónde puede llegar éste¹⁰; c) ¿es posible, desde la perspectiva constitucional, sustituir por medio de otra decisión la incorrecta resolución administrativa?; d) ¿tiene encaje la discrecionalidad en la Carta Magna de 1978?, etc, etc.

Indudablemente, la discrecionalidad, como la justicia administrativa, la descentralización, el Poder Judicial, etc, debe encuadrarse en el marco o contexto político y jurídico existente, dentro del cual, en un Estado social y democrático de Derecho, como es el español (art. 1.1, CE), el reconocimiento y la garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos resulta inexcusable, pues éstos constituyen uno de los pilares sobre los que se asienta toda la arquitectura constitucional. En un sistema autocrático, como el que existía antes de la Constitución de 1978, el control que se arbitraba sobre la discrecionalidad de la Administración Pública, aunque muy meritorio desde el punto de vista técnico, estaba dañado o pervertido desde su raíz por el "pecado original" que llevaba implícito todo el sistema. Y de la misma manera que un paralítico, por muy fuertes que tenga los brazos, no puede competir con un atleta boxeador plenamente en forma, por muy bien que pudieran funcionar esas proezas técnicas que se enfatizaban para controlar la discrecionalidad, en modo alguno podían surtir los mismos efectos que en un Estado de Derecho plenamente constituido. Y ello por un dato esencial: la propia posición y actuación del Poder Judicial no podía ser equiparable con la de un Estado de

Madrid, 1993, p. 19. Por su parte, E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, ob cit., p. 70, destaca que la discrecionalidad es un "supraconcepto", que se refiere a un determinado modo de operar administrativo, que consiste en adoptar decisiones dentro de un margen que deja el Ordenamiento jurídico, para lo que se permite una elección entre distintas alternativas sobre la base de conceptos extrajurídicos. Lo que permite un ámbito de apreciación valorativa de la Administración, que, en rigor, sólo a ella compete. No obstante, esto no significa que no haya límites internos y externos para la adopción de estas decisiones sobre la base de distintas alternativas. Hay extremos y aspectos que delimitan esa capacidad de actuación

¹⁰ M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, cit., pp. 219 y ss, que analiza el derecho a la tutela judicial efectiva como límite constitucional a la atribución de potestades discrecionales.

Derecho¹¹. Esto significa que aunque los mecanismos técnicos de control, tan trabajosamente confeccionados, tenían muchas virtualidades para la fiscalización de la actividad administrativa, el control, por el contexto en el cual se aplicaba, tenía un impacto bastante más flojo que el que puede originar en un *Estado propiamente de Derecho*¹². Por eso es sólo una verdad a medias el argumento que se esgrimió en un momento determinado por alguna doctrina sobre la mayor legitimidad democrática de la Administración Pública en el Estado constitucional (dejando entrever que esos mecanismos técnicos tenían que modularse o aflojarse, pues no se estaba luchando contra una Administración autocrática), pues, en realidad, esa lucha nunca era tan abierta y clara como la que se mantiene en un auténtico Estado de Derecho¹³. Por esta razón los instrumentos técnicos de control cuando realmente producen efectos es con el alzamiento del Estado social y democrático de Derecho, que los trans-

¹¹ En este extremo, por ejemplo, A. NIETO GARCÍA, *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2004, p. 127.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA en su libro *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., pp. 39, y 47 y 48, dice: "(...) el propio régimen tenía entonces especial interés en presentar una faz de "Estado de Derecho" en el sentido (que era, por cierto, el de los clásicos alemanes más relevantes del XIX y XX), de un Estado con Derecho Administrativo pero sin derechos fundamentales (...)". En la página 39 afirma: "El error está en suponer que el Derecho Administrativo, como llega a afirmarse en relación con el específico caso de España, y en concreto el afinamiento de sus técnicas de control, tenga un lugar más apropiado en los regímenes dictatoriales que en los democráticos. Esto, de nuevo en el terreno de los hechos, es inexacto, rotundamente. Ningún régimen autoritario facilita el control judicial de sus actos, ninguno tampoco reconoce siquiera la legalidad como un límite y los derechos de los ciudadanos, base de ese control, como obstáculo a su omnipotencia". También, M. BELTRÁN DE FELIPE (*Discrecionalidad administrativa y Constitución*, cit., pp. 221 y ss) hace una crítica sobre la pretendida mayor legitimidad democrática de la Administración actual.

Es obvio que el sentido común y la lógica, así como la experiencia, certifican la absoluta certeza de estas afirmaciones. Lo sorprendente es que se haya llegado a dudar de algo tan elemental: un régimen autocrático, por su propio carácter, no quiere controles ni fiscalizaciones venidas del Derecho

¹² Esos mecanismos técnicos de control, tienen su encaje natural en el Estado democrático de Derecho, esto es, en un Estado en el cual esté garantizada la separación efectiva de poderes, que reconozca y garantice tanto el sometimiento del poder al Derecho, como los derechos e intereses de los ciudadanos, en un Estado, en fin, que corresponda con una democracia avanzada. Es evidente que cuando no existen esas condiciones previas, cualquier mecanismo técnico pierde su fuerza y su capacidad para lograr lo que en teoría pretende alcanzar. Desconocer esto, es ignorarlo todo, y divagar sobre teorías vacías que para nada sirven.

¹³ Como es lógico, cuando se dice "auténtico Estado de Derecho", no se afirma para hacer una concesión a la retórica: no todo Estado que se califica formalmente como "de Derecho" lo es realmente. Sólo si se dan concretas condiciones se puede hablar de "Estado de Derecho" en sentido técnico. Por lo demás, el Estado de Derecho no se tiene definitivamente porque la Constitución o unas Leyes lo digan, sino que es preciso construirlo día a día, y sin desmayo ni excesiva confianza en lo conseguido, pues las trampas siempre acechan, las tentaciones del poder nunca mueren, sino que, como la energía, y en el mejor de los casos, se transforman, y, en un contexto así, la fragilidad de todo lo logrado es indiscutible. Dicho en otras palabras: *el Estado de Derecho es de cristal, no es de acero*. Por tanto, puede romperse si no se trata con el debido cuidado, y esa ruptura puede ocurrir en cualquier momento.

figuró de tal manera que permitió avanzar mucho más que con anterioridad.

Con independencia de esto, que es bastante obvio y elemental, por otra parte, es palmario que el planteamiento de una cuestión tan relevante y, al propio tiempo, tan necesaria e inasible como la discrecionalidad de los actos y acuerdos de la Administración¹⁴, hay que radicarlo en la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, más que en una supuesta evolución histórica de un Estado autocrático a uno democrático y de Derecho, o a una mayor o menor legitimidad de la Administración Pública española, ya que ésta, en último término, se legitima en la prestación eficaz y satisfactoria de los servicios públicos, y en el riguroso respeto a la ley y al Derecho. Como destacó, hace ya algunos años, MARTÍN REBOLLO *"la legitimidad de la Administración (...) no reside en que sea representativa sino en su carácter servicial, en su dependencia y su instrumentalidad al servicio de la eficacia y la objetividad de su funcionamiento. De ahí que no pueda ni deba confundirse una Administración democrática con una Administración representativa. La Administración no representa a nadie: sirve a los intereses generales. La Administración es democrática si asume los valores constitucionales, es eficaz, objetiva y transparente, si está suficientemente controlada desde fuera"*¹⁵. Pues como, asimismo, argumenta GARCÍA DE ENTERRÍA es *"esta situación de ejecutores de la Ley, como decisión previamente establecida, la que da a los titulares que ejercen las funciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial el carácter de simples "agentes" de la Ley. No pueden ordenar lo que la Ley no manda, no pueden prohibir lo que la Ley no ha prohibido, son ejecutores de lo ya ordenado anticipadamente por ésta"*¹⁶; por lo que, en ningún caso, *"la teoría de la democracia puede proporcionar razón alguna para pretender una indiscutibilidad de las decisiones de los gestores públicos y más bien la posibilidad de su impugnación se adecúa exactamente al carácter abierto*

¹⁴ Y, asimismo, tan trascendente para la operatividad del Derecho Administrativo. No es de extrañar que, por ejemplo, Bernard SCHWARTZ, en su *Administrative Law* (Boston, 3.^a ed. 1991, p. 652), señale que, verdaderamente, *"de qué trata el Derecho Administrativo si no es del control de la discrecionalidad"*, y, en la doctrina española, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*"Discrecionalidad y jurisdicción revisora"*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 2, 1974, p. 285), haya afirmado que *"la discrecionalidad ha sido, es y seguirá siendo el gran problema del Derecho Administrativo"*. Lo mismo que subraya, más recientemente, M. BACIGALUPO, cit., p. 21.

¹⁵ *Constitución, Derecho Administrativo y Estado autonómico*, Asamblea de Cantabria, Santander, 1990, pp. 45 y 46. Prosigue: *"La Administración es democrática, aunque parezca una redundancia, si es la Administración de un Estado democrático, es decir, de un Estado de democracia parlamentaria. Ese es el punto de partida de juristas tan notables como Hans KELSEN y, sobre todo, de su discípulo administrativista, Adolf MERKL (...)"* (p. 46).

¹⁶ *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.^a ed., cit, p. 53.

*de la sociedad democrática, a su búsqueda de una integración no por mitos globales ni por la imposición forzosa de los valores de las mayorías, sino por el libre desarrollo y las iniciativas de los ciudadanos*¹⁷.

Por tanto, es evidente que el establecimiento de un Estado democrático, lejos de acortar, modular o redimensionar a la baja los mecanismos técnicos que permiten el control efectivo de la Administración Pública, los ha intensificado. Y, de hecho, se ha producido en los últimos treinta años un aumento de la perfección técnica de los mecanismos de control a raíz de la aprobación de la Carta Magna de 1978, como no podía ser de otra forma. Así, a las técnicas tradicionales que el propio GARCÍA DE ENTERRÍA propuso en su conocido trabajo *"La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)"*¹⁸, en 1962 (existencia de la potestad discrecional y concreta extensión de ésta, la verificación de los hechos que legitiman su aplicación, la competencia del órgano, y la observancia del procedimiento y el fin, así como los principios generales del Derecho y los conceptos legales indeterminados), se han añadido otras fórmulas técnicas en orden al control de la Administración, que reclaman rehacer desde los mismos cimientos constitucionales la discrecionalidad de la Administración; esas nuevas fórmulas técnicas son, por ejemplo, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3, CE), la razonabilidad y la racionalidad, o principios generales, como el de proporcionalidad o la congruencia interna de la decisión¹⁹, que han abierto nuevas vías o caminos en el Estado de Derecho, sin que pueda calificarse para nada *estas nuevas fronteras* como una muestra de un supuesto "activismo judicial"²⁰,

¹⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.ª ed, cit., p. 75. Dice: "Naturalmente que sobre ese fondo general se sobreponen los valores propios del sistema jurídico, apoyado en la técnica del reino de la Ley, norma común para gobernantes y gobernados, que aquéllos no pueden pretender en ningún caso poder interpretar de forma prevalente a la interpretación en que éstos intenten apoyar sus propios derechos e intereses"

¹⁸ Como se ha anticipado, este trabajo es básico para el conocimiento del control de la discrecionalidad de la Administración. Se publicó en la *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962 (pp. 159-209). A. NIETO GARCÍA en los comentarios que hizo al volumen 34 *artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1983, p. 486, lo calificó de "verdadero manifiesto constitucional. Desde el Derecho empieza así España su largo camino hacia la Democracia". No es elogio menor, precisamente.

¹⁹ Así, por ejemplo, se exige la coherencia interna de los planes urbanísticos, con base en la fuerza normativa de lo fáctico (STS de 21 de marzo de 2006). Vid, sobre este punto, M.ª R. ALONSO IBÁÑEZ, "Planeamiento urbanístico. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia (2006)", *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 234, 2007, pp. 110 y ss.

²⁰ Es más, la jurisprudencia española no ha sido precisamente vanguardista, sino más bien todo lo contrario. Nada que ver con la doctrina del Consejo de Estado francés, o con las decisiones de órganos jurisdiccionales ingleses o norteamericanos, en los que el avance, la perspicacia técnica y

sino como una consecuencia necesaria de un sistema jurídico basado en la democracia y en la libertad (arts. 1.1 y 10. CE), y que, por tanto, reconoce y garantiza los derechos e intereses de los ciudadanos²¹. Nada más lógico y normal. Creer que el Poder Judicial, porque hace su trabajo, se excede es, como mínimo, una curiosa manera de concebir el Estado democrático, donde la división de poderes es garantía imprescindible para poder ser calificado como tal, y donde el control de la Administración debe ser efectivo e intenso. Por eso, el cambio que ha traído la Constitución Española es sustancial, pues de un "*Estado con Derecho Administrativo pero sin derechos fundamentales*" (GARCÍA DE ENTERRÍA)²², se ha pasado a un Estado que reconoce y garantiza los derechos e intereses de los ciudadanos (cfr art. 53. 1 y 2 CE.)²³. Es este contexto el que debe servir de base, fundamento e inspiración para articular la discrecionalidad administrativa, y no una pretendida eficacia administrativa desorbitada, que teniendo una indudable relevancia, no está al mismo nivel constitucional que la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

Si esto es así, y es palmario que han existido avances en la doctrina y en la jurisprudencia contencioso-administrativa, no por eso debe creerse ingenuamente que el ciclo se ha cerrado. Como dice Prefecto Andrés IBÁÑEZ en un significativo artículo titulado "*Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar*"²⁴; la lucha debe continuar, y la guardia no debe bajarse en modo alguno, y ello, en síntesis, por dos razones: i) porque el poder, con su carácter expansivo y dominante, crea o abre siempre nuevos espacios en los cuales su ejercicio se muestra con más intensidad y energía, y, por ello, propende a eludir controles y fiscalizaciones con los más variados argumentos y excusas (razón de Estado, eficacia administrativa, interés general, im-

la "creación" de verdadero y buen Derecho es conocida, y no necesita mayor argumentación. Para el Consejo de Estado francés es todavía interesante remitirse al librito de Prosper WEIL, *Derecho Administrativo* (traducción española de L. RODRÍGUEZ ZÚÑIGA, adaptada a la décima edición original de Javier GARCÍA DE ENTERRÍA L VELÁZQUEZ, Madrid, 1.^a ed. 1986, donde se encuentra una frase elocuente que excusa más argumentos. Dice WEIL: "*El Consejo de Estado ha segregado el Derecho Administrativo como una glándula segrega su hormona: la jurisdicción ha precedido al derecho y, sin aquella, éste no hubiese nacido*" (p. 43)

²¹ Véase, M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales a su atribución)*, ob cit., pp. 237 y ss, quien afirma que la garantía de una tutela judicial efectiva, no sólo formal, sino también material, frente a la actuación administrativa presupone "*la exigencia constitucional de una determinada densidad en su programación normativa*"

²² *Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.^aed., cit., pp. 47-48.

²³ Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, "Control de la discrecionalidad y derechos fundamentales", *Poder Judicial*, núm. 31,1993, pp. 205-234

²⁴ Publicado en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 93, 1997, pp. 5 y ss.

sibilidad material, etc, etc); y ii) porque sería iluso entender que las garantías de los derechos y libertades, por mencionarlas en las normas, ipso facto se convierten en garantías materiales. Nadie con alguna experiencia en la realidad administrativa y en la actuación forense puede admitir que el reconocimiento de un derecho implica automáticamente su correcta tutela. De lo que dice formalmente la ley a lo que se aplica en la práctica hay un largo trecho, que, sin duda, debe ocupar la adecuada técnica jurídica, para que pueda de verdad ese derecho convertirse en una realidad práctica al alcance de los ciudadanos. Con este planteamiento de "lucha continua", es obvio que muchos lugares comunes y convenciones académicas deben remozarse a la luz de las virtualidades que la Constitución ofrece, y que, en algunos casos, no han sido suficientemente exploradas, y mucho menos explotadas. Hay un caso de una evidente importancia y significación: el de la discrecionalidad técnica y el de los nombramientos discrecionales efectuados por el Consejo General del Poder Judicial²⁵, órgano de gobierno de dicho Poder (art. 122.2, CE.), puesto que de una postura reticente al control efectivo de dichos nombramientos, en la cual la jurisprudencia utilizaba subterfugios como la colegialidad del órgano, los motivos de confianza o la gran discrecionalidad para no entrar en la fiscalización real y efectiva del nombramiento, se ha pasado a otra mucho más progresiva que entra seriamente en el control del nombramiento, con el uso de técnicas y criterios que obligan a desarrollar una motivación detallada de aspectos que antes se cubrían con el manto de la discrecionalidad. Es este asunto de los nombramientos discrecionales del CGPJ un ejemplo elocuente del avance de las técnicas jurídicas en orden al control de la Administración Pública²⁶, y que tienen en la motivación de los actos y acuerdos discrecionales

²⁵ En adelante, CGPJ.

²⁶ El CGPJ es, como dice el artículo 122.2 de la Constitución, "el órgano de gobierno del mismo", y estará "integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión" (art. 122. 3, CE). Por tanto, es evidente que no es un órgano inserto dentro del organigrama del Poder Ejecutivo, ni, por lo tanto, de la Administración Pública (arts. 97, y ss y 103 y ss CE), como refleja, por otra parte, su propia ubicación sistemática dentro de la Constitución Española –que es en el Título VI, relativo al "Poder Judicial", y no en el Título IV, que es el que alude "Del Gobierno y de la Administración" (arts. 97-107) –. Sin embargo, es evidente que para el Ordenamiento jurídico se trata de un órgano en el cual se desarrolla actividad administrativa estrictamente considerada. Así se colige de lo dispuesto en el artículo 143.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), y, por supuesto, de lo establecido en el artículo 1.3. b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que dice que conocerán –los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo–, las pretensiones

les un cauce que debe ser seguido en otros ámbitos administrativos

2. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y MOTIVACIÓN: UNA RELACIÓN CONFLICTIVA PERO OBLIGADA

Pero antes de analizar estos pronunciamientos del Tribunal Supremo, con la extensión que esta evolución jurisprudencial merece, es preciso destacar la necesaria relación que tiene que existir entre discrecionalidad administrativa y motivación en el seno de un Estado de Derecho. La motivación de los actos y acuerdos administrativos discrecionales no estaba específicamente prevista en el artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958²⁷, lo cual fue criticado por la doctrina más autorizada²⁸. Ha sido la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, la que ha venido a incorporar esta elemental exigencia de los actos y acuerdos discrecionales (art. 54 1, f)²⁹, como consecuencia de una cabal interpretación y aplicación de la Constitución, y de la necesidad de que no sólo la Administración actúe de acuerdo a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), sino de que pueda ser efectivamente controlada por los Jueces y Tribunales (art. 106.1), para evitar, asimismo, la arbitrariedad (art. 9.3, CE).

Desde una perspectiva más amplia, hay que tener en cuenta que hoy el

que se deduzcan en relación con “*Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial*”

²⁷ Este precepto se limitaba a decir:

1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:
 - a) Los actos que limiten derechos subjetivos
 - b) Los que resuelvan recursos
 - c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos
 - d) Aquellos que deban serlo en virtud de disposiciones legales; y
 - e) Los acuerdos de suspensión de actos que hayan sido objeto de recurso.
2. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior los actos enunciados en el artículo 40, apartado b), de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa.

²⁸ Así, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 4.^a ed. 1983, pp.524 y 525.

²⁹ Vid L. MARTÍN REBOLLO, “Capítulo VII Disposiciones administrativas y actos administrativos”, en el vol colectivo, dir por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1.^a ed. 1993, p.164, quien afirma que la exigencia de motivar los actos discrecionales era “una generalizada aspiración doctrinal, como medio de poder controlar el ejercicio de la potestad discrecional (...)”

deber de motivar las decisiones administrativas tiene alcance europeo. La misma *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* prevé en su artículo 41, dentro del "derecho a una buena Administración", la "*obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones*". Y el Tribunal de Justicia de la Comunidad ha declarado que no es suficiente con referir o reproducir el texto de los artículos que se aplican, sino que debe señalarse *la justificación de la medida adoptada por la Comisión* (STJCE de 24 de enero de 1992, caso *La Cinq. S. A.*) para que el interesado pueda defender sus derechos y comprobar si la medida es o no fundada. Esto comporta que la necesidad de motivar no es una mera formalidad, sino que conecta con una cultura jurídica, asumida y asentada ya de forma clara, en la que la Administración, o, más ampliamente, los poderes públicos, deben dar cuenta y razón de sus medidas, comportamientos u omisiones. En este contexto, la motivación es una consecuencia lógica de la plasmación de un verdadero Estado de Derecho y de una Sociedad democrática avanzada, que requiere una Administración que se sujete al Derecho, y que así lo pruebe en la práctica, explicando debidamente lo que dicta.³⁰ Y de hecho, como refiere COSCULLUELA, los supuestos de motivación que ampara y exige el ordenamiento jurídico son tan amplios que "*prácticamente sólo los actos reglados favorables al interesado y no perjudiciales para tercero quedan exentos de motivación*"³¹

La motivación es precisa, como ha destacado el Tribunal Supremo (STS de 15 de octubre de 1981, Ar. 3673), porque es *la "exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión jurídica contenida en el acto, como necesaria para conocer la voluntad de la Administración, tanto en cuanto a la defensa del particular que por omitirse las razones se verá privado, o*

³⁰ La STS de 25 de julio de 2006 declaró, entre otras cosas: "*La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante en nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (...), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE y que, también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad de la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones"; por ello, en el caso que trata, esta STS dice que se requería justificar la decisión que, en el momento de la aprobación provisional y definitiva, se aparta del criterio de la aprobación inicial del plan.*

³¹ *Manual de Derecho Administrativo Parte General*, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, 21.^a ed. 2010, p. 330

al menos restringido, en sus medios y argumentos defensivos, como respecto al posible control jurisdiccional si se recurriera contra el acto"; y si, en consecuencia, es necesaria en una serie de actos y acuerdos para exteriorizar la razón o causa del acto, y, paralelamente, para poder controlar los mismos³², cobra una especial relevancia cuando esos actos son producto del ejercicio de la potestad discrecional. En este extremo, frente a la crítica que en otros apartados la Ley 30/1992 merece, dicha previsión exige reconocer su avance³³, pues reconduce a una conclusión clara: si el acto dictado en ejercicio de una potestad discrecional no es motivado se presenta como caprichoso o arbitrario, y, por tanto, como potencialmente ilegal³⁴. La doctrina que se ha ocupado de esta cuestión es muy clara sobre este punto. Así, T. R. FERNÁNDEZ sostiene que la "motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal"³⁵. Y la jurisprudencia en un ámbito en el cual la discrecionalidad tiene su campo abonado, como es el de la planificación urbanística³⁶, ha destacado los medios y las formas de

³² Puede consultarse el estudio de M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, quien (pp. 223 y 224) argumenta que "la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, junto con una decidida jurisprudencia del Tribunal Supremo en favor de la aplicación directa del principio de objetividad y del de interdicción de la arbitrariedad, llevan a nuestra jurisprudencia a manejar la motivación, no como un puro requisito de forma, susceptible siempre de convalidación e irrelevante si no impide interponer los recursos oportunos, sino como un verdadero requisito de la actividad administrativa, cuando no pueda apreciar el criterio de la decisión".

Hay que indicar, sin embargo, que la jurisprudencia matiza en función de que el acto administrativo sea resolutorio o de mero trámite; así la STS de 9 de marzo de 2006, en un supuesto de requerimiento de información de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, declaró que tenía motivación suficiente. "Es necesario –aseveró el Supremo –, tener en cuenta que el requerimiento de información, no es un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el período informativo previo (...), con lo que el requisito de motivación debe flexibilizarse".

³³ Vid. F. GARRIDO FALLA y J. M.³ FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio de la Ley 30/1992)*, Civitas, Madrid, 1993, p.157. Se destaca que es la más importante novedad de la Ley en relación con la motivación.

³⁴ A. DORREGO DE CARLOS y C. GUTIÉRREZ VICÉN, "Capítulo 9. Disposiciones y actos administrativos (artículos 41, 45 y 46 y 51 a 61)", en el vol colectivo *Administraciones Públicas y ciudadanos (Estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, coord por B. PENDÁS GARCÍA, Praxis, Barcelona, 1993, p. 442.

³⁵ *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 82.

³⁶ Debe advertirse que el artículo 3.1, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, establece que el "ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve". Una novedad sin duda muy relevante (en este sentido, J. M. DÍAZ LEMA, *Nuevo Derecho del suelo*.

control de esta discrecionalidad, y ha resaltado la trascendencia que tiene, por ejemplo, la memoria del Plan urbanístico para verificar el ajuste a Derecho de las decisiones que, desde un punto de vista estrictamente extrajurídico, adopta el planificador y que se explicitan en el plan finalmente aprobado. La STS de 21 de enero de 1997, por ejemplo, ha declarado que esta memoria expresa la motivación del plan, es decir, manifiesta la " *exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y por consecuencia, las determinaciones del planeamiento*"³⁷. La memoria, pues, sirve para "evitar la arbitrariedad" (STS de 9 de julio de 1991), y por consiguiente se desenvuelve en un contexto en el cual hay una unión esencial entre motivación y discrecionalidad.

Es evidente, por tanto, que los actos discrecionales deben estar motivados, ya que ello permite comprobar cuáles son las razones o causas que han impulsado a la Administración para adoptarlos y asegura así un mejor control de la discrecionalidad administrativa por parte de los particulares (STC 37/1982, de 16 de junio). Hasta aquí todo parece claro; el problema surge al tratar de determinar qué se entiende por motivación suficiente, pues una vez establecido: a) *que hay una relación inescindible entre ejercicio de la discrecionalidad y motivación de los actos y acuerdos administrativos*, y b) *que es preciso motivar, por tanto, todos los actos y acuerdos aprobados en ejercicio de las potestades discrecionales, en aplicación del artículo 54.1, f) de la Ley 30/1992*, lo problemático es saber cuál es el carácter, contenido y alcance de esta motivación; es decir, si puede reputarse motivación cualquier argumento o fórmula de estilo que la Administración tenga por conveniente consignar en el acto o acuerdo que dicta, ya que el artículo 54.1 de la Ley 30/1992 se limita a disponer que serán motivados "con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho". Lo cual puede ser interpretado –y así se interpreta a veces– como la expresión de unos escuetos datos o juicios de valor, sin soporte alguno en el expediente, y que, en realidad, no indican nada, o, por el contrario, este requisito implica expresar una justificación mínimamente consistente de la decisión. A nuestro juicio, la motivación que exige el artículo 54.1 (que, por lo demás, debe ser interpretado y aplicado de acuerdo con los arts. 9.1 y 3, 24.1, 103.1 y 3, y 106, CE, entre otros) es una motivación real o material³⁸, y no me-

Comentarios a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2008, pp. 18 y 19)

³⁷ Véase, sobre este particular, el libro de J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., pp. 44 y ss.

³⁸ En esta dirección, véanse M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, ob cit., pp. 31 y ss, y M. ATIENZA, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 85, 1995, pp. 18 y ss, quien subraya que

ramente formal. Una motivación que no tiene que ser por fuerza extensa o minuciosa³⁹, pero sí precisa, suficiente (STS de 9 de junio de 1986) y coherente con lo actuado en el expediente⁴⁰. Por tanto, no basta con que se “rellenen” de

“motivar una decisión no significa explicarla, sino justificarla”, pues un acto arbitrario *“no es un acto sin causa, sin motivo, sin explicación, sino un acto que carece de razones que lo hagan aceptable, es decir, que carece de justificación”*. Pero es que la Administración en muchísimas ocasiones ni siquiera llega a la explicación más elemental, ya no digamos a la justificación, que parece ya una sutileza versallesca para muchos administradores acostumbrados a decidir sin explicar, y que, incluso, ven “justificar” la resolución como una especie de renuncia inaceptable ante el particular. Con estas costumbres administrativas es con las que hay que acabar, imponiendo una motivación seria y consistente, es decir, una motivación material.

³⁹ Se ha permitido, incluso, la remisión a informes que puedan haber realizado otros órganos, que son asumidos por el órgano que dicta el acto final, pero ello siempre que el informe tenga una motivación suficiente (SSTS de 30 de junio de 1986 y 4 de noviembre de 1988). Y el artículo 89. 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dice textualmente que *“La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”*. Sin embargo, esto no siempre ha sido así en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ejemplo, una significativa STS de 5 de julio de 1996, dictada en un recurso de casación en interés de Ley, relativo al reconocimiento de los tramos de investigación por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad (conocidos coloquialmente como sexenios), declaró algo tan curioso como que las *“decisiones de la Comisión Nacional Evaluadora de la actividad investigadora están suficientemente motivadas aunque no manifiesten explícitamente las razones por las que valoran negativamente un período o períodos de investigación, cuando hacen suyas las puntuaciones asignadas por los Comités Asesores al valorar globalmente el conjunto de las aportaciones en cada uno de los criterios objeto de evaluación”*. Lo cual significa que se acepta un informe que contiene sólo un número (5, 6, 7, etc), y esto, según el Tribunal Supremo, es “motivación”, cuando es patente que en ese informe no hay una motivación “suficiente”, como ha destacado SALAVERRÍA, que entiende que el Alto Tribunal opta por considerar motivación suficiente lo que no es *“ni siquiera motivación”* (“Discrecionalidad y motivación (Algunos aspectos teórico-generales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, 2002, p. 141)

⁴⁰ *Precisa* en cuanto que no puede reputarse motivación afirmaciones abstractas o genéricas que sirven para todo (Cfr., por ejemplo, M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, ob cit., pp 190 y 191, donde refiere la jurisprudencia que exige precisión en las normas y los hechos); *suficiente*, (STS de 22 de junio de 1995), ya que deben consignarse los hechos y los fundamentos de derecho, pero ello no quiere decir que con la mera transcripción de un precepto, o con la escueta consignación de un dato o hecho, sin integrarlo en una explicación convincente, queda satisfecha esta exigencia. La motivación suficiente exige que haya un discurso -aunque sea esquemático, pero lo suficientemente elocuente -, que permita conocer la secuencia lógica entre los hechos que se tienen en cuenta y el Derecho que se aplica, articulando una conexión plausible de acuerdo con las reglas y técnicas del Derecho y del sentido común; y *coherente*, porque debe haber una conexión lógica entre lo que se solicita y se tiene en cuenta en el expediente y lo que se decide; no invocando cuestiones que no se plantean, ni teniendo en cuenta hechos que no proceden para estimar o denegar lo que solicita el interesado. O, por el contrario, no teniendo en cuenta lo sustancial, y sobrevalorando los aspectos periféricos o irrelevantes de lo que se plantea (vid., por ejemplo, A. HUERGO LORA, “La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 1998, p.92, que alude al carácter incorrecto de la motivación que no consigna los verdaderos motivos del acto, sino otros erróneos). La coherencia tiene mucho que ver con la lógica, pero también con la seriedad y la seguridad en el actuar administrativo (Cfr., por ejemplo, J. M.³ BOQUERA OLIVER, voz “Motivación del acto administrativo”, en la *Enciclopedia Jurídica Básica III*, Civitas, Madrid, 1.³ ed. 1995, pp. 4343 y 4344, quien cita una STS de 21 de marzo de 1968, Sala 4.³, que recalca la *“necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el Derecho aplicable y la decisión adoptada”*) Estos tres requisitos, que consideramos esenciales para poder hablar en serio de una motivación material, sencillamente a

cualquier manera los fundamentos que preceden a la decisión, sino que *“entre ésta y la apoyatura fáctica y normativa que le precede deba existir congruencia. Porque una resolución administrativa, al igual que una sentencia, es un conjunto coherente y solidario”*⁴¹. La eficacia o la rapidez –o *la economía procesal*, excusa que esgrime, por ejemplo, el voto particular que formulan algunos magistrados del Tribunal Supremo a la, por otra parte, correcta STS de 29 de mayo de 2006⁴²– no pueden invocarse en detrimento de los derechos e intereses de los ciudadanos, y, por consiguiente, el carácter “sucinto” no puede servir de apoyo a excusas para no exteriorizar verdaderamente los fundamentos que se han tenido en cuenta para adoptar el acto o acuerdo por la Administración. La doctrina del Tribunal Supremo de los últimos años se muestra

veces no se aplican por la Administración, y, lo que es todavía más grave, por los propios Tribunales. El ejemplo de la STS, ya citada, de 5 de julio de 1996, o, incluso, de la STC 17/2009, de 26 de enero, son ilustrativos de esta materia. En concreto, es grave que la STC 17/2009 se apoye en la STS de 5 de julio de 1996, cuando ya se sabe que es una STS muy poco elogiabile.

⁴¹ F. GONZÁLEZ NAVARRO, en el volumen colectivo, elaborado junto con J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) II*, Civitas, Madrid, 1.ª ed. 1997, p.1502. Este autor, además, subraya que dada la unidad de esencia que existe entre *“proceso judicial y el llamado procedimiento administrativo, es perfectamente aplicable a éste la doctrina que sobre motivación de las sentencias judiciales ha recogido el Tribunal Constitucional en alguna sentencia”*, como, por ejemplo, la STC de 13 de mayo de 1987 (M. M. FERNANDO PABLO (*La motivación del acto administrativo*, cit., pp. 31 y ss ha analizado la proximidad de la motivación del acto administrativo y de la sentencia, así como las diferencias entre Poder Ejecutivo y Poder Judicial a estos efectos. Es obvio que hay que remitirse a este estudio, pues en un trabajo de esta naturaleza no se puede entrar).

Respecto a la coherencia que debe tener la resolución judicial, debe recordarse que las SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, y 64/2010, de 18 de octubre, declaran que el *“derecho a obtener una resolución judicial motivada (...) Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incurra en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia”* (STC 64/2010, de 18 de octubre, FJ. 3, con cita de otras SSTC). La STC 214/1999, de 29 de noviembre (FJ.4), además, subrayó que *“es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”* (Vid, asimismo, SSTC 96/2006, de 27 de marzo FJ. 6, y 105/2009, de 4 de mayo, FJ.2)

⁴² Sentencia que resolvió la impugnación del Real Decreto 1826/2004, de 30 de julio, por el que se nombró presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y que supone un cambio muy relevante y positivo de la doctrina del Alto Tribunal acerca de la motivación de los nombramientos judiciales, como se analizará más adelante.

partidaria de esta exigencia, esto es, de una motivación verdadera, y no de un simulacro de motivación con referencias escuetas o abstractas que sirven para todo, y que no justifican –y ni siquiera explican–, nada. La STS de 22 de junio de 1995 (Sala 3.ª, Sección 3.ª), declaró que *"La motivación de los actos administrativos, es decir, los motivos de hecho y de derecho del acto, han de ser sucintos, pero suficientes, de suerte que explicitan la razón del proceso lógico y jurídico que determinó la decisión administrativa"*; y la más reciente STS de 19 de julio de 2010 declara expresamente, en un asunto relativo al control de la motivación del juicio técnico de los Tribunales de oposiciones, que *"al recurrente no se le ha ofrecido una motivación sobre la no valoración de los méritos; y no puede calificarse de tal lo que se hace constar en la Hoja de baremación y en el Informe obrantes en las actuaciones, pues lo único que incluyen son expresiones abstractas y estereotipadas"*⁴³; y con respecto a la memoria de los Planes urbanísticos –asunto que no nos interesa en este artículo– ya hay unos pronunciamientos jurisprudenciales más o menos desarrollados que delimitan el contenido y alcance de la memoria. No es así en otros ámbitos en los cuales la discrecionalidad impera con fuerza, y siempre existe el peligro de que la motivación se trate de cumplir con expresiones vagas, con fórmulas estereotipadas que sirven para solventar muchos casos, pero que, en realidad, nada dicen de lo sustancial en el caso concreto. Un buen ejemplo de lo que se afirma es la criticable STS de 9 de diciembre de 2002, en un recurso interpuesto contra un acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en virtud del cual se hacía un nombramiento de Secretario del Servicio de Inspección del Consejo, en el que se esgrimía por la recurrente tener mayores méritos que el finalmente seleccionado y la falta de motivación. Pues bien, el Tribunal Supremo, sin el menor rubor, declaró: *"La no exigencia del requisito de motivación, entendido en el sentido de comparar los méritos de los distintos concursantes, justificando la superioridad de los apreciados en el nombrado, en supuestos equivalentes al enjuiciado, ha sido ya establecida por la*

⁴³ También la STS de 14 de abril de 2009, en un procedimiento para el acceso a la carrera judicial por la categoría de Magistrado, entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional, declaró que la motivación *"requiere explicar suficientemente cuales son las concretas razones de mérito y capacidad que determinan la elección de los aspirantes o participantes que resulten finalmente nombrados en dichos procedimientos"*. Esta STS asume la doctrina de las SSTS de 29 de mayo y 27 de noviembre de 2006 y 27 de noviembre de 2007, que luego se analizarán, y resalta que *"dicha exigencia está directamente conectada con el mandato de interdicción de la arbitrariedad y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículos 9.3 y 24 CE), pues va dirigida a hacer posible el control jurisdiccional sobre la certeza y validez de las razones que hayan llevado al Tribunal Calificador a su declaración contraria a la inaptitud del aspirante y, fundamentalmente, sobre si esa decisión se ajustó a esos parámetros de mérito y capacidad y no fue un mero ejercicio de voluntarismo"*

jurisprudencia de la Sala (...). Sin necesidad de reiterar íntegramente los argumentos expuestos en dichas resoluciones (...), sí diremos, con referencia a la sentencia de 30 de noviembre de 1999, en lo que resulta aplicable, que ni en los preceptos que regulan la materia, ni en ningún otro, se establecen normas o criterios de valoración de de calificación de los méritos invocados por los solicitantes, al modo de lo que en general se contiene en otros procedimientos selectivos, por lo que, obviamente, resulta, por un lado, que la libre apreciación de los méritos correspondientes sólo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el CGPJ puede valorar libremente, sin estar sometido al requisito formal de la motivación, y, por otra parte, que como aquella competencia abarca y comprende también tal apreciación de confianza, ésta no podrá ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada, que es, justamente, el fundamento esencial del requisito de motivación. Desde otro punto de vista, la citada sentencia de 30 de noviembre de 1999 pone de manifiesto que tal ejercicio de la discrecionalidad (en este supuesto de la libre apreciación de los méritos) corresponde a un órgano colegiado (el Pleno del CGPJ) y que es dicho órgano el que verifica el nombramiento, como expresión de una voluntad conjunta del mismo a través de un sistema de votación, que refleja su criterio, sin que sea necesaria una motivación expresa y pormenorizada de su opinión por parte de cada uno de los Vocales del Consejo. En suma, nos encontramos en un supuesto en que la calificación de los méritos de los que concurren al concurso se encomienda a la libre y discrecional apreciación del órgano colegiado que debe resolver dicho concurso, configurando el cargo en cuestión como un cargo de confianza, que se basa en la exigencia de un motivo de esta naturaleza (...)". Por tanto, de esta curiosa tesis se colige que lo que prima es la "confianza", pues los méritos –sin son mayores o menores, de una clase o de otra– son apreciados libremente por ese órgano colegiado que integra su voluntad a través de un sistema de votos, que no deben motivarse. Lo que empieza como un "concurso de méritos", lo interpreta el Tribunal Supremo en esta Sentencia como una operación abierta para trocar, y, por ende, transformar en una elección por motivos de confianza. La pregunta que surge de inmediato es la siguiente: ¿para qué hablar, entonces, de un concurso de méritos, si al final éstos, que, en buena lógica, deben ser objetivos, no son estimados con neutralidad y rigor, y lo que se impone es algo tan indeterminado y volátil como la confianza que puede inspirar el candidato?. Es más, ¿es serio invocar el carácter colegiado de un órgano para, pura y simplemente, exonerar del deber de motivar sus acuerdos?. ¿Es que el artículo 54 de la Ley 30/1992 no se aplica a los órganos

colegiados?⁴⁴. Las quiebras técnicas de esta STS⁴⁵ son de bulto, e impropias de un Alto Tribunal. En similares terrenos se desenvuelven las SSTs de 12 de febrero y 19 de febrero de 2008, que declaran que las normas de la convocatoria "*no exigen una motivación de la decisión del Tribunal diferente a la de una determinada puntuación dentro de la escala contemplada por tal regulación*", o la ya citada STS de 5 de julio de 1996, dictada en un recurso de casación en interés de Ley, relativo al reconocimiento de los tramos de investigación por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (conocidos coloquialmente por "sexenios"⁴⁶).

⁴⁴ Es sabido que la exigencia de motivación, prevista en el artículo 54.1, f) de la Ley 30/1992, se aplica tanto a los actos administrativos dictados por los órganos unipersonales como a los acuerdos adoptados por los órganos colegiados, pues el referido precepto no hace distinción de órganos (en este sentido, véase, E. CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp.228 y ss.)

⁴⁵ Esta STS de 9 de diciembre de 2002 es criticable por varias razones. Primero, porque parte del dogma de someterse a las bases de la convocatoria, y, de alguna manera, recrimina al recurrente no haber impugnado las mismas en tiempo y forma; la segunda porque arguye un motivo de confianza en un concurso de méritos, cuando lo relevante en éste es la apreciación objetiva de los méritos; y, tercero, porque es improcedente invocar la confianza, que, además, se puede interpretar de múltiples formas. Por si todo ello fuera poco, trata de aplicar de forma voluntarista e incorrecta la, por lo demás criticable –como veremos– STS de 30 de noviembre de 1999 a un concurso de méritos, cuando esta STS se refería al nombramiento discrecional de un Presidente de Audiencia Provincial. El resultado que se persigue es no cumplir con el deber de motivar, utilizando unas bases conceptuales inadecuadas para ello.

⁴⁶ Regulados por el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones al profesorado universitario, modificado en varias ocasiones, y por la Orden Ministerial, de 2 de diciembre de 1994 (luego se han dictado distintas Resoluciones, como la Resolución de 18 de noviembre de 2009 de la Presidencia de la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, por la que se actualizan los criterios específicos en cada uno de los campos de evaluación), y que tiene una importancia mucho mayor que la meramente económica, pues la evolución normativa posterior ha definido una situación en la cual se tienen en cuenta como indicador cualificado de la calidad, para ser nombrado, por ejemplo, Profesor Emérito, para pertenecer a Comités y Tribunales académicos, o formar parte de los criterios aplicados en el reparto de los presupuestos destinados a la investigación, e incluso para reducir las obligaciones docentes (cfr. Reglamento de Planificación académica de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, de 2 de julio de 2010). Obsérvese cómo el Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios ("BOE" núm 240, de 6 de octubre de 2007), establece en su artículo 6, entre los criterios para la designación de los miembros de las comisiones que valoran las solicitudes de acreditación como Catedráticos de Universidad y Profesores Titulares de Universidad, la de justificar "la posesión de tres períodos de actividad investigadora reconocidos de acuerdo con las previsiones del Real Decreto 1086/1989 (...) y de dos de dichos períodos", para pertenecer a estas comisiones y acreditar a Catedráticos (tres tramos) o Titulares de Universidad (en este caso se exigen dos tramos). Pero es que ese mismo Real Decreto 1312/2007, en su anexo, da una importancia capital a la posesión de los sexenios, pues dice que "la aportación de un período de actividad investigadora reconocido de acuerdo con las previsiones del Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, de retribuciones del profesorado universitario, tendrá una valoración de 15 puntos", dentro de un baremo que concreta en 55 como máximo para la actividad investigadora. Esto prueba la trascendencia que se les da a los famosos sexenios. Y la literatura que se ocupa de la Universidad ya empieza a enfatizar su relieve

En este contexto es donde es necesario analizar el cambio que ha experimentado la doctrina del Tribunal Supremo sobre los nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial. De un lado, una arraigada tendencia a esgrimir argumentos poco consistentes para no motivar. De otro, la exigencia de enfocar esta importante cuestión de acuerdo con las exigencias constitucionales de un verdadero Estado de Derecho. Veamos, pues, cómo se ha producido esta evolución.

3. LA NO EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN POR EXISTIR RAZONES DE CONFIANZA Y POR SER COLEGIADO EL ÓRGANO QUE ADOPTA EL ACUERDO: STS DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1999

El Tribunal Supremo en varias Sentencias dictadas después de la Constitución, y de la misma Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha mantenido una tesis en virtud de la cual no era precisa la motivación de nombramientos discrecionales. Ejemplo muy significativo de esta tesis es la STS de 30 de noviembre de

A. OLLERO (*Qué hemos hecho con la Universidad. Cinco lustros de política educativa*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 1.ª ed. 2007, pp. 386-389) destaca que los llamados “gallifantes” parecen haberse convertido en la principal preocupación de buena parte del profesorado universitario, y que, en general, han sido positivos para incentivar al colectivo. Por eso, es claro que la resolución de estos expedientes debe asegurar la adecuada tutela de los derechos e intereses de los solicitantes, algo que no siempre se consigue. El mismo OLLERO, que tiene una concepción muy positiva de los sexenios, habla de erradicar “*la clandestinidad imperante (...) bajo la que no es difícil detectar frutos de arbitrariedad en algunos déspotas ilustrados*”. Y otro analista habitual de las cuestiones universitarias, Andrés DE LA OLIVA (“Corporativismo, Derecho y Universidad”, *ABC*, de 29 de noviembre de 1998, p. 56), refiere en defensa de los universitarios, lo siguiente: “*(...) si fueran la mitad de la mitad de corporativistas de lo que se dice, no cobrarían los catedráticos lo que cobran, no tendrían las incompatibilidades que tienen (...) y no serían los únicos servidores públicos cuyo trabajo investigador es sometido a evaluación, a efectos retributivos, por un tribunal inquisitorial de ignotos personajes –como si fueran encapuchados–, que ni siquiera dicta resoluciones motivadas. La Universidad no anda bien (...)*”. De suerte que lo que inicialmente nace con la intención de establecer un régimen retributivo especial aplicable al profesorado universitario ha derivado hacia otros fines.

En una situación como ésta, la doctrina de la STS de 5 de julio de 1996, es criticable, pues sencillamente le otorga una capacidad de decisión a la Comisión Nacional Evaluadora, sin que tenga que motivar nada en absoluto cuando, como ha quedado demostrado, estos sexenios son algo más que, por lo demás, una escasa cantidad de dinero mensual. Son un criterio cualificado de calidad, que el legislador y la práctica académica han realzado. ¿Cómo se puede permitir esta anomalía en un Estado de Derecho?. Ante una actitud de este carácter, hay autores que llegan a descalificar al sistema de sexenios, como L. PEÑA (“A vueltas con los sexenios y la evaluación del personal investigador”, *Boletín de la Asociación del Personal Investigador del Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, 1996), que llega a tildarlo de injusto e inservible (Puede, asimismo, consultarse el artículo de I. M.ª DE LOS MOZOS TOUYA, “A propósito del régimen retributivo de catedráticos y profesores titulares de universidad y de escuela universitaria: algunas evidencias y algunas dudas en el marco de la reforma legislativa”, *Actualidad Administrativa*, núm. 39, 2002)

1999 –recurso núm. 449/1997, en el que se impugnaba el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 9 de abril de 1997, Real Decreto 605/97, de 18 de abril, por el que se nombraba Presidente de la Audiencia Provincial de Pontevedra–. Esta Sentencia partía de la premisa de que la designación de este órgano ofrecía “peculiaridades y singularidades en orden a la motivación”, que merecen un tratamiento particularizado; y así decía en el Fundamento de Derecho quinto:

“En definitiva, de los arts. 127. 3 y 337 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, con claridad se desprende que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ostenta competencia para formular propuestas de nombramiento de los Presidentes de las Audiencias Provinciales cumpliendo las exigencias legales requeridas que aquí concurrían en todos los Magistrados a que se refiere la Asociación recurrente, pero ni en los mencionados preceptos, ni en ningún otro, se establecen normas o criterios de valoración o de calificación de los méritos que, en su caso, invoquen o acrediten los solicitantes al modo de lo que, en general, se establece en relación a otros procedimientos selectivos, por lo que, obviamente, resulta, por un lado, que la libre designación o el nombramiento discrecional sólo puede apoyarse en la existencia o inexistencia de motivos de confianza que el Órgano de Gobierno competente para formular la propuesta puede apreciar libremente sin estar sometida al requisito formal de motivación o, dicho de otro modo, sin necesitar que su voluntad se exprese previa exposición de los motivos en virtud de los cuales prefiere a una determinada persona, y, por otra parte, que, como aquella competencia abarca y comprende también tal apreciación de confianza, ésta no podría ser jurisdiccionalmente revisada, ni fiscalizada, ni controlada, que es, justamente, el fundamento esencial del requisito de la motivación (sentencias de esta Sala de 10 de enero y 11 de enero de 1997), innecesaria, por tanto, en tal supuesto, y, por lógica, no determinante, su ausencia, de vicio de anulabilidad, presupuesta la indiscutible constitucionalidad de los preceptos de referencia por corresponder al Consejo General del Poder Judicial las atribuciones que, en materia de nombramientos, entre otras, señala el art. 122.2 de la Constitución, como Órgano de Gobierno de aquél”.

Y en el Fundamento de Derecho sexto destaca el otro argumento para eludir la motivación, y arguye:

“Desde otro punto de vista ha de ponerse de manifiesto que tal ejercicio de la discrecionalidad, con las peculiaridades expuestas, corresponde aquí a un Órgano Colegiado, no a una persona singular, y que es dicho Órgano el que emite una propuesta de nombramiento como expresión de una voluntad conjunta del mismo a través de un sistema de votaciones que reflejan un criterio mayoritario, en

los términos exigidos, salvo supuestos tal vez no frecuentes de unanimidad, sin que sea posible, ni necesaria, una motivación expresa y pormenorizada de cada uno de sus componentes, y que, en definitiva, tampoco serviría a efectos de una revisión jurisdiccional, razón de ser, como se indicó, de la motivación, so pena de poder convertir a esta Sala en órgano con competencias para formular propuestas con apoyo en cuál fuera la motivación más "razonable" y con las posibilidades inherentes de realizar nuevas votaciones por parte de los componentes de la Sala, en contra de las funciones esencialmente revisoras que le incumben con límites claramente trazados, lo que impide que la denunciada ausencia de motivación determine las consecuencias anulatorias pretendidas, como se explicó con similares argumentos en la sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 1997, aunque también cabe invocar que en los acuerdos discrecionales de las características del impugnado, la simple expresión del ejercicio de la facultad discrecional es el verdadero fundamento o motivación de aquél".

Por tanto, se señala por el Alto Tribunal, en primer lugar, que el nombramiento se hace por motivos de confianza; en segundo término, que al provenir de un órgano colegiado que forma su voluntad a través de un sistema de votaciones, no es posible la motivación. Además, arguye que no es necesaria esa motivación ni serviría para controlar jurisdiccionalmente la decisión, pues la jurisdicción es "revisora", y, por último, afirma de forma sorprendente que en un nombramiento como el que se impugna "la simple expresión del ejercicio de la facultad discrecional es el verdadero fundamento o motivación de aquél". La construcción que hace esta STS del asunto es, de entrada, superficial, parte de unas premisas equivocadas o, cuanto menos, discutibles –el caso de invocar que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora es un ejemplo– y aboca a una conclusión incompatible con un Estado de Derecho: que los nombramientos nada menos de Presidentes del Audiencias Provinciales son derivados de la "confianza" que deposita en ellos el Consejo General del Poder Judicial, como si fueran cargos políticos de confianza. Pero esto sencillamente no es así

Primero, es superficial porque sólo utiliza conceptos que no tienen una directa conexión con el caso que se discute (SOSA WAGNER habla de razonamiento "*tan de brocha gorda*"⁴⁷), sin profundizar verdaderamente en el núcleo del asunto que se debate; ¿a qué viene invocar la confianza cuando estos relevantes puestos son desempeñados por profesionales a los cuales se les exige acreditar méritos?⁴⁸; ¿cómo es posible asimilar "discrecionalidad técnica"

⁴⁷ Véase la nota siguiente

⁴⁸ Vid, sobre este extremo, M. BACIGALUPO SAGGESE, "En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿Debe el Consejo General del Poder Judicial motivar

con "libre designación", cuando es patente que técnicamente son cosas bien distintas?⁴⁹; ¿para qué se les exige a los solicitantes de esas plazas que aporten sus méritos si al final éstos carecen de relevancia, pues sólo la "confianza" que pueden inspirar al Consejo es determinante?. Todo esto es sin duda muy contradictorio y demasiado lineal, pues no se ha abordado con la profundidad de perspectiva que el caso merecía desde la óptica constitucional (arts 9.1 y 3, 14, 23, 24, 103 106 y 122, CE.) invocando de aquí y de allá categorías que no tenían una directa aplicación al caso, como la supuesta confianza o la discrecionalidad técnica. Lo cierto es que los candidatos deben aportar méritos, y éstos deben servir para algo. Como ha destacado BACIGALUPO, que criticó con crudeza esta STS, *"parece obvio que para determinar si en la selección de los candidatos se han marginado o no los méritos de éstos habrá que conocer qué méritos tomó en consideración el órgano selectivo y cómo los valoró en relación con cada uno de los aspirantes. Es éste, precisamente –prosigue este autor–, el contenido necesario de la motivación exigible en los nombramientos –administrativos o judiciales (distinto es el caso de los nombramientos políticos– de carácter discrecional (en los que la discrecionalidad, insisto, no radica en poder elegir entre fundar el nombramiento en una valoración de los méritos de los aspirantes o fundarlo sólo en motivos de confianza que ni siquiera resulta necesario exteriorizar, sino tan sólo en el carácter no reglado de aquella valoración, de la que, no obstante ello, en modo alguno cabe prescindir)"*⁵⁰.

Por lo demás, es claro que los cargos judiciales, por la relevancia constitucional que tienen, y por la trascendencia de su actuación para el Estado de Derecho, no pueden nombrarse sobre la base de algo tan volátil e inseguro como la confianza⁵¹, pues hay una garantía constitucional de independencia y sometimiento exclusivo a la ley y al Derecho de los Jueces y Magistrados (art. 117.1, CE), por lo que se parte de una premisa equivocada cuando se entiende que estos nombramientos se basan en la confianza.

los nombramientos judiciales de carácter discrecional?, cit., p.413. Por su parte, F. SOSA WAGNER en un artículo publicado en el periódico *El Mundo*, de 17 de diciembre de 2007, titulado *"Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial"*, afirmaba que esta forma de razonar era *"de brocha gorda"*

⁴⁹ M. BACIGALUPO SAGGESE, cit., p. 413

⁵⁰ Cit., p. 415.

⁵¹ Además, ¿qué tipo de confianza?; ¿personal o política?; y ¿con arreglo a qué criterios se puede tener o no tener confianza en un determinado sujeto?. Es obvio que en la vida diaria por intuición o por experiencia podemos saber quién nos inspira confianza o no. Pero también es claro que esto es muy subjetivo, y, en todo caso, muy inseguro. No es, por tanto, de recibo apoyar nada menos que un nombramiento de este tipo en una premisa así.

Pero es que, además, no es correcto entender que, por el hecho de que sea un órgano colegiado el que adopta el acuerdo de nombramiento, ello implica la no exigencia de motivación, o de que ésta sea imposible, ya que ese acuerdo es producto de un sistema de votaciones. Sencillamente no se puede compartir esta tesis si se tiene en cuenta lo que dispone el artículo 54. 1, f) de la Ley 30/1992, que exige la motivación de los actos y acuerdos administrativos cuando se dicten en el ejercicio de las potestades discrecionales, sin que distinga entre actos de órganos unipersonales y acuerdos de órganos colegiados. Se impone la motivación a todos⁵², y, por consiguiente, no se puede aceptar como válido técnicamente lo señalado por el Tribunal Supremo para exonerar del deber de motivar, incluso cuando ese órgano colegiado sea el Consejo General del Poder Judicial, y los nombramientos sean, como es el caso que se discutía, discrecionales.

La discrecionalidad de un nombramiento como el que se ventilaba no es, pues, igual a libre designación, ni permite apoyarlo en motivos de confianza. Por lo demás, la colegialidad no permite que se pueda prescindir de la motivación. Los fallos de orden técnico que tenía esta STS eran, pues, muy claros, y por ello el mismo Tribunal Supremo rectificó esta doctrina en Sentencias posteriores.

4. UN CAMBIO RADICAL SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACUERDOS DISCRECIONALES: LA STS DE 29 DE MAYO DE 2006

Las insuficiencias de esta tesis fueron reconocidas por el Alto Tribunal en una Sentencia muy significativa, asimismo, porque versaba sobre la impugnación del Real Decreto 1826/2004, de 30 de julio, por el que se nombró Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a D. Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez. Esta STS de 29 de mayo de 2006 (recurso núm. 309/2004), tiene una perspectiva más adecuada a lo exigido por la Constitución, y profundiza con un notable grado de calidad en el asunto que resuelve. Así, frente a la alegación del recurrente según la cual la plaza de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional no está excluida del sistema de concurso, el Alto Tribunal, partiendo de lo dispuesto en los artículos 326 y 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, declara: "*Una interpretación conjunta de ambos preceptos permite concluir que la plaza de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional presenta un perfil mixto,*

⁵² Véase, E. CARBONELL PORRAS, *Los órganos colegiados...*, ob cit., pp. 228 y ss.

en cuanto que su cobertura resulta de la apreciación de elementos objetivos y reglados, junto con otros que requieren valoraciones subjetivas y de difícil encaje en módulos o baremos preestablecidos, por más que referidas en todo caso a la idoneidad para el ejercicio de la función y en ningún caso ajenas a las exigencias constitucionales de mérito y capacidad”.

“Ciertamente –prosigue el Tribunal Supremo–, el aspirante debe reunir los años de servicios requeridos por el artículo 333, tanto en la categoría de Magistrado como en el ejercicio de la función jurisdiccional en el Orden correspondiente. Ambos elementos son reglados y su concurrencia puede constatarse de forma objetiva. Ahora bien, la designación del adjudicatario de la plaza, entre los candidatos que reúnan esos requisitos objetivos, es fruto de una valoración integral o global del candidato (de sus aptitudes personales, su formación jurídica y su experiencia profesional) no reducible a criterios previamente baremados, en cuya apreciación no puede negarse al órgano de selección un amplio margen de libertad de apreciación”. Por tanto, dice que resulta lógica esta caracterización mixta del sistema de cobertura, ya que el puesto *“conlleva no sólo la intensa labor técnico-jurídica propia del ejercicio de la función jurisdiccional en ese puesto, sino también la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, para lo que se requieren aptitudes personales que trascienden de los puros conocimientos técnicos y cuya valoración no puede reflejarse en un baremo, por más que se trate en todo caso de aptitudes siempre referidas a idoneidad para el mejor desempeño del puesto y no a aspectos extraños y ajenos al mismo, como pudieran ser la empatía personal o la afinidad política”.* Por ello concluye que el destino no puede configurarse como un puesto de libre designación en el sentido con que habitualmente se utiliza esta expresión en el ámbito de la función pública ni es un puesto que se cubra por concurso⁵³, ya que una vez

⁵³ El concurso y la libre designación son dos de las formas de provisión de los puestos de trabajo en el ámbito de la función pública, y se diferencian claramente, pues el concurso es el *“procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo”*, y consistirá en la *“valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico”* (art. 79.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado público); mientras que la libre designación *“consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto de trabajo”* (art. 80.1 de la citada Ley 7/2007). Y una vez que se obtiene el puesto de trabajo por estos métodos, si en el caso del concurso el candidato sólo podrá ser desplazado del puesto en los casos de supresión del puesto de trabajo mediante modificación de la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo y de imposición de la sanción disciplinaria de suspensión por plazo superior a seis meses, y, por tanto, cuando la sanción es la separación de servicios (arts. 79.3 y 90.1, de la Ley 7/2007), en cambio, en la libre designación *“podrán ser cesados discrecionalmente”* (art. 80.4 de la Ley 7/2007). Por consiguiente, las diferencias son claras. En el concurso rige la valoración imparcial y objetiva de los méritos y aptitudes (art. 79.1, Ley 7/2007). En la libre designación lo que prima es la confianza; incluso la *“empatía”* con el responsable político. Así lo señala, por ejemplo, J. A.

logrado el cargo no puede ser libremente cesado o removido, como acontece en la libre designación. Sólo cesa de su cargo por casos estrictamente tasados, pero tampoco es un sistema de concurso porque –dice el Supremo–, “*la valoración última de la idoneidad de los aspirantes es irreductible a un baremo preestablecido*” (Fundamento de Derecho 3.º).

Con esto ya se da un paso importante: no se puede afirmar, como lo hacía la STS de 30 de noviembre de 1999, que es un cargo cubierto por el sistema de libre designación por motivos de confianza, sino que es preciso ponderar unos méritos, que, en unos casos, son reconducibles a un baremo, por su carácter objetivable, y en otros, no, ya que de lo que se trata es de tener presente aptitudes personales, relativas a la función directiva, coordinación de medios humanos y materiales, etc, que no pueden ser reconducidas a estrictos términos de baremo. Este matiz es sin duda interesante y certero, pues es sabido que se puede ser un pozo de sabiduría, esto es, acreditar unos sólidos conocimientos técnicos, ideales para la estricta función jurisdiccional, y, en cambio, carecer de facultades para coordinar medios personales y materiales⁵⁴. No tener, pues, aptitudes relativas a la gestión práctica de un órgano

SANTAMARÍA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2.ª ed. 2009, p. 672). “*Existen numerosos puestos que por la responsabilidad de sus tareas o por su proximidad a los responsables políticos, exigen una forma de cobertura que asegure la plena confianza entre éstos y el designado, así como la empatía entre ambos*”. En estos casos la decisión para cubrir el puesto es “*absolutamente libre*”, justamente, “*porque la existencia de una corriente de confianza no puede objetivarse de modo alguno*” (cit., p. 672). Es obvio que esto no puede aplicarse a los puestos y cargos judiciales que estamos analizando.

⁵⁴ Fuera del ámbito de la Administración de Justicia, se puede observar que la determinación legal de conferir la gestión de medios económicos, materiales y personales es en muchos casos claramente perfectible, porque una cosa son los conocimientos científicos y técnicos y otra bien distinta es la capacidad directiva y de gestión. En la Universidad, por ejemplo, con independencia de los errores que cometió la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, al establecer una gestión asamblearia deficiente (de ello me he ocupado, por ejemplo, en M. J. SARMIENTO ACOSTA, “La reforma de la organización universitaria”, en AA. VV, *Panorama Jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pp. 1385-1402; y en *Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, núm. 6, 2001, y, en el más reciente, “Reflexiones preliminares sobre la organización universitaria establecida por la Ley Orgánica de Universidades”, *Actualidad Administrativa*, núm. 10, 2003, pp. 239 y ss, que fueron sólo en parte corregidos por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades), es observable una cierta falta de profesionalidad en determinados cargos o puestos en los que tendría que tomarse más en serio la capacidad de gestión. Muchos de esos cargos son cubiertos por una elección, o, en su caso, una designación, todo lo democrática que se quiera, pero que no aseguran la capacidad de la persona que gana la elección -o que obtiene el beneficio de la designación-, sobre todo cuando ésta está condicionada por pactos y acuerdos más o menos explícitos entre los miembros de los diferentes estamentos. Es más, hay, incluso, quien duda de la capacidad de gestión del profesor universitario (así, por ejemplo, A. M. GARCÍA CUADRADO, “Sobre la función docente y el gobierno de las Universidades”, *Actualidad Administrativa*, núm. 48, 1994, p. 605, que llega a afirmar que “*el intelectual es normalmente un mal gobernante*”). A nuestro juicio, esta afirmación, con carácter general, es exagerada, pues hay ejemplos de profesores universitarios que son excelentes gestores;

jurisdiccional, que requiere otro tipo de facultades que trascienden los estrictos conocimientos técnicos. El problema que se plantea es el de saber cómo verificar de forma seria y objetiva estas otras aptitudes, pues lo que tampoco puede servir este matiz es para respaldar decisiones basadas en criterios políticos o en preferencias subjetivas y arbitrarias, en fin, en lo que se conoce coloquialmente como "cambio de cromos". Ya que como esta STS indica, asimismo, cuando el artículo 122.1 CE establece que la *"ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los jueces y magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único"*, está recogiendo todas las notas rectoras de un sistema de carrera, entendido como un *"cursus honorum"* en el que se desarrolla una progresión profesional vertebrada en torno a tres conceptos: el estatuto, el Cuerpo y la carrera⁵⁵. Progresión o promoción profesional que está igualmente vinculada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que resultan proyectables sin reservas sobre los cargos judiciales". Recalca esta STS que esa carrera judicial tiene caracteres propios, que derivan del sometimiento a los principios de independen-

ahora bien, destaca un problema que no ha sido tratado con la seriedad y profundidad que merece, pues la Universidad es un servicio público que debe ser gestionado con criterios profesionales, y no por aficionados con buena voluntad que, en muchos casos, además, están presos de pactos o acuerdos que no ayudan a tomar las decisiones adecuadas para la correcta gestión de tal servicio. Se podría decir que, si una gran Corporación industrial o una empresa de cierto relieve funcionara así, es decir, sin criterios de gestión profesional, tendría asegurado probablemente un fracaso rotundo, con las consecuencias implacables que las leyes del mercado imponen. Pero cuando se tira con *"pólvora del Rey"*, parece que los criterios son diferentes. Y con esto, por supuesto, no se quiere confundir lo que es un servicio público de enseñanza superior con una empresa privada. Sólo se destaca un problema de notoria gravedad.

⁵⁵ El estatuto, el cuerpo y la carrera son las tres características del sistema de función pública que establece nuestro Ordenamiento jurídico (Cfr. art. 103.3 de la Constitución, que dice textualmente, *"La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos"*, así como el art. 149.1.18.^ª CE, que alude a la competencia estatal para regular *"el régimen estatutario"* de los funcionarios), y que significa, en síntesis, que la persona, cuando ingresa en la función pública, mantiene una relación estatutaria regida por Leyes y reglamentos, y no mantiene, por tanto, una relación contractual (como erróneamente a veces se dice en los medios de comunicación social. El funcionario de carrera, por definición, no es un contratado); ingresa, además, en un cuerpo –y no en un puesto de trabajo concreto; de ahí, como hemos visto, el sistema de provisión de puestos de trabajo–, y, dentro de ese cuerpo puede hacer "carrera", esto es, puede ascender, prosperar o subir en el escalafón. El estatuto, el cuerpo y la carrera son perfectamente predicables a esa clase específica de funcionarios públicos que son los jueces y magistrados, como lo reconoce esta misma STS. La Constitución aporta los datos esenciales de estos funcionarios; así, por ejemplo, el artículo 117.2 dice que los *"Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley"* (por ley, no por la voluntad de un jefe o por la resolución de un contrato). Pero es sin duda el artículo 122.1, el que refiere estos tres elementos con meridiana claridad cuando señala: *"La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia"*

cia, inamovilidad y sometimiento único al imperio de la Ley (art. 117.1 CE). *"Principios que suponen e implican consecuencias relevantes en la definición del estatuto de los jueces y magistrados, toda vez que al marcar un salto cualitativo respecto del genérico deber de imparcialidad de los funcionarios públicos a que se refiere el art. 103 CE, imponen una regulación estatutaria esencialmente diferenciada (...)".*

Por tanto, se dice: a) que el sistema de nombramiento es mixto, pues ni es un concurso ni una libre designación, b) que hay un régimen basado en el estatuto, el cuerpo y la carrera, y que ello obliga a establecer las fórmulas necesarias para garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad, c) que, no obstante, este estatuto de jueces y magistrados es *particular*, debido al especial sometimiento a los principios de independencia, inamovilidad y sometimiento único al imperio de la Ley, lo que implica una regulación estatutaria diferenciada del régimen general de los funcionarios públicos (art. 103 CE). Llegados a este punto, el Alto Tribunal destaca la diferencia entre lo que es la carrera profesional, con los ascensos y progresiones correspondientes, siendo de *"especialísima relevancia el alcanzar la de Magistrado del Tribunal Supremo"*, *"cuyos méritos de referencia en el acto discrecional del Consejo habrán de ser en términos casi absolutos los de solvencia y excelencia en el ejercicio de la estricta función jurisdiccional"*, de lo que es el nombramiento o destino que *"sin suponer cambio de categoría, impliquen también el ejercicio de actividades de dirección en las que están comprometidas otras aptitudes que la compleja composición del Consejo tiene (...) un amplio margen de libertad (sic) para apreciar y valorar, en aplicación de su propia experiencia acerca de las ventajas o inconvenientes sobre la realidad institucional del sistema, aunque todo ello con referencia a criterios que sean reconducibles a las nociones de mérito y capacidad, idea que el propio legislador se ha ocupado de hacer explícita en la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre (...)".* Esto último traza una línea divisoria para este Tribunal: parece entender que una cosa es la carrera jurisdiccional en la que la progresión y ascensión de categoría debe basarse en méritos que reflejen la solvencia y la excelencia, y otra distinta es alcanzar destino o nombramientos que, sin suponer cambio de categoría, impliquen tener en cuenta otras aptitudes, que, según dice, será el Consejo con sus criterios y su experiencia el que las valore sin reconducir a un baremo, aunque, eso sí, deba conectarse con los principios de mérito y capacidad. En mi opinión, esto supone que en la práctica se mantiene "el más de lo mismo", pues los criterios no reconducibles a un baremo (enteramente discrecionales del Consejo, por tanto) derivan en un cambio de cromos bas-

tante evidente. La cuestión pendiente es objetivar y reconducir a parámetros verdaderamente serios esas "otras aptitudes" que el Supremo deja en el limbo. Aparte que el criterio exclusivo de la categoría (son tres: juez, magistrado y magistrado del Tribunal Supremo, arts 298 a 300 LOPJ) no tiene que ser absolutamente determinante para marcar una línea divisoria de la que deriven tantas diferencias en orden a objetivar el nombramiento⁵⁶, pues el desempeño de otros cargos –como Presidente de Sala, Presidente del Tribunal Superior de Justicia, etc–, tiene una relevancia manifiesta para la progresión y las expectativas, incluidas las económicas, de los jueces y magistrados. Piénsese que, por ejemplo, el Presidente de un Tribunal Superior de Justicia tiene la "consideración de Magistrado del Tribunal Supremo mientras desempeñe el cargo" (art. 72.2, LOPJ).

Pero al margen de lo dicho –y siguiendo con nuestro propósito argumental, que es resaltar la exigencia de motivación –, esta STS declara que se supera *"las consideraciones expuestas en la STS de 30 de noviembre de 1999, donde se apuntaba a la validez y suficiencia de criterios de confianza para la provisión de la plaza de Presidente de una Audiencia Provincial"*⁵⁷. Entiende con toda corrección el Tribunal Supremo que ese margen de libertad de que dispone el Consejo General del Poder Judicial, *"no reconducible a parámetros objetivados y predeterminados, no puede implicar en modo alguno que la decisión sobre la cobertura de una plaza vacante devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control"*. He aquí la gran novedad, el verdadero avance. Frente a lo que sostenía el Abogado del Estado y lo que decía la STS de 30 de noviembre de 1999, ahora se declara que es necesario motivar, y además, que es posible un control,

⁵⁶ De *lege ferenda* sería, pues, recomendable una modificación del artículo 326, LOPJ, como propone F. SOSA WAGNER en el citado artículo *"Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial"*. Dice este profesor: *"Si tenemos que motivar las decisiones, si tenemos que observar un procedimiento riguroso, si hemos de valorar unos méritos, ¿no estamos en puridad inventando el concurso, aunque la sentencia trata de evitar esta palabra?. Porque lo cierto es que lo llamemos como queramos, los argumentos del Tribunal Supremo usados en las sentencias citadas nos llevan a descubrir el mediterráneo del concurso o, si se prefiere, un sucedáneo bastante logrado"*.

No obstante, la STS no inventa un concurso de nuevo cuño; en realidad, lo que está haciendo es dejar un campo para la discrecionalidad, invocando las facultades del CGPJ para el nombramiento de cargos que no sean estrictamente jurisdiccionales. La STS sabe perfectamente lo que hace. Por eso lo que se impone es un cambio del artículo 326 LOPJ en orden a establecer una limitación más efectiva de esta discrecionalidad, que no tiene razón de ser –al menos con la amplitud que tiene –, si de lo que se trata es de valorar méritos, aunque éstos se refieran a aptitudes o habilidades que exceden los puros conocimientos técnico-jurídicos.

⁵⁷ Por cierto, también rechaza la pintoresca argumentación del Abogado del Estado, que señalaba que la provisión de estos puestos se caracterizaba por un elemento de confianza (Fundamento Jurídico 5.⁹)

derivado de esa misma motivación, ya que aunque es preciso tener en cuenta esas otras aptitudes que trascienden los conocimientos y la experiencia técnico-jurídica, esas aptitudes *"deberán ser explicables y asequibles desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad"*⁵⁸.

Dice el Fundamento Jurídico 6.º:

"Hemos de tener presente, en este sentido, que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 137, establece que "los Acuerdos de los órganos del Consejo siempre serán motivados", principio general del que no se hace ninguna exclusión explícita, y que hace innecesario acudir al mandato tantas veces invocado del artículo 54.f) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común 30/1992, que ordena la motivación de las decisiones discrecionales. Se hace, por eso, preciso, también en casos como el que ahora nos ocupa, que aflore expresamente en el nombramiento algún tipo de motivación que haga jurídicamente nítido que el acto no se ha extralimitado. Llegados a este punto, hemos de dar por superados anteriores pronunciamientos jurisprudenciales como los contenidos, vgr., en las SSTS de 3 de febrero de 1997 y 30 de noviembre de 1999, donde sobre la base de la afirmación de una potestad de libre designación para nombramientos de cargos judiciales como el que ahora examinamos, se apuntaba la innecesariedad e inexigibilidad de motivación; pues ya advertimos en la reciente sentencia del Pleno de esta Sala de 3 de marzo de 2005, que es este un tema "complejo y problemático", "sobre el cual la jurisprudencia se halla en tránsito, entendido este término con el significado de que es probable que todavía no haya arribado a una conclusión firme y consolidada".

Concretando más sobre el asunto que se debatía, dice el Tribunal Supremo que, en efecto, el Pleno del Consejo es un órgano colegiado, *"pero no podrá apreciarse la existencia de una motivación suficiente, por faltarle su presupuesto esencial, si del acta resulta, aunque sea de forma sucinta, el cumplimiento efectivo y adecuado del trámite previo de informe de la Comisión*

⁵⁸ No obstante, la utilización de la expresión "explicable" se queda, a mi juicio, corta. Debe ser justificable, y no sólo explicable. Todo puede ser explicable, incluso la decisión más arbitraria. La justificación tiene un carácter más serio y sólido, que es de lo que se trata.

Por otra parte, si esas aptitudes *deben ser explicables y asequibles*, también pueden ser normalmente comparables, lo que significa que habrá que establecer algún criterio o parámetro para elegir al candidato o candidata más adecuado para el puesto. Porque lo que también es claro es que no hay una libre designación.

de Calificación ⁵⁹ al Pleno tal y como antes lo hemos perfilado⁶⁰, pues es ese informe el que justamente suministra parte sustancial de los datos que permiten a cada uno de los Vocales orientar su voto". De manera que como ni en la propuesta elevada al Pleno por la Comisión de calificación ni en el acta de la sesión plenaria posterior ni en ningún otro documento incorporado al expediente "existe dato alguno que refleje el cumplimiento de esa trascendental función que corresponde a la Comisión de Calificación de razonar de forma circunstanciada su propuesta, siendo esta una irregularidad procedimental que no puede entenderse salvada por el propio contenido del acta de la sesión, pues tampoco de ella cabe extraer una motivación consistente que, primero, permita concluir que aun así el Pleno del CGPJ manejó y valoró los elementos necesarios para formar su criterio con plenitud de conocimiento, y segundo, que haga jurídicamente asequibles las razones por las que se tomó la decisión de adjudicar la plaza al Ilmo Sr. Gómez Bermúdez frente al resto de los aspirantes",

En consecuencia, siendo el informe de la Comisión un trámite nuclear en el conjunto del sistema y no existiendo tampoco elementos suficientes de motivación del acta, "ambos datos repercuten en la insuficiencia de la motivación última de la decisión sobre adjudicación de la plaza, resultando de esta irregularidad formal un vicio procedimental con trascendencia invalidante, por

⁵⁹ Según el artículo 122.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial (LOPJ), el Consejo General del Poder Judicial se articula en los siguientes órganos: Presidente, Vicepresidente, Pleno, Comisión Permanente, Comisión Disciplinaria, Comisión de Calificación y Comisión de Igualdad (esta última la incorporó la disposición adicional 3.ª.3 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

Conforme al artículo 134 LOPJ esta Comisión de Calificación estará integrada por cinco miembros, elegidos de la misma forma establecida para la Comisión Disciplinaria. Y el artículo 135 LOPJ dice textualmente: "Corresponderá a la Comisión de calificación informar, en todo caso, sobre los nombramientos de la competencia del Pleno, excepto el nombramiento del Magistrado del Tribunal Supremo previsto en el artículo 127.4) de esta Ley". Por su parte, el artículo 136 de la referida Ley Orgánica señala: "Para la adecuada formación de los criterios de calificación de los Jueces y Magistrados, la Comisión podrá recabar información de los distintos órganos del Poder Judicial y, en todo caso, recibirá un informe anual elaborado por las correspondientes Salas de Gobierno de los órganos jurisdiccionales a que aquéllos estuviesen adscritos que deberá fundarse en criterios objetivos y suficientemente valorados y detallados" (Vid. L. TOLIVAR ALAS, *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1996, pp.76 y 77)

⁶⁰ Dice la STS que estamos analizando (Fundamento de Derecho 6.º): "Debemos retener el dato de que la Comisión de Calificación no limita su actuación a elaborar una simple relación de candidatos seleccionados de entre todos los presentados, sino que, más aún, ha de añadir a su propuesta un informe razonado sobre las circunstancias individuales de los aspirantes incluidos en su inicial relación o posteriormente añadidos. Lógicamente, ese informe debe hacer visibles los criterios y razones que han guiado su selección, de manera que quede constatado que el sentido de su propuesta guarda coherencia con esas razones y criterios"

privar a esa decisión de un elemento indispensable para alcanzar el fin que le es propio (art. 63.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común)", y, por tanto, se estimó el recurso y se anuló el nombramiento en los términos y condiciones descritos en el Fundamento octavo de la STS citada, esto es, se ordenó la retroacción de las actuaciones administrativas a fin de que se cumpliera el trámite omitido de informe de la Comisión de Calificación para que luego se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza "mediante resolución motivada".

El paso que da esta STS es, por tanto, trascendental y el mismo Voto Particular que formulan algunos Magistrados lo resalta (*"debe ponerse de manifiesto –arguyen– que en esta sentencia se produce un cambio radical respecto a una consolidada doctrina jurisprudencial de esta Sala, en torno a la motivación de los nombramientos discrecionales"*). Es un paso que va en la dirección adecuada desde el punto de vista constitucional, y, en concreto, de acuerdo con las exigencias que imponen los artículos 9.1 y 3, 23, 24, 103, 106 y 122 de la Carta Magna española. Sin duda es un avance, pero como la misma STS se encarga de subrayar invocando la STS de 3 de marzo de 2005, todavía no se ha arribado a una "conclusión firme y consolidada". Y debe advertirse que no tiene demasiado sentido otorgar una discrecionalidad tan excesiva para el nombramiento de determinados cargos o puestos (Presidentes de Sala, Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, etc) sobre la premisa técnica que maneja esta STS, y otras Sentencias posteriores⁶¹, de distinguir los

⁶¹ La STS de 5 de febrero de 2010, dictada en un recurso interpuesto contra un Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se nombraba Presidente de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, arguye que es preciso diferenciar los nombramientos para cargos directivos dentro del sistema judicial y los que impliquen el acceso al Tribunal Supremo, de manera que en los nombramientos para Presidentes de las Audiencias Provinciales (que no suponen cambio de categoría dentro de la carrera) se ha de tener en cuenta, además, de la solvencia y excelencia en el ejercicio de la función jurisdiccional *"otras aptitudes que la compleja composición del Consejo tiene (...) un amplio margen de libertad para apreciar y valorar, en aplicación de su propia experiencia acerca de las ventajas o inconvenientes sobre la realidad institucional del sistema, aunque todo ello con referencia a criterios que sean reconducibles a las nociones de mérito y capacidad"*. Como se ha dicho, se valoran aquí aspectos como la capacidad para la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos, para lo que se requieren aptitudes o habilidades personales que trascienden de los puros conocimientos técnicos y cuya valoración –dice el Supremo– *"no puede reflejarse en un baremo"*, por más que se trate en todo caso de aptitudes siempre referidas a idoneidad para el mejor desempeño del puesto y no a aspectos extraños y ajenos al mismo como pudiera ser la empatía personal o la afinidad política. Por ello afirma esta STS: *"En definitiva, la motivación, que cuando se trata de cubrir plazas en el Tribunal Supremo debe referirse sustancial y preponderantemente a méritos vinculados al ejercicio de la función jurisdiccional o a aquellas otras que sean materialmente asimilables a ella (Sentencia de 27 de noviembre de 2007), de modo que a través de ellas quede acreditada la solvencia y la excelencia en el ejercicio de aquella función, sin embargo, en el supuesto de cargos de dirección, los datos objetivos a tener en cuenta como determinantes de la elección forman parte de una gama mucho más amplia de criterios que los que razonable y fundadamente*

supuestos que comportan cambio de categoría de los que sólo impliquen la adjudicación de plazas o cargos que no llevan tal cambio. Se minusvaloran los efectos que para la carrera de jueces y magistrados pueden tener estos nombramientos, de su relevancia social, de su proyección en la carrera y de sus efectos económicos. Además, si bien es verdad que no es lo mismo acreditar méritos relativos a la experiencia y la formación técnico-jurídica que esgrimir aptitudes, habilidades o competencias que no se pueden encuadrar en un baremo que determine criterios y valoración de méritos estrictamente técnicos, no es menos cierto que estas habilidades o aptitudes deben reconducirse –y así lo afirma con toda razón el Supremo –a parámetros de mérito y capacidad. Cabe dar un paso más y aquilatar, desmenuzar y hacer posible la determinación de cuáles son esas concretas habilidades, cómo se demuestran o prueban,

puede optar el Consejo, al no implicar normalmente estos supuestos un incremento cualitativo de la potestad jurisdiccional, en cuanto que el voto del Presidente es en este ámbito igual al de los restantes miembros del órgano jurisdiccional que va a presidir, por lo que siendo evidente que es absolutamente necesaria una base de experiencia y de calidad jurisdiccional que lo habiliten para dirigir con “auctoritas” el Tribunal que preside, pueden aparecer también con trascendencia en la motivación del acuerdo aptitudes personales que –como hemos indicado con anterioridad –, rebasan los puros conocimientos técnico-jurídicos, para atender a la finalidad de dirección, coordinación y gestión de los medios materiales y humanos puestos a su disposición”. Y por ello “no estamos ante un concurso estrictamente baremado, sino ante una actuación discrecional del Consejo, cuya decisión no depende legalmente de una jerarquización estricta de cada una de las notas que concurren en cada candidato (...), sino en una apreciación de los factores concurrentes en cada uno de ellos, valorados en términos de coherencia con las nociones de mérito y capacidad en relación con el puesto judicial a ser cubierto, de modo que si la motivación que aflora en el texto del Acta cumple esos requisitos nada debemos objetar a lo decidido por el Consejo”.

Este matiz, en principio, parece muy razonable, pues la experiencia demuestra que se pueden tener muchos conocimientos técnico-jurídicos y escasa capacidad para la gestión. Y, por el contrario, mucha capacidad para la gestión y escasos conocimientos técnicos. Ahora bien, con ello se abre una brecha para que de nuevo la discrecionalidad aflore con fuerza, y habrán de verificarse objetivamente cuáles son los criterios que demuestran efectivamente esa capacidad que, más allá de los conocimientos técnico-jurídicos, asegure que el candidato o la candidata tiene esas otras aptitudes de las que habla el Tribunal Supremo. Puede que exista un mayor margen, pero tendrán que explicitarse con seriedad esos criterios. De lo contrario es una vuelta a lo mismo: la discrecionalidad más abierta que deja en manos de lo que se suele llamar en los medios de comunicación social como “cambio de cromos” la decisión de algo tan relevante para el funcionamiento jurisdiccional. Se insiste, la diferencia parece razonable y necesaria; ahora bien, no basta con decir que se debe “valorar en términos de coherencia con las nociones de mérito y capacidad”, sino dar un paso más y especificar (aunque ésta ya no es tarea, como es obvio, del Alto Tribunal) qué criterios y datos permiten determinar esa otra capacidad –la de gestión –, de manera objetiva y seria, y, una vez que se concreten, que el Consejo proceda a la elección de quienes tengan esas aptitudes. El asunto, pues, en nuestra opinión, no está totalmente resuelto, incluso después del Reglamento 1/2010, aprobado por Acuerdo de 25 de febrero de 2010, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial (“BOE”, núm. 56, de 5 de marzo de 2010), que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, pues los méritos que especifican (participación en órganos de gobierno, programa de actuación para el desempeño de la plaza solicitada, etc, etc, arts. 7 y ss.) son todavía imprecisos. El más lógico y concreto es el del tiempo en servicio activo.

y en qué medida son determinantes para la adjudicación de las plazas o destinos. Lo que no se puede hacer es dejar una puerta abierta para el impresentable "cambio de cromos", que es lo más alejado de la acreditación de méritos y capacidades, sean ésta de la clase que sean. Si se está de acuerdo en que el nombramiento no puede apoyarse en la confianza, y que debe reconducirse al mérito y la capacidad, es obvio que debe desarrollarse mucho más en qué consisten esas habilidades o aptitudes. De lo contrario, como ya se anticipó, estamos ante "más de lo mismo", y el avance es más aparente que real.

5. HACIA UNA MOTIVACIÓN MATERIAL DE LOS ACUERDOS DEL CGPJ: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 NOVIEMBRE DE 2007 Y DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2009

Si la STS de 29 de mayo de 2006 merece el elogio en los términos ya vistos, pues supone superar una concepción jurisprudencial que no se ajustaba a los valores, principios y preceptos constitucionales (en concreto, al art. 24.1 CE), pues de hecho cercenaba toda posibilidad real de impugnación jurisdiccional, al considerar la motivación innecesaria por existir motivos de confianza, la STS de 27 de noviembre de 2007⁶², y, siguiendo su estela, la de 23 de noviembre de 2009, constituyen hitos que deben destacarse como merecen. La STS de 27 de noviembre de 2007 es un verdadero *leading case*⁶³, que repercutirá en las exigencias de motivación de los juicios técnicos, y, en particular, en la motivación que debe realizar el Consejo General del Poder Judicial al dictar sus acuerdos. Es una Sentencia dictada por el Pleno de la Sala –y que tiene nada menos que cinco votos particulares de notable extensión y altura discursiva⁶⁴–

⁶² También es necesario citar la STS de 12 de junio de 2008, que sigue la misma línea.

⁶³ Así lo considera, por ejemplo, J. R. CHAVES GARCÍA, *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*, Colección Claves de la Jurisprudencia, Ed. Reus, S. A., Madrid, 2009, pp.254, y 255: "Estamos ante una sentencia que constituye un hito en el control de la discrecionalidad técnica que será el *leading case* a partir del cual derivará una mayor exigencia en cascada (por los Tribunales Superiores de Justicia y por los Juzgados) en materia de motivación de los juicios discrecionales". "(...) constituye un paso de gigante en el camino de lucha frente a las denominadas "inmunidades del poder". Miles de sentencias hasta entonces se limitaban a controlar los aledaños de los juicios técnicos de los Tribunales calificadoros, y ahora se constata un visible esfuerzo por robustecer las garantías de los aspirantes de los procedimientos selectivos (...) "(p. 255)

⁶⁴ Pero que, en modo alguno, logran desvirtuar la notable calidad técnica, y el evidente esfuerzo de aquilatamiento jurídico que hace esta STS (en este sentido, vid. F. SOSA WAGNER, "Qué hacer con el Consejo General del Poder Judicial", *El Mundo*, de 17 de diciembre de 2007: "La sentencia contiene algunos votos particulares de especial relevancia por el prestigio profesional de quienes los firman. Pero sus razonamientos, a mi juicio, no logran desvirtuar el núcleo esencial del bien trabado fallo de

,y supone la superación total de la doctrina plasmada en la ya citada STS de 30 de noviembre de 1999. Se dictó en un asunto relativo a nombramientos como Magistrados del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), y estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los Reales Decretos de 27 de octubre de 2006, por los que fueron promovidos a la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo, anulando, por tanto, ambas resoluciones. Se acoge a la anterior STS de 29 de mayo de 2006, que, como hemos advertido, ya exigía una motivación suficiente para los acuerdos de adjudicación de plazas que supongan un cambio de categoría, y recalca que en los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo debían de tener prioridad la solvencia y excelencia técnica⁶⁵. Así, destaca que las ideas básicas en el tema de la motivación son tres: "1) *la libertad de apreciación que corresponde al Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en cuanto órgano constitucional con un espacio de actuación reconocido*; 2) *la existencia de unos límites que necesariamente condicionan esa libertad, especialmente el límite que representan esos principios de mérito y capacidad*; y 3) *la significación que ha de reconocerse al requisito de motivación*". Resalta la libertad con la que cuenta el CGPJ, pero también que "hay un dato que ya marca un elemento de limitación de los poderes del Consejo, que es el sistema de carrera que para jueces y magistrados recoge el artículo 122.1 CE", y esto supone que este sistema de carrera⁶⁶ se vincula al artículo 23.2 CE. Tras señalar que debe considerarse superada la tesis invocada por el mismo Tribunal Supremo en las referidas SSTs de 3 de febrero de 1997 y de 30 de noviembre de 1999, subraya que el requisito de la motivación hay que aplicarlo de acuerdo con la STS de 29 de mayo de 2006, y por ello, en el caso específico que se dilucida, arguye que del estudio del expediente administrativo se deduce que los datos que se esgrimen no permiten comprobar que esas dos designaciones hayan sido debidamente justificadas. Dice:

"Lo que contiene la pretendida motivación del Consejo es, de una parte, la simple enumeración de unos datos que son sustancialmente comunes a todos los aspirantes, por encarnar los jalones normales de cualquier trayectoria jurisdic-

la mayoría")

⁶⁵ Hay que advertir, no obstante, que la STS de 29 de mayo de 2006 se refería a un cargo con funciones de gobierno judicial, el de Presidente de Sala de la Audiencia Nacional, mientras que la STS de 27 de noviembre de 2007 se refiere a nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, y de plazas de los turnos correspondientes a la carrera judicial, y no al denominado "quinto turno", como se encarga de subrayar el Fundamento 7.º de la Sentencia de 27 de noviembre de 2007, lo cual define "acusadas diferencias".

⁶⁶ Recuérdese que de estatuto, cuerpo y carrera hablaba la anterior STS de 29 de mayo de 2006.

cional o los requisitos que resultaban imprescindibles para el acceso a la carrera judicial a través de las distintas vías legalmente establecidas para ello (así ocurre con la descripción de destinos, estudios o titulaciones).

De otra parte, lo que se incluye son unos juicios de valor, exteriorizados a través de expresiones como las de "elevado carácter técnico de las resoluciones", "amplia cultura jurídica", "acreditada trayectoria profesional" o "calidad científica", a los que no puede atribuirse relevancia por haber sido realizada su formulación sin una referencia a un preciso soporte objetivo y en términos puramente genéricos".

Obsérvese lo fino que hila el Tribunal Supremo, con toda razón, además, pues en muchas ocasiones sobre la base de juicios de valor genéricos, imprecisos o altisonantes, que más tratan de encandilar o impresionar que de justificar y probar, se trata de despachar la motivación, sin decir, en realidad, nada concreto; por eso concluye: *"Esa pretendida explicación de los aquí discutidos nombramientos, realizada en los términos que acaban de señalarse, no merece la consideración de verdadera motivación; y no la merece por muy flexible que se sea en cuanto a la configuración que pueda presentar este requisito y por muy amplia que sea la potestad que legalmente tiene reconocida el Consejo para realizar esos nombramientos (...)".* Esto supone, lisa y llanamente, que el Tribunal Supremo no acepta una mera motivación formal, una motivación que, en realidad, no justifica nada, y que sólo se hace para cubrir el expediente, sin aportar datos verdaderamente relevantes que exterioricen de verdad la razón del nombramiento. Esa motivación formal, además, desactiva de forma evidente al futuro recurso que se pueda interponer, pues es muy difícil, por no decir imposible, desbaratar unos juicios genéricos y abstractos, que, en este caso, son fácilmente creíbles por la posición que ya tienen los aspirantes. Sin una conexión concreta y específica con los datos y elementos obrantes en el expediente, esa motivación es más aparente que real, y así lo considera con toda corrección lógica y jurídica el Alto Tribunal en esta Sentencia.

Luego pasa el Tribunal Supremo a reseñar los límites que tiene la libertad del CGPJ: a) que el acto de nombramiento no sea un mero voluntarismo y que cumpla con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE); b) que se respete, con relación a otros aspirantes, el derecho fundamental de todos ellos a acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos (art. 23.2, CE); y c) que el criterio material que finalmente decide el nombramiento se ajuste a las pautas que encarnan los principios de mérito y capacidad para el ascenso y promoción profesional de los Jueces y Magistrados dentro de la carrera Judicial. Y dicho esto, pasa a la siguiente secuencia: la de

señalar en qué se traducen esos límites: el CGPJ debe identificar *"claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento"*; y, en especial, para las plazas de Magistrado del Tribunal Supremo reservadas a los turnos de la carrera judicial, *"tienen la obligación también de explicar la significativa relevancia que ha otorgado a los méritos demostrados en el puro y estricto ejercicio jurisdiccional o en funciones materialmente asimilables"*. Arguye que, desde el punto de vista formal, la *"exigencia formal está referida a estas tres obligaciones que también pesan sobre el Consejo: la de expresar las fuentes de conocimiento que haya manejado para indagar cuáles podrían ser esos méritos en el conjunto de los aspirantes; la de asegurar que el criterio de selección de esas fuentes, cuando se trate de méritos estrictamente jurisdiccionales, ha observado rectamente el principio de igualdad; y la de precisar las concretas circunstancias consideradas en las personas nombradas para individualizar en ellas el superior nivel de mérito y capacidad que les hace a ellas más acreedoras para el nombramiento"*. Y esto –dice el Alto Tribunal– es lo que debe hacer el informe de la Comisión de Calificación (Fundamento de Derecho 9.º). En definitiva, *"lo que ha de intentar conseguirse es, primero, que la valoración profesional a realizar tenga un soporte básico o material que la sustente y, segundo, que los datos y hechos que encarnen ese soporte material se establezcan con criterios objetivos de búsqueda y selección que sean aplicados por igual a todos los aspirantes"*.

Dicho esto, la STS que analizamos se impone a sí misma una cautela, pues subraya que el Consejo General del Poder Judicial tiene la función de gobernar el poder judicial (art. 122.2 CE), *"que tiene una amplitud que va más allá de gestionar el estatuto profesional de Jueces y Magistrados"*. *"Esto significa que su potestad de nombramiento no puede quedar limitada a una simple operación de recuento y valoración de méritos(...)"*. *Podrá también ponderar otras circunstancias, dirigidas a dar satisfacción al perfil, la configuración o las necesidades de los órganos jurisdiccionales(...)*.

Y significa igualmente que tiene libertad para decidir la clase de méritos que deberán ser ponderados en cada momento, en función de las necesidades que aprecie en los órganos jurisdiccionales, así como la proporción que en cuanto a su dimensión o entidad haya de darse a los que así hayan sido acotados".

"Lo segundo que debe destacarse (...), es la idea de que, a través del control jurisdiccional de esos límites de que aquí se está tratando, no se pueden establecer rígidas directrices que reduzcan esa libertad que ha de respetarse al Consejo sobre las concretas clases de méritos y capacidades que podrá elegir como criterio para decidir los nombramientos; ni desde otra perspectiva, tampoco se le puede

privar del margen de apreciación que es inherente al juicio de discrecionalidad que significa la definitiva selección y estimación cualitativa (...).

Y ello, porque como afirma el Tribunal Supremo, repitiendo lo señalado en la STS de 29 de mayo de 2006, no se trata de nombramientos de confianza, pero *"tampoco se trata de un concurso de méritos en el que estén taxativamente predeterminados los que podrán ser considerados o el valor que haya de atribuírseles"*. La traducción práctica de ello significa que *"nunca podrá ser que este Tribunal Supremo indique al Consejo los méritos que podrán o no ser valorados (conviene insistir en ello), sino tan sólo imponerle la carga, cumpliendo con la doble exigencia sustantiva y formal que antes se señaló, de dejar claramente explicadas y objetivadas las concretas circunstancias de mérito y capacidad con las que justifica su decisión de nombrar a una determinada persona con preferencia sobre los demás aspirantes a la misma plaza"*.

Por estas razones la STS estima el recurso contencioso-administrativo, anula las dos resoluciones impugnadas, si bien es verdad que esa anulación es de naturaleza formal o procedimental, lo que comporta que *"no ha de producir la anulación total del procedimiento sino tan solo la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al del informe de la Comisión de Calificación, para que, primero, sea emitido uno nuevo que cumpla con todas las exigencias que respecto del mismo han sido señaladas(...), y, posteriormente, se resuelva por el órgano competente sobre los nombramientos (...)"*.

Con independencia de otras consideraciones que se pueden hacer, como la de saber por qué no se opta ya resueltamente por un concurso de méritos, o la observancia de cierto temor al activismo judicial (el Fundamento de Derecho 10.º, y la insistencia en que no es un concurso de méritos son elocuentes), *lo relevante es el avance en la exigencia de motivar con seriedad los nombramientos, carga que recae sobre todo en el informe de la Comisión de Calificación.*

Unos años más tarde, la STS de 23 de noviembre de 2009, reitera la misma doctrina, pero da un paso más, y es el de que en lo relativo a la labor jurisdiccional, argumentar que las sentencias *"cuya calidad técnica se proclaman están "motivadas" o que son "fundadas", es absolutamente insuficiente para cumplir las exigencias de motivación que la sentencia de 27 de noviembre de 2007 consideró imprescindibles, ya que la motivación es un requisito esencial de las sentencias, según prescribe el artículo 120 de la Constitución, de manera que no puede ser soporte de un mérito profesional el cumplimiento del esencial deber de motivar las resoluciones que lo exijan aunque sí sea un demérito (...). Por otra parte, el informe no indica qué sentencias son las presentadas por los aspirantes incluidos en la terna le han parecido más significativas ni, en definitiva, lleva a cabo un*

estudio mínimo del trabajo jurisdiccional de los candidatos (...)”; y, como el nombramiento de la Magistrada del Tribunal Supremo no tenía la motivación necesaria, el Alto Tribunal (eso sí, al igual que la STS de 27 de noviembre de 2007, con varios votos particulares, con parecidos argumentos que los que en esa STS de 2007 se habían ya formulado), declaró la nulidad de tal nombramiento, y se ordenó reponer el procedimiento en el momento anterior a la emisión por la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial del informe previsto en el artículo 74 del Reglamento de Organización y Funcionamiento a fin de que se emita otro nuevo de conformidad con lo que se ha señalado, y, después, resuelva el Pleno del Consejo. Por tanto, esta STS obliga también a una motivación material, y no meramente formal, una motivación que, ciertamente, exige un mayor esfuerzo por parte de la Administración, pero que, por el contrario, facilita mucho más el control, y, por ende, garantiza más adecuadamente los derechos e intereses de los interesados en el procedimiento. Sería deseable que este nivel de concreción, y de rigor, lo aplicase también el Tribunal Supremo a otros ámbitos o sectores; sin ir más lejos en lo relativo a la discrecionalidad técnica de concursos de méritos y oposiciones⁶⁷, o en el reconocimiento de sexenios por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, como ya hemos argumentado, otro campo todavía poco roturado por los criterios constitucionales de mérito, capacidad, igualdad y publicidad

6. LOS EFECTOS DE ESTA JURISPRUDENCIA EN EL REGLAMENTO 1/2010 DEL CGPJ, SOBRE PROVISIÓN DE PLAZAS DE NOMBRAMIENTO DISCRECIONAL. EN PARTICULAR, EN LA MOTIVACIÓN

Es evidente que unas SSTS de tanta relevancia han tenido que afectar a las

⁶⁷ La citada STS de 14 de abril de 2009, en un caso relativo al proceso selectivo para el ingreso en la carrera judicial por la categoría de Magistrado, entre juristas de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional, abordó el tratamiento de la “entrevista”, pues, a juicio de la recurrente, el Tribunal Calificador no reseñó en sus actas las contestaciones de la aspirante a las cuestiones que le fueron planteadas en el acto de la entrevista, como tampoco incluyó los concretos criterios o razones que fueron seguidos para llegar a esa calificación negativa de su aptitud. La STS que glosamos no comparte esta forma de actuar, y dice: “(...) es claro que la calificación de una entrevista como la que aquí es objeto de polémica no podrá limitarse a emitir abstractos juicios de valor o meras calificaciones genéricas”.

“Para considerarla suficientemente motivada deberá incluir, como mínimo, estos elementos: (1) las concretas cuestiones que le fueron formuladas al aspirante; (2) las contestaciones o respuestas que este ofreció a dichas cuestiones; y (3) las específicas razones que, desde los criterios cualitativos de ponderación previstos en la convocatoria (...), hayan conducido a la definitiva declaración de falta de aptitud profesional de ese mismo aspirante”

propias normas reguladoras del sector en el que incidieron, es decir, en el ámbito judicial. Por eso es destacable la aprobación, por Acuerdo de 25 de febrero de 2010 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, del Reglamento 1/2010, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, que ya desde su comienzo asume la influencia de estas SSTs. Este Reglamento se aprueba en ejercicio de la potestad reglamentaria del Consejo, de acuerdo con el artículo 107.9 de la LOPJ, y sin duda refleja la doctrina, ideas y criterios que se expresan en las aludidas resoluciones del Tribunal Supremo. Así, junto al reconocimiento de aspectos novedosos exigidos por la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el sentido de consagrar el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de cargos de responsabilidad (art. 3.1 del Reglamento), se establece la distinción entre *plazas jurisdiccionales* –que son las de Magistrados del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia propuestos por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas–, *plazas gubernativas* –que es la Presidencia de la Audiencia Nacional–, y *plazas jurisdiccionales y gubernativas* –que son las Presidencias de Sala del Tribunal Supremo, de Sala de la Audiencia Nacional, del Tribunal Superior de Justicia y sus Salas, y de Audiencia Provincial– (art. 2.2)⁶⁸, y se resalta, como no podía ser de otra manera, la exigencia de motivación. Se dice así que la tercera parte del Reglamento “*está dedicada al procedimiento para la provisión de plazas, como instrumento idóneo y necesario para garantizar el recto sentido de una decisión final suficientemente motivada*”, y, en esta dirección se incorpora una novedad en relación con las plazas de Magistrados del Tribunal Supremo reservadas a la carrera judicial, que es la facultad de interesar informe sobre la suficiencia del cumplimiento de los requisitos de claridad, precisión y congruencia de las resoluciones dictadas por los peticionarios, a la Sala o Salas correspondientes del indicado Tribunal que hubieran resuelto en última instancia los recursos frente a las mismas. Y así el artículo 5 del mencionado Reglamento, entre los méritos para la provisión de plazas reservadas a los miembros de la Carrera Judicial, prevé el de las “*resoluciones jurisdiccionales de especial relevancia jurídica y significativa calidad dictadas en el ejercicio de la función jurisdiccional*”, para lo cual el artículo 14 establece que se deben acreditar documentalmente por medio de una “*memoria comprensiva de los datos identificativos de las*

⁶⁸ Dice el artículo 12. 4 de este Reglamento que en las convocatorias “*distinguirán según se trate de nombramientos de carácter estrictamente jurisdiccional, gubernativo, o jurisdiccional y gubernativo*”

resoluciones y un resumen de su contenido literal, en especial, de los fundamentos jurídicos que se consideren relevantes”.

Por lo demás, se insiste en que los acuerdos en materia de nombramientos serán *“suficientemente motivados”* (art. 3.3), y que el Pleno que decida las propuestas de nombramiento dejará *“constancia de la motivación del acuerdo, con expresión de las circunstancias de mérito y capacidad que justifican la elección de uno de los aspirantes con preferencia sobre los demás. La motivación podrá hacerse por remisión, en lo coincidente, a la motivación de la propuesta de la Comisión de Calificación(...)”*. Pues ya se ha advertido la trascendencia que tiene el informe de la citada Comisión, de acuerdo con la jurisprudencia ya examinada, y la necesidad de que se justifique la razón por la cual se prefiere a un aspirante sobre otro, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Es más, el artículo 20 del citado Reglamento destaca, para el procedimiento para la cobertura de las vacantes de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia a propuesta de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, que a efectos de motivación de la propuesta de nombramiento, *“el Consejo General del Poder Judicial solicitará con carácter previo a los integrantes de las ternas una exposición de sus méritos en los términos del presente Reglamento, así como la documentación que en su caso considere necesaria”*⁶⁹.

En conclusión, hay una asunción muy elocuente de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la necesidad de motivar de forma adecuada y suficiente los nombramientos discrecionales, que debe ser tenida muy en cuenta para motivar otros actos y acuerdos de esta clase. La motivación se convierte así en prueba de una Administración democrática y ajustada a la Constitución, que da cuenta y razón de sus decisiones, con independencia de que sean o no votadas, pues el voto –y ya se sabe cómo se consigue en múltiples ocasiones⁷⁰ –, no puede servir de patente de corso para dar cobertura a verdaderas arbitrariedades. El artículo 9. 3 de la Constitución así lo exige (cfr, STS de 14 de abril de 2009).

⁶⁹ La motivación de estos nombramientos tiene especial interés, pues no se olvide cómo se presentan estas ternas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en muchas de las cuales figuran políticos o antiguos políticos, o personas que se encuentran en los aledaños de los partidos o coaliciones, con el peligro cierto que esto puede tener en el funcionamiento de la justicia, y, en concreto, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Motivar de forma suficiente estos nombramientos es de vital importancia para asegurar la calidad y la credibilidad del sistema (Vid. M. J. SARMIENTO ACOSTA, “Las competencias de la Comunidad Autónoma de Canarias. Instrumentos de coordinación y cooperación”, en AA. VV. *Instituciones de la Comunidad Autónoma de Canarias*, coord por J. J. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y J. A. GARCÍA ROJAS, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2001, p.148, nota 38, donde se incide sobre este peligro).

⁷⁰ Véase el libro de A. NIETO GARCÍA, *El desgobierno judicial*, cit., pp.158 y 159

7. UN PROGRESO CONSIDERABLE EN LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS Y ACUERDOS ADMINISTRATIVOS DISCRECIONALES: SU NECESARIA REPERCUSIÓN EN OTROS ÁMBITOS ADMINISTRATIVOS

Las SSTs de 29 de mayo de 2006, 27 de noviembre de 2007 y 23 de noviembre de 2009⁷¹ demuestran el abandono de la vieja doctrina⁷² que aseguraba al Consejo General del Poder Judicial una potestad para hacer nombramientos sin necesidad de una motivación material. Respecto de ellas CHAVES GARCÍA sostiene que estamos ante un *"hito en el control de la discrecionalidad técnica"*

⁷¹ Y otras que siguen la misma línea, como las ya citadas SSTs de 27 de noviembre de 2006, y 12 de junio de 2008.

Más recientemente, por ejemplo, debe destacarse que la STS de 12 de julio de 2010, en un caso relativo a la compatibilidad de un puesto de Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo con un puesto como Profesor Asociado de Universidad, impuso al CGPJ una motivación más detallada, pues la *"mera invocación de una determinada política judicial y la apelación a la plena disponibilidad de los magistrados del Gabinete Técnico son insuficientes para justificar la decisión adoptada porque son afirmaciones genéricas que pierden su fuerza de convicción a causa del previo proceder del Consejo General del Poder Judicial en circunstancias que no han cambiado y ante el contenido del expediente"*; ya que la denegación de la compatibilidad para preservar el cumplimiento por los miembros de la Carrera Judicial de sus funciones *"solamente estará justificada cuando concurran razones o circunstancias concretas que demuestren que la simultaneidad en el ejercicio docente puede impedir o menoscabar (...) el estricto cumplimiento de los deberes(...). Pues bien, al margen de que esas independencia e imparcialidad no están en juego aquí (...), es plenamente aplicable a este caso en el punto en el que afirman la insuficiencia de los argumentos genéricos e indeterminados para denegar una compatibilidad que en cursos precedentes se había venido concediendo"*. Y la STS de 2 de noviembre de 2010, en un caso que se refería a un proceso selectivo en el cual había una falta de motivación de determinados méritos alegados, se estimó parcialmente el recurso y se impuso la retroacción de las actuaciones para que se produzca una nueva valoración por la Administración de los méritos alegados. Exige también esta STS una motivación material, y no meramente formal, porque *"los puntos relativos al Curso de Diplomado en Sanidad, la Administración nada motiva sobre su rechazo, ni sobre la suficiencia investigadora que el recurrente sostiene que aparece acreditada con la certificación académica personal de los estudios del Tercer ciclo que obra en el expediente, y lo mismo en relación con la exclusión de determinados méritos alegados en cuanto experiencia previa, que deben ser valorados o no individualmente en cada caso"*. Obsérvese: se impone la valoración individual y la explicación de los motivos por los que se estiman o rechazan. Así concluye la aludida STS: *"es evidente que los actos administrativos en su día recurridos incurrieron en una insuficiencia de motivación, y que la sentencia no da razones que acrediten que esa falta de valoración está justificada, por lo que procede estimar este motivo de casación y dictar otra para que, retrotrayendo las actuaciones se proceda por la Administración a valorar debidamente los méritos antes citados y que no fueron objeto de estimación por parte de la sentencia, rectificando en su caso el puesto escalafonal del recurrente"*. Es evidente el avance de la doctrina del TS en estas Sentencias, puesto que ya no se recurre al manido refugio de la discrecionalidad técnica o se salva la actuación administrativa dando por buenas afirmaciones genéricas e indeterminadas que, como se ha visto, nada prueban, y que, de hecho, desactivan en gran medida un futuro recurso jurisdiccional, ya que el recurrente no puede articular bien sus argumentos, por no tener datos y hechos concretos y bien definidos.

⁷² De hecho ya se refleja en el Reglamento 1/2010, aprobado por Acuerdo de 25 de febrero de 2010 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales.

ca que será el leading case a partir del cual derivará una mayor exigencia en cascada (...) en materia de motivación de los juicios discrecionales”⁷³. Y desde luego constituye un paso enorme en orden al control de la discrecionalidad, si bien como este mismo autor destaca⁷⁴, todavía se aprecian en el seno del Tribunal Supremo –y ello explica la extensión y el nivel discursivo de los votos particulares –, dos concepciones del control de discrecionalidad y de la misma motivación de actos y acuerdos discrecionales. Una sustancial, que es la de los textos de las SSTS referidas, sin duda correcta y progresiva desde el punto de vista constitucional; y otra formal, que conecta con una jurisdicción pasiva, que deja hacer y otorga una preferencia a la decisión de la Administración Pública, basada en dogmas y tópicos que necesariamente deben revisarse, y, en algún caso, sencillamente superarse (jurisdicción revisora, discrecionalidad técnica y soberanía del tribunal o Comisión que hace la valoración, imposibilidad de sustituir la decisión administrativa para no incurrir en un activismo judicial etc, etc.). Esta segunda concepción es rechazable de raíz, pues refleja un entendimiento incorrecto de la labor que debe desempeñar el Poder Judicial en un Estado de Derecho, que debe controlar, con todos los instrumentos y técnicas que ofrece el avance del Derecho, la actividad de las Administraciones Públicas, o, más ampliamente, de los poderes públicos. Y esas técnicas son depuradas y desarrolladas magníficamente por las Sentencias referidas. No hay en ellas ningún exceso ni desviación⁷⁵. No se aprecia ningún “activismo”, sino aplicación estricta y rigurosa de lo que es un Estado de Derecho en el cual se fiscaliza seriamente la actividad de la Administración teniendo como punto de referencia los derechos fundamentales y las libertades públicas, y *no un abstracto interés público, que, en ocasiones, es sólo un concepto que encubre un interés de la Administración o de sus agentes coyunturales*, que, como es obvio, es algo totalmente distinto al interés público que proclama el Ordenamiento jurídico⁷⁶.

Las SSTS que examinados suponen, pues, un avance verdaderamente elo-

⁷³ *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*, cit., p. 254.

⁷⁴ *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*, cit., p. 255.

⁷⁵ Como ya se apuntó, la lectura del Fundamento de Derecho 10º de la STS de 27 de noviembre de 2007 es muy claro en este punto. En modo alguno hay un activismo judicial, ni se pretende, por tanto, sustituir la decisión del Consejo General del Poder Judicial

⁷⁶ No se trata de vencer con los votos sino de convencer con la motivación, como subraya J. R. CHAVES GARCÍA. Se trata, dice este autor analizando la STS de 27 de noviembre de 2007 “*del deber de la Administración de robustecer el porqué de su propuesta, incorporando una motivación racional (lógica), razonable (socialmente asumible), razonada (expresada formalmente en la voluntad del órgano colegiado) singularizada y proporcional (adecuada al caso concreto)*” (Cit., pp. 255 y 256)

gible y una correcta guía para el desarrollo de las virtualidades que anidan en el artículo 54, f) de la Ley 30/1992, y, por consiguiente, es necesario que los órganos jurisdiccionales utilicen los argumentos y criterios que manejan para imponer una motivación material de los actos y acuerdos dictados en ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración Pública. No puede sostenerse más que con escuetas referencias sin apoyo en el expediente, con cifras que no reflejan nada o con juicios de valor genéricos, que valen para todo (en este sentido, como ya se ha visto, SSTs de 12 de julio de 2010 y 2 de noviembre de 2010)⁷⁷, pero que no explican ni justifican nada, se entienda debidamente motivado un acto discrecional. La conexión con el expediente, la coherencia de la justificación y la suficiencia de ésta en términos jurídicos y lógicos es imprescindible para dar por válidas decisiones discrecionales que hasta ahora sencillamente no se motivaban. Como hemos dicho, la motivación debe ser precisa, suficiente y coherente. *Todo motivación que no observe estos requisitos no es motivación, sino, pura y simplemente, una apariencia o simulacro, una motivación formal y superficial; en definitiva, un fraude al Estado de Derecho por cercenar o desactivar el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y garantiza el artículo 24. 1 de la Constitución española de 1978, y, además, por sentar las bases para la arbitrariedad y el capricho, vulnerando, asimismo, lo establecido en el artículo 9.3 de la Norma Fundamental (cfr. STS de 14 de abril de 2009), que impone la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.* La motivación, por tanto, tiene que ocupar un papel básico para certificar la validez del acto o acuerdo administrativo.

⁷⁷ Cfr, asimismo, la referida STS de 14 de abril de 2009, que impone unos requisitos detallados a la exigencia de motivación de las entrevistas que se hacen en los procesos selectivos para el ingreso en la carrera judicial a la categoría de Magistrado. Como ya se ha visto, se impide que pueda ser cumplido este requisito con simples juicios de valor abstractos, o “*meras calificaciones genéricas*”.

A PROTEÇÃO DOS BENS COMUNS ENQUANTO PROBLEMA JURÍDICO E POLÍTICO: APRECIACÕES PRELIMINARES

PROTECTION OF PROPERTY AS A COMMON LEGAL AND POLITICAL ISSUE: PRELIMINARY FINDINGS

Rogério Gesta Leal

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Doutor em Direito
Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul
Professor Permanente da Universidade Estácio de Sá
Professor Visitante da Università Tùlio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha e Universidad de Buenos Aires
Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM
Membro da Rede de Direitos Fundamentais–REDIR do Conselho Nacional de Justiça–CNJ, Brasília
Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília
Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira

Resumo: *Pretendo neste ensaio tratar de um tema que tem sido recorrentemente debatido no cenário internacional e que diz com a proteção jurídica e política dos chamados bens comuns, eis que nucleadores dos interesses sociais e públicos indisponíveis da sociedade contemporânea.*

Palavras chave: *Bens Comuns, Democracia, Interesse Público.*

Abstract: *I intend in this essay deal with an issue that has been repeatedly discussed on the international scene and says that with the protection of so-called legal and political commons, behold nucleators of social interests and public unavailable in contemporary society.*

Keywords: *Commons, Democracy, Public Interest.*

Índice: *1. Notas Introdutórias. 2. A reformatação do Estado Administrador como Estado Social. 3. O evolver histórico da propriedade e sua inserção social. 4. Bens Comuns e patrimônio: novos paradigmas. 5. Bibliografia.*

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo neste ensaio abordar genericamente o tema da proteção dos bens comuns pela Administração Pública enquanto função institucional própria, ve-

rificando qual o estado da arte desta questão no debate doutrinário especializado, para então demarcar também em caráter geral a situação brasileira no ponto. Para tanto, vou me valer notadamente das contribuições teóricas que a doutrina italiana vem desenvolvendo no particular, especialmente a produção decorrente de projetos de pesquisa coordenados pelo Prof. Dr. Alberto Lucarelli, Ordinário de Direito Público da Università di Napoli – Federico II, Itália.

Em termos de evolver deste ensaio, optarei, por primeiro, em verificar como se encontra hoje o debate sobre os desafios do Estado Administrador em sociedades altamente complexas, para em seguida identificar algumas matrizes teóricas e normativas sobre o tratamento da propriedade enquanto instituto jurídico e político, passando então ao estudo das reflexões do Prof. Lucarelli enquanto modelo sistematizador do conceito de bem comum que revisa fundamentalmente aquele conceito tradicional de propriedade e mesmo de Administração Pública.

2. A REFORMATÃO DO ESTADO ADMINISTRADOR COMO ESTADO SOCIAL

As últimas reformas da Administração Pública no Brasil têm mostrado de forma muito clara a orientação privatizante do processo de gestão da coisa pública, o que vem a ser uma tendência internacional notadamente a partir da segunda metade do século XX.

Já tive a oportunidade de referir¹ que a economia dos mercados em expansão que pauta a forma e o conteúdo das relações sociais e institucionais da Idade Moderna, demarcando as possibilidades de desenvolvimento nacional e internacional, por certo é o Estado Nacional² que ainda responde, mal ou bem, pela mediação entre sistema econômico, sistema político e social, contando, para tanto, com alguns clássicos atores institucionais: legislativo, judiciário, partidos políticos, organizações de classe nacionais, etc.. Suas funções tradi-

¹ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

² Aqui entendido como o modelo de Estado que se caracteriza pelo fato de deter ainda a soberania jurídica e política em face de seu território e povo, reconhecida pelos demais Estados e pela Sociedade, conforme BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: UNB, 1996, p.136. Ao afirmarmos isto não desconhecemos, com GIDDENS, Anthony. *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record, 1999, que, hoje, no centro deste Estado, mesmo de feições social-democrata, o *dinamismo das Sociedades de mercado solapa as estruturas tradicionais de autoridade e fratura as comunidades locais; o neoliberalismo cria novos riscos e incertezas e pede aos cidadãos que simplesmente os ignorem*. p.25.

cionais e exponenciais são: (1) responder pela infra-estrutura física (energia, urbanização, linhas de subsídios, etc) no território nacional, a fim de viabilizar os investimentos do capital local e alienígena, pressupostamente produtivos e alavancadores do desenvolvimento; (2) responder pelas demandas sociais decorrentes do modelo econômico adotado, em especial ao seu denominado *custo social* (segurança, saúde, educação)³; (3) responder pela estrutura normativa/legislativa asseguradora de determinadas prerrogativas individuais e coletivas, bem como de exigências desses mesmos mercados e capitais (o que por vezes se afigura como contraditório); (4) responder pela estrutura judicial para os efeitos de manter a ordem e a estabilidade dos negócios jurídicos de todo esse processo, ao mesmo tempo em que necessita enfrentar, sob o âmbito jurídico, os litígios de natureza coletiva e social que provém desses cenários.

Ocorre que, como diz Lucarelli:

*Tali riforme, che hanno coinvolto il quadro istituzionale e i rapporti tra economia e diritto, indebolendo l'effettiva tutela dei diritti sociali, sono anche, e soprattutto, il risultato di un coacervo di eventi economico-finanziari e geo-politici, esogeni ed endogeni al nostro ordinamento giuridico. Eventi spesso disarticolati e disomogenei tra loro, indotti da crisi economico-finanziarie, da crisi energetiche, ambientali, alimentari, caratterizzati, con logiche neo-colonialiste, dallo sfruttamento sempre più violento dei soggetti deboli. Un processo involutivo che sta recidendo le radici dello Stato sociale, creando insicurezze e conflittualità sempre più drammatiche.*⁴

Este cenário de coisas inevitavelmente implica mudanças comportamentais e funcionais da própria Administração Pública, que passa, de um lado, a ser mais demandada em termos de apresentar soluções – através de políticas públicas preventivas e curativas – às conseqüências destes modelos de mercados e relações sociais marginalizantes; por outro lado, tem de continuar desempenhando aquelas funções estabilizadoras da ordem e ensejadoras das chamadas condições infra-estruturais das relações de poder.

³ O conceito de custo social é utilizado, dentre outros, por MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica*. São Paulo: Paz e Terra, 1991, no sentido de identificar as conseqüências sociais explícitas da agenda de políticas econômicas desenvolvida pelo capitalismo ocidental, tais como: desemprego, marginalização social, criminalidade, violência, etc.

⁴ LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Artigo inédito entregue pessoalmente ao autor deste texto, p.01. E neste ponto, coloca Lucarelli: *La sostituzione progressiva dei processi decisionali pubblici e dell'atto pubblico a vantaggio di scelte economiche, espressione di modelli neo-contrattuali, lobbistici e neo-feudali, mi ha spinto (me levou) ad interrogarmi sul senso più profondo del diritto pubblico oggi.*

Jürgen Habermas tem defendido⁵ a tese de que ao longo do terceiro quartel de nosso século, o Estado Social na Europa e em outros países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) compensou, em grande parte, as conseqüências indesejadas de um sistema econômico altamente produtivo, porém, desequilibrador das relações sociais. Neste cenário, entende o autor que o capitalismo não impediu, antes possibilitou, que se cumprisse a promessa republicana da inclusão igualitária de todos os cidadãos, contando, dentre outras coisas, com uma nova dicção normativa institucional-constitucional.

*De fato, o Estado constitucional democrático garante a igualdade também no sentido de que todos devem ter a mesma oportunidade de fazer uso de seus direitos. John Rawls, hoje o teórico mais influente do liberalismo político, fala nesse sentido do "fair value" de direitos repartidos com paridade. Em vista dos desabrigados, que se multiplicam em silêncio sob nossos olhos, vem à memória a frase de Anatole France: não é suficiente que todos tenham o mesmo direito de "dormir sob as pontes". Quando compreendemos o texto de nossas Constituições nesse sentido material da realização de uma sociedade socialmente justa, a idéia da autolegislação, segundo a qual os destinatários das leis devem ser entendidos ao mesmo tempo como seus autores, ganha a dimensão política de uma sociedade que atua sobre si mesma.*⁶

Tais mutações sociais e políticas no cenário internacional também atingiram de cheio a formatação do novo Estado Democrático de Direito e a Administração Pública que lhe é consectária, na expressão de Lucarelli:

*Il passaggio da una organizzazione del potere di natura politico-amministrativa, interessata prevalentemente alla migliore ed efficiente gestione pubblica (anche e soprattutto con strumenti di diritto privato) ad una organizzazione pubblica che intende assumersi responsabilità in ordine alla gestione diretta di attività economiche e di servizi pubblici e sociali, che intende produrre norme per garantire l'effettivo accesso ai diritti, caratterizza progressivamente il processo di democratizzazione del diritto pubblico. Un processo teso ad andare oltre il classico e formale rapporto autorità-libertà, e che non può non ruotare intorno ad un ruolo attivo delle istituzioni pubbliche.*⁷

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Nos limites do Estado*. In Especial para a Folha de São Paulo, Caderno MAISI, Página: 5-4. Edição: Julho de 1999.

⁶ Op.cit., p.04.

⁷ LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Op.cit., p.03.

De qualquer sorte, o marco normativo-constitucional que inaugura os tempos hodiernos, evidencia um parâmetro de concepção e ação estatal e social em direção a caminhos civilizatórios e de emancipação previamente demarcados, ao menos em suas linhas gerais. Tal parâmetro rompe com o paradigma reducionista da função reguladora meramente individual do direito (enquanto sistema e ordenamento jurídicos), construída, essencialmente, sobre o conceito de direitos subjetivos individuais e mesmo com a matriz francesa de gestão pública como sinônima de legalidade estrita e gramatical, retirando dos administradores possibilidades de exercício subjetivo público envolvendo direitos e garantias muitas vezes estabelecidos pela via muito mais dos princípios do que das regras jurídicas.

Ao mesmo tempo, esta Administração Pública Democrática tem seu acento identitário e diferenciador posto no que se pode chamar de matriz publicístico-democrática, focada na gestão de demandas e conflitos de prestações sociais. Neste modelo, a complexidade das relações sociais não permitem que o direito público (administrativo) cinda a dimensão política da administrativa propriamente dita, mas as tenham como permanentemente presentes na formação, discussão, deliberação, execução e avaliação das políticas públicas gestacionais de toda a comunidade, com ampla participação da cidadania em todas estas fases.⁸ Por conseguinte, *Il modello di diritto pubblico, delineato dalla nostra Costituzione, si allontanerebbe, in maniera più o meno evidente, sia dal metodo dello Staatswissenschaftliche di von Stein, sia dal metodo giuridico di Gerber, Laband Jellinek, poi recepito in Italia da Orlando, rivolto a regolamentare ed organizzare lo Stato di polizia, il rapporto autorità-libertà, la tutela delle libertà individuali.*⁹

Qual a principal consequência à Administração Pública em face destes desafios que lhe ocorrem? Por certo a progressiva especialização e profissionali-

⁸ Como refere Lucarelli: *Occorre dunque immaginare una sintesi “publicistica” del rapporto politica-amministrazione, una sintesi che è possibile cominciare ad intravedere nella teoria dei diritti fondamentali dello Stato sociale. In tal senso, si pensi a titolo esemplificativo all’esperienza weimariana; ad una organizzazione statuale nella quale la pubblica amministrazione, oltre alla “buona gestione della cosa pubblica”, viene incaricata di responsabilità politico-sociali, di erogare prestazioni di natura socio-economica; prestazioni che non possono prescindere da un livello politico, o meglio da un indirizzo politico.* Op.cit., p.04.

⁹ Idem, p.07. Lembra Lucarelli, deixando de lado o período fascista italiano, que: *la Costituzione italiana rappresenta la “chiusura” definitiva del diritto pubblico con la Scuola del Metodo giuridico orlandiano, cioè con quel metodo che portava in sé i modelli privatistici di un’amministrazione servente ad un indirizzo politico tendenzialmente autoritario e comunque orientato, secondo le logiche del liberalismo autoritario, in via primaria alla tutela delle libertà individuali e alla difesa dei valori e degli interessi dello Stato borghese.*

zação estrutural e operacional de quadros e serviços, para dar conta suficientemente de todas as demandas, o que não deve representar, ao mesmo tempo, insulamento dos demais interlocutores – em especial os soberanos cidadãos –, sob pena de gerar, pela via da tecnoburocracia, outros nichos autoritários de concentração e manipulação de poder. Vale a advertência de Lucarelli no ponto, ao sustentar que:

*Il passaggio dalla democrazia formale alla democrazia sostanziale, dal mero riconoscimento del diritto all'effettiva affermazione del diritto (il c.d. accesso al diritto), richiede, al di là delle forme, un diritto pubblico "militante", in grado di riconoscere diritti di prestazione, ma in grado anche di porli in essere effettivamente attraverso l'azione di una buona amministrazione. Questo segna il passaggio da un diritto pubblico che deve regolare la mera titolarità della res publica, ad un diritto pubblico che si pone tra i suoi compiti quello di gestire la res publica, in funzione del perseguimento di interessi generali.*¹⁰

O Estado hodierno (e notadamente no Brasil), em tais condições, passa a ter uma revigorada função de ordenação do caos e da agudizante exclusão social provocada pelo modelo de organização produtiva e social hegemônico nos últimos tempos no cenário internacional, agora potencializado pelos termos dos vínculos políticos delimitados pelas diretrizes constitucionais, tendo por tarefa e principal característica revitalizada a administração dos conflitos que perpassam a sociedade multicultural e tensa que o institui. Assim, um processo de democratização da sociedade é, necessariamente, também um processo de organização descentralizada do Estado, em que ele se mobiliza tendo em vista propiciar a possibilidade de prevenção e resolução dos conflitos existentes pela via do Direito Público¹¹. Na dicção de Lucarelli:

La vera dimensione del diritto pubblico si avverte, invece, in tutta la sua pienezza, quando esso mostra un radicato interesse per la politica sociale;

¹⁰ Idem, p.06. Refere ainda o autor que: *Si comprende come la visione formalistica del diritto pubblico, o anche tesa unicamente al buon funzionamento dell'organizzazione del potere, non sia idonea a dare risposte ad un crescente numero di persone, per le quali mancano i presupposti sociali per la realizzazione delle garanzie di libertà giuridica. Questo quadro dunque, lasciato a sé stesso, e non affrontato socialmente attraverso un "ruolo funzionale" del diritto pubblico, esprime sempre più una formula vuota, che richiede appunto una formula nuova.*

¹¹ Veja-se que estas mudanças todas identificadas têm levado o Estado a inserir-se direta e indiretamente no processo de acumulação do capital, seja para conter a tendência decrescente da taxa de lucros nas economias capitalistas, seja para atender os imperativos da divisão e exclusão do trabalho, que requer, cada vez mais, níveis mais altos de competitividade e de inclusão social. Ver o texto de BASBAUM, Leôncio. *História Sincera da República*. 04 volumes. São Paulo: Alfa-Ômega, 1981.

*quindi, piuttosto che composizione di interessi diffusi ed orizzontali, il diritto pubblico percepisce e si propone di risolvere le ingiustizie, i conflitti, le contraddizioni, disseminante nel rapporto istituzioni-società e all'interno della società stessa. Quanto più è grave e profondo il conflitto sociale, tanto più si percepisce l'esigenza del diritto pubblico, tanto più se ne esalta il ruolo.*¹²

O Estado de que estou falando, pois, não se confunde somente com a instituição jurídica que toma corpo em seus poderes institucionais, mas é espaço de comunicação e explicitação de um mundo da vida ordenado por marcos normativos fundantes, vetores axiológicos positivos que estabelecem as regras do jogo democrático, a partir do que se tem o que posso chamar de mínimos existenciais e plexos de prerrogativas e garantias que se postam como conquista histórica da humanidade em seu evolver. No mais, tudo pode e precisa ser construído, dependendo da capacidade criativa que se vai ter de superar as próprias limitações que se tem.

Como diz Lucarelli, tais questões vão fazendo surgir nova matriz estatal de conformação dos interesses públicos e privados, com a presença mais marcante e, por vezes, interventiva, das instituições públicas à proteção de interesses e bens que são indisponíveis por pertencerem ao sujeito coletivo que é a comunidade, fazendo surgir esta figura que é o Estado Social Administrativo (*L'insorgere dello Stato sociale attribuisce al diritto pubblico un ruolo molto speciale e peculiare, ovvero il tentativo di trasformare l'azione dello Stato da imperium a dominium, cioè strumento di compensazione, governo e gestione dei conflitti sociali; strumento teso all'effettiva tutela ed accesso ai diritti fondamentali*¹³), o que se apresenta de forma cada vez mais emergente, em face até das demandas coletivas que vão explodindo com mais frequência e intensidade.

Assim, o conceito de boa administração envolve inclusive *una estensione progressiva delle forme pubblicistiche al contesto dei rapporti economico-patrimoniali. La configurazione di un modello che si contrappone all'azione amministrativa, intesa secondo schemi formalistici e del diritto privato e orientata*

¹² LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Op.cit., p.10.

¹³ Idem, p.07. Ver também FIORAVANTI, Marcelo. *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica*. In *Quaderni Fiorentini*, 13. Florença: Einaudi, 1984, p.592. Adverte este último autor que *Ciò pone in essere una progressiva edificazione dello Stato sociale-amministrativo, attraverso una crescita di apparati burocratici e l'assunzione di nuovi servizi e compiti da parte dello Stato, nella consapevolezza che dove non c'è sfera pubblica non c'è neppure sviluppo, che le spese sociali non vanno concepite come un costoso passivo nei bilanci pubblici, ma come la forma di investimento pubblico sicuramente più produttiva*.

*prevalentemente al c.d. "buon governo" della cosa pubblica.*¹⁴ Ou seja, até mesmo a propriedade privada – grande bastião fundador dos direitos individuais de matiz liberal –, até então intocável pelo interesse público, se vê alcançada pela lógica publicística que passa a vigor na ordem constitucional social do século XX, a despeito de sua historicidade privatista, o que passo rapidamente a abordar.

3. O EVOLVER HISTÓRICO DA PROPRIEDADE E SUA INSERÇÃO SOCIAL

A propriedade enquanto instituto social e político, antes de jurídico, tem sido tratada de diversas formas pela cultura ocidental. Estudos clássicos, como o de Coulanges¹⁵, dão conta de que há três coisas que desde a mais remota antigüidade se encontram fundadas e solidamente estabelecidas: a religião, a família e a propriedade.

Nos estudos de Engels¹⁶, percebe-se que, em razão de aspectos econômicos e também físicos-naturais, vinculou-se estreitamente a propriedade com a existência de agrupamentos humanos e familiares, relevando-se aqui a causa de produção da subsistência e suas conexões espontaneístas com o cotidiano dos indivíduos, sem existir uma nítida e presente intenção dirigida à sociabilidade. Tal situação autoriza a crença de que a primeira idéia de propriedade surge em nossa cultura seja a comunal, distinta, pois, da propriedade privada.¹⁷

Entre a maior parte dos agrupamentos primitivos estudados por Coulanges e por Engels, os deuses domésticos ou lares tinham o seu altar assente no solo onde deveriam ficar para adoração pela família, solo este que estabelecia vínculo indissolúvel com esta, e a ambos, a família e o solo, os deuses protegiam como propriedades suas. Assim, cada família, tendo seus deuses e seu culto, devia ter, por estreita correlação, a sua terra particular, a sua propriedade. A divindade doméstica era quem assegurava o seu direito inalienável e imprescritível a essa mesma propriedade e o limite inviolável do domínio, cuja perpetuidade persistia hereditariamente, enquanto persistisse a religião doméstica.

Esta bibliografia citada deixa claro que se dá um salto muito rápido da noção religiosa à associada às relações de produção, mercado e do próprio sis-

¹⁴ Idem, p.08.

¹⁵ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Coimbra: Porto, 1987.

¹⁶ ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

¹⁷ GRASSERIE, Raoul de. *Principios sociológicos del derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus, 1908, p.251.

tema capitalista vindouro, tendo-se a civilização como estágio de desenvolvimento da sociedade em que a divisão do trabalho, a troca entre indivíduos dela resultante e a produção mercantil, atingem seu pleno desenvolvimento e ocasionam uma revolução em toda a sociedade anterior. Nesse modo de produzir, *foi-se introduzindo lentamente a divisão do trabalho, o que minou a produção e a apropriação em comum, erigiu em regra dominante a apropriação individual, criando, assim, a troca entre indivíduos.*¹⁸

Foi em Roma que a concepção de uma propriedade rigidamente individual se firmou de uma maneira mais dogmática e positivada. Na Roma Antiga, o regime de bens era dominado por dois fatores preponderantes: a concepção do Direito e a organização das famílias. Esta, fundada no culto ao lar e aos mortos, formava uma organização autocrata. Em razão disso exigia um sistema de bens assecuratório de sua auto-suficiência.¹⁹

O direito absoluto de propriedade romana vai, com o decorrer dos tempos, sofrendo limitações legais inspiradas em motivos de ordem pública, privada, ética, higiênica ou prática. Assim, ao proprietário é admitido usar e fruir da propriedade, inclusive abusar dela, desde que isso não ofereça danos à propriedade ou aos direitos de outrem, respeitando-se desta forma os direitos de vizinhança.²⁰

Já na Idade Média, elaborou-se um conceito todo próprio de propriedade, indo de encontro ao exclusivismo dos romanistas e introduzindo uma superposição de titulações de domínios, de densidades diferentes, que se mantinham paralelas umas às outras. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade de terras criaram uma identificação entre o tema da soberania e o da propriedade, pois se distinguem o domínio direto da propriedade, que é do senhor feudal, e o domínio útil do vassalo.²¹

¹⁸ ENGELS, Friederich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Op.cit., p. 141. Lembra o autor que também são características da civilização, por um lado, a fixação da oposição entre a cidade e o campo como base de toda a divisão do trabalho social e, por outro, a introdução dos testamentos, por meio dos quais o proprietário pode dispor de seus bens ainda depois de morto. *Essa instituição, que era um golpe direto na velha constituição gentílica, não foi conhecida em Atenas, mesmo no tempo de Solon; foi introduzida bastante cedo em Roma, mas ignoramos em que época.*

¹⁹ Na obra de MEIRA, Silvio A. B. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Max Limonad, 1990, p.241, é possível termos a seguinte assertiva: *É certo que o primitivo Direito Romano possuía um direito de propriedade de sentido absoluto e exclusivo, personalista e individualista.*

²⁰ Lembra CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.174, que neste período romano, no próprio terreno, podia o proprietário fazer o que quisesse, desde que não molestasse o direito alheio. Entretanto, mesmo no próprio terreno, o *dominus* teria algumas limitações, sendo, por exemplo, obrigado a deixar espaços livres de cinco pés se se tratasse de prédios rústicos ou urbanos. Nesses espaços, não poderia haver construções.

²¹ WALD, Arnold. *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.96.

Em verdade, pode-se, a partir destes dados, entender como o uso e gozo efetivos da propriedade na história do Ocidente não passou de uma inconfundível dominação sobre a coisa, imposta pela realidade político-social. Como conseqüência direta disto, deu-se o predomínio das relações reais sobre as pessoais, matéria que o ordenamento jurídico em seguida passaria a regular com vista a estabelecer certa ordem e estabilidade ao modelo de desenvolvimento da Idade Moderna.

A Idade Moderna, pois, começa a esboçar-se com a profunda expansão comercial desde o Mercantilismo, pelo início da grande produção manufatureira, pela formação de impérios financeiros, pelas sociedades por ações e, no século XVI, com a descoberta do Novo Mundo. A idéia de propriedade imobiliária torna-se senso comum e instituição reconhecida em todo o Ocidente. As coroas conquistadoras, à custa das suas novas colônias, inauguraram o período que pode se identificar como fase da acumulação primitiva do capital, o que possibilita o advento do modo de produção capitalista.²² A nova forma de propriedade que ganha relevo em pouco tempo é a propriedade industrial, que vem se juntar à propriedade imobiliária, todas de caráter absolutamente individual e destinadas a atender expectativas particulares e setoriais de uma parcela da sociedade, sendo idealizadoras de que esta propriedade tenha um fim em si mesma, ou seja, servir de capital para gerar mais capital.

Lembra Zolo, neste particular, que Marx acertara em seu diagnóstico no sentido de que a liberdade individual assim como a propriedade, no contexto da separação burguesa entre Sociedade Civil e Estado Político, agudizou os aspectos individualistas e atomísticos que se opõe à dimensão humanitária do ser social, impedindo a igualdade de se materializar.²³

Coube, assim, à Revolução Francesa, enquanto marco histórico e político da Modernidade, instituir novo tratamento à propriedade, tanto no aspecto político-ideológico como no jurídico, ampliando mais o seu significado, oportunizando a abolição dos privilégios, o cancelamento dos direitos perpétuos, desprezando a coisa móvel e priorizando os bens imóveis. Daí resultaram

²² Neste sentido BORON, Afílio. *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 1994. Ver também BERLE JR., Adolf A. *A Propriedade Privada na Economia Moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.

²³ ZOLO, Danilo. *Libertà, proprietà Ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali*. In *Diritti Fonamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza, 2008, p.61. Refere o autor que: *Questo è un aspetto della critica marxiana della società liberale che a mio parere conserva ancora oggi una sua attualità.... non perchè la fonte della disuguaglianza social e della povertà sia la struttura esclusiva e particolaristica della proprietà privata, ma perchè ad operare in senso antiugualitario sono i potenti meccanismi dell'economia di mercato*.

preocupações jurídicas envolvendo o instituto da propriedade, amplamente regulada pelo Código de Napoleão de 1804.²⁴

Conforme Pugliatti²⁵, o direito de propriedade, a partir do Código de Napoleão, destaca-se dos direitos políticos, até então lugar especial de alojamento do instituto, desligando-se do poder de jurisdição e afirmando-se como direito civil, direito à utilização econômica da coisa, garantindo-se ao seu titular a mais ampla liberdade, dentro dos limites de regulamentação legal existentes.²⁶

Por outro lado, a doutrina jurídica francesa que enfrenta a problemática da propriedade e do direito de propriedade, principalmente com Josserand²⁷ e Duguit²⁸, avança teoricamente no sentido de agregar à reflexão jurídica elementos políticos e sociais. O primeiro autor, por exemplo, aloca o direito de propriedade na classe dos direitos de caráter egoístico, em razão do que, se tal direito for exercido sem utilidade, caracteriza-se o abuso, por se encontrar o direito desviado de sua destinação econômica e social, *i.e.*, ter uma utilidade, por mais particular que ela seja. Para Duguit, o direito positivo não protege nem deve proteger o direito subjetivo absoluto do proprietário, mas simplesmente garante a liberdade ao possuidor de constituir riqueza com a finalidade de cumprir com uma função social.²⁹

Veja-se que a idéia de função social aqui diz com o fato de o titular do direito utilizar as faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este tem capacidade de produzir, ficando sujeito às cominações legais se não o fizer, fundamentalmente para que a propriedade possa ser recolocada em seu caminho normal. A função social, aqui, insisto, visa justamente a fazer com

²⁴ Com a tomada do poder pela burguesia, na Revolução Francesa (1789), a propriedade passa a figurar dentre os direitos fundamentais, juntamente com a vida e a liberdade; prova disso é o constante no art. 17 da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, que afirma ser o direito de propriedade *inviolable et sacré*, posição ratificada, claramente, pelo Código de Napoleão, onde é considerada um direito o assento territorial da independência do indivíduo. Era possível, a seu detentor, utilizar-se do bem segundo os princípios do *jus utendi* e *jus abutendi* do Direito Romano. Ver o trabalho de HAURIUO, André. *Derecho Constitucional y Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel, 1990.

²⁵ PUGLIATTI, Salvatore. *La Proprietà nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè, 1994, p.96.

²⁶ Consoante disposição expressa do art.544, do Código de Napoleão. Ver o texto de FERRO, Marcelo Roberto. *A Propriedade Privada no Código de Napoleão*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 70, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

²⁷ JOSSERAND, August. *De L'Esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Ginevre, 1939.

²⁸ DUGUIT, León. *Las Transformaciones generales del derecho privado*. Madrid: Sacramento, 1960, e o clássico texto *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1967.

²⁹ É importante ter presente que Duguit vai buscar na sociologia de Durkheim e em sua teoria da solidariedade, fundada na divisão do trabalho social, um fundamento para o direito no sentimento de solidariedade, ao qual agrega, depois, na terceira edição do seu *Traité de Droit Constitutionnel* (1967), um sentimento centrado na idéia de justiça.

que ela seja utilizada de maneira a cumprir o fim econômico a que se destina, não gerando contraposição entre os interesses individuais e coletivos.³⁰

No âmbito histórico brasileiro mais recente, em especial no Código Civil de 1916 (art. 485 e seguintes), esta tradição da propriedade tida como direito absoluto vem projetada na perspectiva de assegurar ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens (art. 524, deste CCB) – referido por Maria Helena Diniz como direito correspondente ao *jus utendi, fruendi e abutendi* do Direito Romano³¹; mais do que isto, dispõe o art. 527, do mesmo diploma legal, que o domínio presume-se ilimitado e exclusivo, até prova em contrário.

Interessante registrar o depoimento de Gustavo Tepedino sobre esse período:

*Função social da propriedade é, pois, conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábua axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época. Com o liberalismo do século XIX, a marca do individualismo moldaria a função social como instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade do homem. A propriedade cumpriria necessariamente sua função social pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana. Esta dogmática inspiraria, com efeito, a codificação da Europa do último século e, em sua esteira, o nosso Código de 1916.*³²

Ocorre que desde o constitucionalismo social do século XX³³, junto com a idéia de Estado Social que abordei acima, começa-se a verificar o progressivo reconhecimento, pelo ordenamento jurídico (constitucional e infra-constitucional), da necessidade de se constituir uma ordem social mais justa e equilibrada, para garantir a democracia e o desenvolvimento, o que atinge inexoravel-

³⁰ Ver o meu livro LEAL, Rogério Gesta. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p.86. Na mesma direção ver o texto de GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro*. IN: Revista de Direito Civil, vol. 64, pág. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

³² TEPEDINO, Gustavo. *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol.306, p.73/78. Na mesma direção ver o excelente trabalho de FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

³³ Estou me referindo aos movimentos políticos que redundam em expressões normativas, tais como: a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração Russa dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Espanhola de 1931, etc., que incorporaram em seus textos o conceito de justiça social, ao menos no âmbito do direito constitucional.

mente a concepção de propriedade, sua natureza e funções. Esta concepção se propaga internacionalmente, de forma que hoje já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, de restrições e de induzimentos que compõem, ao menos preliminarmente, conteúdo mínimo à função social da propriedade.³⁴

Em outras palavras, a propriedade varia conforme as relações sociais e econômicas de cada momento. O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva do grau de complexidade das relações sociais. É assim que se impõe o reconhecimento de que a propriedade já não pode mais ser sustentada, ao gosto do período de codificação acima referido (o que inclui o Brasil), como instituto meramente jurídico e tratado como mônada no âmbito do tecido social em que opera, mas, ao contrário, revela-se insuficiente a abordagem jurídica da propriedade que a descontextualiza de sua natureza social e de suas correlações políticas, o que importa considerá-la como fato/ato jurídico proveniente muito mais de correlações de forças sociais – perspectiva fenomenológica – do que de disposições normativas engessadas, desconectadas de seu tempo.

Em verdade, a preocupação com a função social da propriedade, no caso brasileiro, plasmou-se de forma mais clara no âmbito da Constituição de 1946, em face do condicionamento do uso da propriedade ao bem-estar social. Já a Emenda Constitucional nº1/69, modificou o artigo 160, da CF/46, asseverando que: *A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social.* Da mesma forma a Lei nº4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), tratou da função social da propriedade rural, a partir do que tal expressão viu-se agregada nas Constituições de 1967, em seu art.157, III, e na Constituição de 1969, em seu art.160, III.

É interessante notar que festejados doutrinadores do Direito Civil pátrio vêm incorporando, desde então, a despeito de que timidamente, esta evolução em suas obras. Veja-se o exemplo de Caio Mário da Silva Pereira:

A verdade é que a propriedade individual vigente em nossos dias, expri-

³⁴ De forma arguta, Tepedino (op.cit., p.77) lembra que este processo intervencionista, ao se realizar por força da Constituição, a qual, seguramente, serve como ponto de atração para todo o sistema normativo, atinge violentamente a pretensa autonomia então vigente no âmbito da codificação privada ocidental, em especial no caso dos Códigos Civis, mercê da socialização do direito civil que o tornou voltado para valores sociais e não tão-somente para valores patrimoniais. Isto ocorre, na opinião do autor, em face de que, na lógica normativa-publicista nascente, é inadmissível conceber um sistema que responda a lógicas setoriais ou meramente particulares. Portanto, a perda de espaço pelo Código Civil coincide com a chamada publicização ou despatrimonialização do direito privado, invadido pela ótica publicista, própria do Estado Social de Direito.

*mindando-se embora em termos clássicos e usando a mesma terminologia, não conserva, todavia, conteúdo idêntico ao de suas origens históricas. É certo que se reconhece ao dominus o poder sobre a coisa; é exato que o domínio enfeixa os mesmos atributos originários – ius utendi, fruendi e abutendi. Mas é inegável também que essas faculdades suportam evidentes restrições legais, tão freqüentes e severas, que se vislumbra a criação de novas noções. São restrições e limitações tendentes a coibir abusos e tendo em vista impedir que o exercício do direito de propriedade se transforme em instrumento de dominação.*³⁵

A função social, pois, nessa perspectiva, relaciona-se, fundamentalmente, com o uso da propriedade, incidindo, também, sobre o exercício das faculdades e poderes inerentes ao direito de propriedade, eis que sua utilização deve servir ao bem da coletividade³⁶, razão pela qual a Constituição brasileira de 1988, de certa forma, tentou andar na direção apontada, na medida em que instituiu uma série de normas protetivas da propriedade e delineadoras de conteúdos mínimos à sua função, a saber: (1) A inclusão da propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica, ao lado de sua função social, nos termos do art. 170, incisos II e III; (2) A inserção da função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, ao lado da proteção à propriedade privada³⁷; (3) O art. 182, e seguintes, da Constituição atual fixa regras pertinentes à propriedade territorial urbana, referindo-se ao tema da Política Urbana, assim como o art.184, e seguintes, tratam da propriedade rural no capítulo dedicado à política agrícola e fundiária e da reforma agrária³⁸; (4) Há, ainda a regulação – art.185 – sobre a pequena e a média propriedade, garantindo ao seu titular, desde que não possua outra área, ser insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária. Neste sentido,

³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.67.

³⁶ Esta concepção foi elevada à condição de princípio jurídico pela Constituição de Weimar (1919).

³⁷ Veja-se que, na Constituição de 1967, a função social da propriedade era princípio da ordem econômica e social. Diante disso, pode-se entender que, nos termos do texto atual, respeitada a técnica adotada pelo constituinte, tal imposição à propriedade figura em lugar mais privilegiado, isto é, enquanto direito e garantia fundamental do indivíduo.

³⁸ Nesse sentido, a Constituição também disciplinou a função social da propriedade imobiliária urbana, valorizando o plano diretor a ser estabelecido por lei local – art.182; previu o parcelamento compulsório e a tributação progressiva de solo urbano não edificado, bem como a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de até 10 anos, nos termos do art. 182, § 4º, I, II e III; instituiu o usucapião especial urbano - art.183 - sob os seguintes requisitos: a) área de até 250 m2; b) 5 anos de ocupação como moradia própria ou da família; c) ausência de oposição; d) não possuir outro imóvel rural ou urbano.

tem-se a disposição do art. 5º, XXVI, como garantia de impenhorabilidade da *pequena propriedade familiar e rural* para pagamento de débitos oriundos de sua atividade produtiva, gozando de meios de financiamento específicos para o seu desenvolvimento; (5) Da mesma forma, a pequena propriedade, de até 250 metros quadrados, se urbana, e de até 50 hectares, se rural, destinada à moradia familiar, e, no caso da rural, tornada produtiva pelo possuidor, é suscetível de aquisição por usucapião em prazo de cinco anos, nos termos dos arts. 183 e 191; (6) Não se perca de vista o disposto nos arts. 182 e 183, da Constituição, que dão as bases do direito de propriedade urbana, devidamente regulamentados pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade.

A doutrina estrangeira assim se manifesta também:

*La función social es ni más ni menos que el reconocimiento de todo titular del dominio, de que por ser un miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones con relación a los demás miembros de ella, de manera que si él ha podido llegar a ser titular del dominio, tiene la obligación de cumplir con el derecho de los demás sujetos, que consiste en no realizar acto alguno que pueda impedir u obstaculizar el bien de dichos sujetos, o sea, de la comunidad.*³⁹

De outro lado, tais elementos normativos da Carta Política precisam ser cotejados com os Princípios Fundamentais que a informam, a saber, e em especial, com as disposições do seu capítulo primeiro, arts. 1º a 4º, o que significa dizer que a função social da propriedade está prévia e definitivamente vinculada, em termos de significado, com os temas da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais, etc.

Qualquer interpretação que seja dada à propriedade que não leve em consideração tais elementos, inexoravelmente, irá de encontro com o previsto no texto constitucional brasileiro, a despeito das posições doutrinárias e jurisprudências ainda resistentes desta perspectiva que há no Brasil e mesmo em outros países nesta quadra histórica.⁴⁰

³⁹ VIVANCO, Antônio Carlos. *Teoría de Derecho Agrario*. México: Porrúa, 2008, p.49.

⁴⁰ Importante aqui a lembrança de Lucarelli no ponto, quando assevera que: *Basti pensare, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione alla celebre e discussa sentenza della cassazione, sez. unite penali, del 7 febbraio 1948, con cui si introduceva una tripartizione tra le norme costituzionali, tra norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita, che per dispiegare la loro forza normativa richiedevano un intervento attuativo del legislatore, prima del quale non potevano esplicare alcun effetto cogente o abrogativo, e norme direttive o meramente*

Por estas razões é que os próprios civilistas brasileiros têm concordado com o fato de que, se é verdade incontestável que o regime jurídico da propriedade privada se submete às normas de direito civil⁴¹, tais normas reclamam conformidade à ordem constitucional. Como quer Arendt, *a palavra "privada" em conexão com a propriedade, mesmo em termos do pensamento político dos antigos, perde imediatamente o seu caráter privativo e grande parte de sua oposição à esfera pública em geral.*⁴²

Não foi em vão que o Novo Código Civil Brasileiro se preocupou em estabelecer limites à propriedade em seus artigos 1228⁴³ a 1232, objetivando dar cumprimento à determinação constitucional do uso da propriedade equacionar-se ao bem-estar social. Em especial neste art.1.228, em seu §1º, tem-se de forma muito clara a preocupação em proteger o que se pode nominar de bens comuns à sociedade, asseverando que *o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

Disposição desta natureza, para além de demarcar as possibilidades da vida civil entre particulares, institui verdadeira política pública normativa de gestão de bens comuns que dizem respeito não só ao mercado, mas fundamentalmente à toda a comunidade, o que *augmenta la responsabilità delle istituzioni pubbliche, non in quanto proprietari del bene, ma in quanto tutori degli interessi generali e dei valori etico-sociali, riconducibili alla protezione del bene stesso e*

programmatiche, che si distinguevano da quelle precedenti perché lasciavano al legislatore discrezionalità quasi senza limiti per la loro attuazione. Ciò rappresentava un evidente freno alla forza normativa-innovativa della Costituzione, in difesa di valori e principi consolidati della borghesia di matrice liberale. LUCARELLI, Alberto. *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale.* Op.cit., p. 10.

⁴¹ Isto está posto de forma clara -inclusive sob a perspectiva da noção mais absolutista de propriedade -, no atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), em seu art.1.231, dispendo que *A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.*

(Código Civil – Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002

⁴² ARENDT, Hannah. *A condição humana.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.70. Na dogmática jurídica, ver o trabalho de ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e sua função social no direito constitucional moderno.* Londrina: UEL, 1998, em que destaca ser a função social da propriedade o resultado da combinação dos direitos individuais e os direitos sociais.

⁴³ Vide o que estabelece o art.1228, ao prever em seu §1º, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. Demanda ainda em seu §2º, que são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

*quindi in quanto soggetti responsabili verso le generazioni future.*⁴⁴

Demarcados estes cenários teóricos e normativos, cumpre agora verificar como se pode delimitar ainda mais este conceito de Bem Comum enquanto novo paradigma da propriedade, o que passo a fazer.

4. BENS COMUNS E PATRIMÔNIO: NOVOS PARADIGMAS

Para cumprir o intento de enfrentar os contornos semânticos e pragmáticos do conceito de Bem Comum vou me valer, dentre outros, mas principalmente, do excelente trabalho de Alberto Lucarelli (já referido), até em face das investigações que vem desenvolvendo sobre o tema no *Centre International d'Études et de Recherches sur les Biens Communs*, de Paris e Nápoli.

Tem sustentado o professor Lucarelli que, para construir uma noção jurídica de Bem Comum, deve-se partir de uma visão mais universal do direito, fixando-se em valores/princípios notadamente vinculados à sobrevivência e à convivência social lato senso⁴⁵, o que demandaria, dentre outras coisas, partir-se da delimitação de um quadro de princípios envolvendo a natureza do direito sob comento, em vez de se partir da individualização de bens juridicamente já dimensionados pelos ordenamentos positivados.

Assim, a noção de Bem Comum é o resultado de um fenômeno de necessária coesão econômica, social e territorial, envolvendo bens (naturais e construídos) da civilização, e por isto fundamentais a ela, os quais, por decisão política parlamentar e democrática, positivam-se em ordenamentos jurídicos vinculantes à tutela de tais bens enquanto condizentes à natureza humana em sua forma social e inclusive moral.

A partir deste conceito aproximativo e exemplificativo de Bem Comum, o

⁴⁴ LUCARELLI, Alberto. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Nápoli: Univeristà Frederico II, 2007, p.03.

⁴⁵ Lucarelli opta por estabelecer uma relação entre o Direito Natural e o Direito Positivo nesta abordagem que não vou aprofundar e mesmo eleger como foco, a uma porque tenho divergências epistemológicas quanto a tal opção, a duas porque, em meu sentir, se pode aprofundar este conceito de Bem Comum sem optar pela relação proposta, a três porque não teria tempo para enfrentar a abordagem filosófica proposta neste ensaio. Por uma questão de respeito ao texto do autor impõe-se esta advertência pessoal. No particular, refere Lucarelli: *L'adesione ad un contenuto minimo di diritto naturale declina altresì il principio della responsabilità giuridica verso le generazioni future e non implica alcuna violazione del principio della separazione tra diritto e morale. Questo modo di ragionare non violerebbe il principio humeano della fallacia naturalistica, cioè l'errore logico consistente nella deduzione di una conseguenza normativa da una premessa fattuale, infatti, l'idea del contenuto minimo del diritto naturale si ispira "solamente" all'idea di sopravvivenza e convivenza*. Idem, p.05.

problema que Lucaralli se coloca diz com as dificuldades de sua efetiva proteção, constantemente ameaçados não só pela cultura privatista que historicamente se tem de propriedade, mas em face da tradição de transferência do domínio e uso destes bens, pela via das concessões de serviços públicos, gestão de recursos naturais (hídricos) pelo mercado, etc. Por certo que mecanismos de controle e transparência sobre estes bens são constantemente aprimorados, o que não tem evitado os seus depauperamentos progressivos.

Assim que:

*I beni comuni sono beni che, al di là della proprietà, dell'appartenenza, che è tendenzialmente dello Stato, o comunque delle istituzioni pubbliche, assolvono, per vocazione naturale ed economica, all'interesse sociale, servendo immediatamente non l'amministrazione pubblica, ma la stessa collettività in persona dei suoi componenti..... Tali istituti, infatti, oltre lo spirito originario dei beni comuni, tendono, nel migliore dei casi, a bilanciare esigenze collettive con esigenze individuali*⁴⁶.

Com acerto Sandulli adverte para o fato de que o conceito de Bem Comum não implica a transmutação ou negação da propriedade privada, que continua íntegra tanto na cultura como na maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais –tampouco pode ser confundido com o conceito tradicional de bem coletivo–, mas dá relevo, para além do título dominial da propriedade consuetudinária, ao significado e função reconhecida pelo Direito no particular, fundado em situações fáticas que geraram o reconhecimento (e tutela) normativo deste bem como comum.⁴⁷

Ou seja, parte o conceito de Bem Comum da premissa de que a sobrevivência e convivência de valores, tradições, hábitos, costumes, e todas as suas projeções materiais e imateriais na realidade histórico-social da civilização, se afiguram como bens absolutos, dos quais declinam direitos fundamentais que, para serem tutelados eficazmente, precisam de políticas públicas e ferramentas protetivas adequadas.

Com este espectro semântico é que um dos mais importantes marcos normativos internacionais sobre o tema o define, a saber:

⁴⁶ SANDULLI, A.M.. *Beni pubblici*. In *Enciclopedia di Diritto*. Vol. V. Milano: Giuffrè, 1959, p. 285.

⁴⁷ Nas palavras de Lucarelli: *Non si è in presenza di un bene demaniale o patrimoniale dello Stato, o comunque di un bene riconducibile all'istituzione pubblica, ma, si è in presenza, invece, di una res communis omnium, che, al di là del titolo di proprietà, si caratterizza da una destinazione a fini di utilità generale; si è in presenza di un bene orientato al raggiungimento della coesione economico-sociale e territoriale e al soddisfacimento di diritti fondamentali*. LUCARELLI, Alberto. *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Op.cit., p.04.

Artigo 1º

Definição de bens culturais

Para fins da presente Convenção *são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário:*

- a) *Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as importantes coleções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos;*
- b) *Os edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja, de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a), como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a) em caso de conflito armado;*
- c) *Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a) e b), os chamados "centros monumentais".⁴⁸*

Daí a importância, para Lucarelli, de se configurar à abordagem de tema tão complexo o que ele chama de uma Teoria Mista, capaz de levar em conta *i temi classici delle scienze giuridiche, quali la proprietà, la nozione di interesse generale, gli istituti partecipativi; una nozione che esercita diretta influenza sulla fruibilità e sulla gestione del bene comune, ovvero che presenta una diretta ricaduta sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali.*⁴⁹

Por outro lado, está em jogo nesta lógica protetiva de bens comuns a mudança paradigmática de cultura envolvendo a idéia não só de propriedade privada de interesse público, mas fundamentalmente de responsabilidade do

⁴⁸ Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (Convenção de Haia) – 1954. Adotada a 14 de Maio de 1954 pela Conferência de Haia de 1954 sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (que reuniu de 21 de Abril a 14 de Maio de 1954). Entrada em vigor na ordem internacional: 7 de Agosto de 1956.

⁴⁹ Idem, p.06. Mais adiante reforça o autor que *la conversione del diritto soggettivo (diritto di proprietà) in funzione (socio-economica) del bene apre la strada del controllo circa l'esercizio del diritto e circa l'eventuale abuso. L'abuso del diritto di proprietà costituirebbe un'aggressione a quella tavola di valori universali, oggettivizzati attraverso il diritto pubblico internazionale, le Costituzioni ed eventualmente attraverso la legislazione di rango primário.*

Estado em relación a isto, porque não se pode asociar a este novel tipo de propiedade mascarada espécie expropriatória que demanda indenización pecuniária ao titular do dominio ou posse. Na dicción de Lucarelli: *I principi della sussidiarietà orizzontale e verticale, l'azione di soggetti privati per il perseguimento di interessi generali ed il ruolo sempre più attivo delle amministrazioni locali non deve indurre ad un disarmo funzionale e di responsabilità da parte dello Stato.*⁵⁰

Vale aquí a tese de que debe o propietario ou possuidor, em nome da subsidiariedade horizontal, solidariedade, responsabilidade cívica e republicana e tolerância, ser tamén responsábel pola protección de patrimonio que, além de ser privado, tamén é público – material e imaterialmente –, sem restringir de forma absoluta os atributos dominiais de estilo (fruição, uso, gozo, disponibilidade, etc.) do bem sob comento.

*Governo pubblico dei beni comuni non va identificato con proprietà pubblica, la natura del diritto dovrebbe prevalere sulla natura giuridica del bene ed i cittadini potrebbero integrarsi nei processi di governo, attraverso un rapporto politico, piuttosto che economico. In sostanza, andrebbe data più rilevanza al soggetto, titolare di diritti, nella sua dimensione di homo civicus, piuttosto che al bene, alla cosa, espressione di una mera valenza economica. In questa dimensione giuridico-istituzionale, viene esercita l'azione dello Stato, ora di gestore, ora di regolatore, ora di controllore, ma sempre orientata all'utilità pubblica, sempre tesa ad evitare la degenerazione dell'homo civicus in homo economicus.*⁵¹

Por certo que quando o exercicio destes atributos foram inviabilizados ou prejudicados de maneira predominante, poderá restar caracterizada a expropriação pública até indireta, com os conseqüentios próprios, o que deverá ser matéria de ampla instrução probatória e caracterización conjuntural adecuada, levando em conta a natureza híbrida da propiedade que se formou.

É Umberto Cerroni que, desde há muito, contextualiza bem esta abordagem, ao sustentar que *Il governo dei beni comuni, anche attraverso il coinvolgimento della cittadinanza attiva, deve svolgersi attraverso l'adozione di responsabili politiche pubbliche, che le istituzioni dovrebbero porre in essere, non sull'ancestrale titolo proprietario, ma in quanto tutori del più ampio concetto*

⁵⁰ Idem, p.o8.

⁵¹ Idem, p.12. Alerta aínda o autor que *Governare i beni comuni, in particolare le risorse naturali, impone una prospettiva universalistica, in base alla quale, il soggetto titolare del diritto di fruire dei beni comuni è l'umanità nel suo intero, concepita come un insieme di individui eguali.*

*di interesse generale.*⁵²

Mas que bens materiais típicos poder-se-iam demarcar como comuns à humanidade/sociedade a partir desta reflexão de Lucarelli? Ele mesmo responde a isto, sustentando que: *Ricordiamoci che efficienza e qualità nel governo dei beni comuni significano tutela della salute, dell'ambiente, dell'occupazione, nel rispetto dei principi della dignità, della giustizia sociale e della solidarietà.*⁵³

Contemporaneamente pode-se associar de igual sorte aos bens comuns ameaçados os que dizem com: (a) crescimento populacional descontrolado levando à superpopulação; (b) a poluição e a crise por que passa o acesso a água, com a superexploração de aquíferos e desperdício de água devido a problemas com irrigação; (c) problemas atinentes à extração predatória de madeira em áreas de fronteira agrícola e o uso indiscriminado de queimadas; (d) a queima de combustíveis fósseis e o conseqüente aquecimento global; (e) a destruição de habitats e a caça clandestina, levando à extinção em mass de holoceno; (f) a superexploração da pesca predatória, colocando em risco espécies de vida oceânica e de rios em extinção; etc. .

Em termos de marcos normativos nacionais, com certeza é o art.216, da Constituição Federal de 1988, que melhor exemplifica a preocupação formal do país com a matéria deste ensaio, referido expressamente que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

⁵² CERRONI, Umberto. *Sulla storicità della distinzione tra diritto positivo e diritto pubblico*. In *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. Roma: Einaudi, 1960, p. 362. Lucarelli neste ponto lembra que *Alla base del bene comune vi è, dunque, il primato della funzione sul titolo, il primato della posizione giuridica soggettiva sul bene, il primato dell'ordine fenomenico e sociale sull'individuo. Una pluralità di soggetti sono consapevoli di non poter esercitare diritti individuali esclusivi e non si rapportano ad un bene in comunione in chiave concorrenziale con gli altri, dove l'interesse generale cede dinanzi al diritto di proprietà (concezione individualistica romana)*.

⁵³ LUCARELLI, Alberto. Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni. Op.cit., p.14. Na mesma direção foi o trabalho histórico de HARDIM, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. In *Science*, December 13, 1968. Neste texto, o autor chega a dar exemplos paradigmáticos, em 1968, dos chamados bens comuns violados periodicamente, a saber: a sobrepesca e destruição dos Grandes Bancos, o fim da migração dos salmões em rios represados (em tempos mais recentes, principalmente no rio Colúmbia, noroeste dos EUA, mas, historicamente nos rios que deságuam no Atlântico Norte), a devastação na pesca do esturjão (em tempos recentes, especialmente na Rússia, mas em outros períodos históricos, também nos Estados Unidos), e, em termos de abastecimento de água, o suprimento limitado disponível em regiões áridas (por exemplo, a região do Mar de Aral), e o abastecimento de água de Los Angeles, especialmente no lago Mono e lago Owens.

os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Aduz ainda o parágrafo primeiro daquele dispositivo constitucional que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

A despeito mesmo da existência de legislação infraconstitucional protetiva destes bens – atinentes ao tombamento e mesmo inventários, por exemplo –, o grande problema ainda é o cultural, a ponto de dar efetividade às prerrogativas e garantidas destes interesses públicos indisponíveis que representam tais bens, afigurando-se ainda um longo caminho a percorrer, sabe-se lá a que custo para o patrimônio de gerações.

5. BIBLIOGRAFIA

- ARENDE, H. (2003): *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- ORMINDO DE AZEVEDO, P. (1987): *Por um inventário do patrimônio cultural brasileiro*. *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, 22.
- BASBAUM, L. (1981): *História Sincera da República*. 04 volumes. São Paulo: Alfa-Ômega.
- BERLE Jr., Adolf A. (1957): *A Propriedade Privada na Economia Moderna*. Rio de Janeiro: Ipanema.
- BOBBIO, N. (1996): *Dicionário de Política*. Brasília: UNB.
- BORON, A. (1994): *Estado, Capitalismo e Democracia na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra.
- RABELLO DE CASTRO, S. (1991): *O Estado na preservação de bens culturais*. Rio de Janeiro: Renovar.
- CERRONI, U. (1960): *Sulla storicità della distinzione tra diritto positivo e diritto pubblico*. In *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*. Roma: Einaudi.
- COSTA NETO, DINO DE CASTRO, Nicolao et al (2001): *Crimes e infrações administrativas ambientais. Comentários à Lei núm. 9605/98*. Brasília: Brasília Jurídica.
- COULANGES, F. de (1987): *A Cidade Antiga*. Coimbra: Porto.
- CRETELLA Jr., J. (1996): *Curso de Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense.
- CUREAU, S. (2003): Algumas notas sobre a proteção do patrimônio cultural. *Boletim Científico*. II(9 out/dez.) p. 189-195. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União.
- ZANELLA DI PIETRO, M. S. (2000): *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas.

- DINIZ, M. H. (1985): *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva.
- DUGUIT, L. (1960): *Las Transformaciones generales del derecho privado*. Madrid: Sacramento.
- DUGUIT, L. (1967): *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing.
- ENGELS, F. (1984): *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Alfa-Ômega.
- FACHIN, L. E. (1988): *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- FERRI, P. G. (1996): Os bens culturais no direito italiano. In MIRANDA, J. et. all. (Coord.): *Direito do Patrimônio Cultural*. (p. 111-149). Lisboa: Instituto Nacional de Administração.
- FERRO, M. R. (1994): A Propriedade Privada no Código de Napoleão. *Revista de Direito Civil*, 70, p. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- VALLE DE FIGUEIREDO, L. (2004): *Competências Administrativas dos Estados e Municípios*. Doutrina Jurídica Brasileira, Caxias do Sul: Plenum. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.
- FIORAVANTI, M. (1984): *Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica. Quaderni Fiorentini*, 13. Florença: Einaudi.
- GIDDENS, A. (1999): *A terceira via*. Rio de Janeiro: Record.
- de FREITAS GOMES, L. R. (1993): O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Civil*, 64, p. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GRASSERIE, R. (1908): *Principios sociológicos del derecho civil*. Madrid: Hijos de Reus.
- HABERMAS, J. (1999): Nos limites do Estado. *Especial para a Folha de São Paulo, Caderno MAIS!*, Julho, 5-4.
- HARDIM, G. (1968): The Tragedy of the Commons. *Science*, 13 (December).
- HAURIOU, A. (1990): *Derecho Constitucional y Instituciones Politicas*. Barcelona: Ariel.
- ALONSO IBANEZ, M. R. (1996): Direito do patrimônio cultural em Espanha: situação actual e perspectivas. In MIRANDA, J. et. all. (Coord.): *Direito do Patrimônio Cultural*. (pp. 151-179). Lisboa: Instituto Nacional de Administração.
- JOSSERAND, A. (1939): *De L'Esprit des droits et de leur relativité*. Paris: Ginevre.
- GESTA LEAL, R. (2007): *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- GESTA LEAL, R. (2000): *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- LUCARELLI, A. (2009): *Costituzione e Diritto Pubblico: Dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*. Artigo inédito. Nápole.
- LUCARELLI, A. (2007): *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*. Nápoli: Univeristà Federico II.

- MACPHERSON, C. B. (1991): *Ascensão e queda da justiça econômica*. São Paulo: Paz e Terra.
- MARÉS, C. F. (1993): A proteção jurídica dos bens culturais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 2, 19-35. São Paulo.
- MEIRA, Sílvio A. B. (1990): *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Max Limonad.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. (2009): *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- MESNARD, A. H. (1996): Política e direito do patrimônio cultural em França: situação actual e perspectivas. In MIRANDA, Jorge et. All. (coord.): *Direito do Patrimônio Cultural*. (pp. 181-204) Lisboa: Instituto Nacional de Administração.
- DE SOUZA MIRANDA, M. (2006): *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey.
- CASALTA NABAIS, J.(2004): *Introdução ao direito do patrimônio cultural*. Coimbra: Almedina.
- OROZCO PARDO, G. e PÉREZ ALONSO, E. J. (1996): *La tutela civil y penal Del Patrimonio histórico cultural o artístico*. Madrid. McGraw-Hill.
- DA SILVA PEREIRA, C. M. (1991): *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense.
- SIMÕES PIRES, M. C. (1994): *Da proteção ao patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Del Rey.
- PUGLIATTI, S. (1994): *La Proprietá nel Nuovo Diritto*. Milano: Giuffrè.
- ARNO RICHTER, R. (2001): Breves considerações acerca da tutela jurídica ao meio ambiente cultural. *Atuação Jurídica. Associação Catarinense do Ministério Público*, 4(6, ago), pp. 69-73.
- RAMOS RODRIGUES, J. E. (2001): O patrimônio cultural nos documentos internacionais. In DERANI, C. e FONTOURA COSTA, J. A. (orgs.): *Direito Ambiental Internacional*. (p. 199-215). Santos: Ed. Universitária.
- SANDULLI, A. M. (1959): Beni pubblici. In *Enciclopedia de Diritto*. Vol. V. Milano: Giuffrè.
- SILVA, J. A. (2001): *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros.
- TEPEDINO, G.: *A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o CC, a legislação ordinária e a Constituição)*. *Revista Forense*, vol.306, p.73-78. Rio de Janeiro.
- VIVANCO, A. C. (2008): *Teoria de Derecho Agrário*. México: Porrúa.
- WALD, A. (1994): *Direito das Coisas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ZOLO, D. (2008): Liberta, proprietá Ed uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali. In *Diritti Fonamentali: un dibattito teorico*. Roma: Laterza.

EL EMPLEO PÚBLICO: PLANIFICACIÓN Y ACCESO

Susana Menéndez Otero

Funcionaria do Consello de Contas de Galicia

Resumen: *El régimen jurídico especial que el legislador constitucional decide otorgar al funcionario público, fundamentado en ese servicio al interés general inherente a sus funciones, está en quiebra. La dualidad de regímenes jurídicos, estatutario y laboral, ya es consustancial a nuestro modelo de empleo público. La funcionarización y la consolidación tienden a perder su carácter de excepcionalidad y convertirse en una nueva vía de acceso a la Función Pública, dificultando, por otro lado, el objetivo de afrontar con eficacia el primer eslabón hacia la racionalización de la administración pública: la planificación, base necesaria para diseñar un sistema de empleo público coherente y eficaz.*

Palabras clave: *Instrumentos de planificación. Acceso al empleo público. Funcionarización y consolidación.*

Abstract: *The special legal system that the constitutional legislator decides to grant the civil servant, based on that service to the public interest inherent in their duties, is in bankruptcy. Duality of legal systems, statutory and professional, is inherent to our model of public employment. The "funcionarización", or conversion of the employees to civil servants, and the "consolidación", or conversion of a temporary contract in a permanent contract in the Public Service, tend to lose their exceptional character and become a new gateway to the Civil Service, making it difficult, on the other side, to deal effectively with the first step towards the rationalization of the Civil Service: planning, a necessary keystone to design a consistent and effective public employment system.*

Keywords: *Planning instruments. Public Service access. Funcionarización and consolidation.*

Índice: *1. Conceptos previos. El empleado público. 2. Planificación: la necesaria incorporación de personas idóneas, cualitativa y cuantitativamente. 2.1. Planes bien estructurados. 2.2. Oferta de Empleo Público (OPE). 2.3. Registros de Personal. 2.4. Relaciones de Puestos de Trabajo. 3. Acceso al empleo público. 3.1. Principios constitucionales. 3.2. Otros requisitos para el acceso. 3.3. Órganos de selección. 3.4. Procedimiento selectivo. Principios procedimentales. 3.5. Sistemas selectivos. 3.5.1. Funcionarios de carrera y laborales fijos. 3.5.2. Funcionarios interinos y personal laboral temporal. 3.5.2.1. Las listas de contratación o bolsas de empleo temporal. 3.6. Funcionarización y consolidación. 3.6.1. Pruebas restringidas. 3.6.2. La funcionarización y consolidación en la normativa. 4. Revisión del sistema. 5. Bibliografía.*

1. CONCEPTOS PREVIOS. EL EMPLEADO PÚBLICO

En España existe un sistema dual de empleo público, especialmente tras la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984, ya que junto al régimen estatutario establecido constitucionalmente se permite la coexistencia de un régimen laboral -aunque ya la Ley de 1964 autorizó la incorporación de personal sometido al Derecho privado-.

Como señala el Informe de 25 de abril de 2005 de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público¹, esta dualidad de regímenes jurídicos, estatutario o administrativo y laboral, "se ha desarrollado de tal manera en las últimas décadas que es ya consustancial a nuestro paisaje administrativo, a nuestro modelo de empleo público".

La propia Comisión reconoce que este modelo dual, aunque no goza de pleno respaldo constitucional, tampoco puede considerarse contrario a la Norma Suprema. De hecho, el Texto Constitucional establece una reserva de ley en materia de Función Pública que el legislador competente debe respetar; ahora bien, esta reserva de ley no resulta vulnerada si el legislador especifica cuáles son los puestos de trabajo que necesariamente deben ser desempeñados por funcionarios. Respetando este límite, las Administraciones públicas gozan de poder de autoorganización para adscribir los demás puestos de trabajo a personal laboral o eventual. Esta potestad de autoorganización debe ejercitarse dentro del marco legal y sujeta a los eventuales controles de legalidad por parte de los Tribunales.

El legislador estatal considera que la Norma Constitucional permite unificar esta dualidad en el sistema al establecer un verdadero estatuto ineludible para todos los empleados públicos, cualquiera que sea la naturaleza de su vínculo. Así lo reconoció la Comisión de expertos del EBEP al admitir que, aunque en el personal de las Administraciones Públicas se integren funcionarios y personal laboral, unos y otros forman parte del empleo público, por el tipo de entidad para la que prestan servicios, y este empleo público presenta unas características y comporta unas exigencias que lo diferencian del empleo en el sector privado. En este sentido, las notas principales del estatuto jurídico del empleado público -como son el acceso de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, y la garantía para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones- deben ser exigidas a todo aquél que preste sus servicios en una Administración Pública, pues estos requisitos están directamente conectados

¹ INFORME de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público de 25 de abril de 2005, Ministerio de las Administraciones Públicas, INAP goberna, Centro de Nuevas Estrategias de Gobernanza Pública.

con los postulados de objetividad y eficacia proclamados para la actuación de la Administración Pública.

Consolidado pues este carácter dual, y aunque con exigencias distintas, todo empleado público (funcionarios de carrera; funcionarios interinos; personal laboral fijo o temporal; y personal eventual) que desempeña funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales está sujeto a determinadas exigencias, que afectan de forma especial a los sistemas de acceso.

En la actualidad, la elevada presencia de interinos y contratados temporales incide en la nota de temporalidad frente a la permanencia predicada de los empleados públicos, que según el Informe monográfico del Defensor del Pueblo del año 2003, sobre la provisionalidad y temporalidad en el empleo en las Administraciones Públicas², refleja la consolidación de esta dualidad en el empleo público. Además, en este Informe se incide en los abusos en que se estaba incurriendo con la atribución de interinidades para puestos que deberían ser desempeñados por funcionarios de carrera y en las situaciones de eventualidad y temporalidad en empleos laborales que, por sus características, deberían tener carácter fijo. Estos hechos, según el Defensor del Pueblo, nos distancian del modelo de Función Pública diseñado por el legislador constitucional.

2. PLANIFICACIÓN: LA NECESARIA INCORPORACIÓN DE PERSONAS IDÓNEAS, CUALITATIVA Y CUANTITATIVAMENTE

“Las empresas pueden aprender de la administración, lo mismo que la administración puede aprender de las empresas”³. Esta frase, que Francisco Longo atribuye a Henry Mintzberg, nos permite suavizar la rígida confrontación que parece regir a ambos sectores, en aras a su optimización respectiva. Ámbitos como la planificación, la motivación o la evaluación del desempeño, notoriamente deficientes en el sector público, son campos en los que podría darse esta aproximación.

Cierto es que el empleo en el sector público ha de reunir una serie de pe-

² DEFENSOR DEL PUEBLO, *Funcionarios interinos y Personal Eventual: La Provisionalidad y Temporalidad en el Empleo Público*.

³ LONGO, Francisco, en su artículo *Modernizar la gestión pública de las personas: los desafíos de la flexibilidad*, publicado en la Revista del CLAD Reforma y Democracia, nº 19, febrero de 2001, Caracas, atribuye esta frase a MINTZBERG, Henry, *Managing Government, Governing Management*, en Harvard Business Review, mayo-junio 1996.

cularidades que lo distinguen sustancialmente del empleo en el sector privado y que cristalizan en la configuración de sistemas de acceso claramente deslindados por un factor fundamental: mientras la contratación en la esfera privada queda a criterio exclusivo del empleador, en el ámbito público, con la Administración como empleador, queda sujeta a una selección objetiva, no arbitraria, presidida por la necesaria demostración de los principios de mérito y capacidad para hacer efectivo el principio de igualdad.

Pero si lo que se pretende es obtener la máxima rentabilidad de los recursos humanos para alcanzar los trascendentes objetivos que tienen asignados, antes de valorar quiénes cumplen esas condiciones de acceso, la Administración debe determinar, previa y razonadamente, el momento en que necesita esos efectivos, en qué número, y las cualificaciones concretas que precisa. Debería resultar primordial conocer escrupulosamente las necesidades en materia de personal de la Administración antes de determinar los requisitos y principios que han de regir el acceso a aquélla, para así superar la deficiente gestión de recursos humanos por no ajustarse a los principios de eficiencia y eficacia, que denunciaba el Defensor del Pueblo⁴ en su Informe monográfico del año 2003.

La ausencia o inconsistencia de planificación afecta no sólo al funcionamiento de la Administración, sino que también perjudica, por un lado, a los funcionarios que han accedido a sus empleos superando unas pruebas selectivas y que ven mermadas sus posibilidades de promoción y de movilidad por la presencia de interinos que ocupan puestos que ellos desearían cubrir y, por otra, a los aspirantes a un primer empleo en el sector público, que observan con preocupación como la oferta de empleo público es escasa y no recoge muchas vacantes ocupadas por personal con nombramientos provisionales; y, por último, al propio personal interino que lleva mucho tiempo desempeñando funciones públicas y que desea, como es lógico, la estabilidad profesional⁵.

La planificación debe considerarse pues como un instrumento esencial para cumplir con eficacia y eficiencia los principios que deben presidir toda política de recursos humanos, es decir la mejora del aprovechamiento de esos recursos. Así lo consideró la Comisión de Expertos del EBEP al determinar que ninguna Administración puede funcionar correctamente si carece de una estrategia adecuada de gestión de su personal y de los medios necesarios para ejecutarla, por lo que propone la adopción de instrumentos de planificación que permitan

⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Funcionarios interinos y Personal Eventual: La Provisionalidad y Temporalidad en el Empleo Público*, Informe monográfico del año 2003.

⁵ Cfr: Informe del Defensor del Pueblo.

dimensionar adecuadamente los efectivos y lograr su mejor distribución para conseguir una mayor eficacia en el servicio y aumentar la productividad, en el marco de los recursos económicos disponibles. No olvidemos que no hay plantilla de personal hasta tanto no tenga lugar la oportuna aprobación de la partida económica. La racionalización del papel del Estado en la organización de la Función Pública es el gran desafío a superar frente a la crisis que padecemos, evitando caer en la tentación de priorizar la reducción de costes, considerando al factor humano como mero obstáculo y no como un activo.

En esta línea, el legislador del Estatuto Básico⁶ regula la ordenación de la actividad profesional mediante la planificación de los recursos humanos para una utilización más eficiente de los mismos, que preserve la eficacia; planes que se instrumentarán en las Ofertas de empleo público, los Registros de personal y las Relaciones de puestos de trabajo.

2.1. PLANES BIEN ESTRUCTURADOS

El artículo 69 del EBEP fundamenta esta planificación en la posibilidad –por tanto, se trata de una decisión facultativa– de elaborar Planes por las diferentes Administraciones Públicas mediante los cuales se contemple la dimensión adecuada de los efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad.

Pero los Planes, a pesar de ese carácter facultativo que les otorga el Estatuto, deberían constituirse, a mi juicio, en elementos básicos, en verdaderos instrumentos de la planificación. Un Plan bien estructurado se sustentará en una esmerada reflexión acerca de las necesidades de efectivos en la Administración correspondiente. El EBEP establece como posibles medidas a incorporar en ellos un análisis de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los efectivos. Este análisis, ya realizado en otros países de la Comunidad Europea, como es el caso de Inglaterra, constituye una medida importante y un primer paso para profundizar en el conocimiento de los efectivos de que dispone la Administración y huir del enfoque gregario que asiduamente caracteriza al sistema de Función Pública, pudiendo contribuir a mejorar la reordenación de los mismos y a una necesaria profesionalización del empleado público, imprescindible para facilitar unos servicios comprometidos con los principios de calidad y eficacia.

El EBEP delimita a continuación una serie de instrumentos para llevar a

⁶ LEY 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, RCL 2007\768, BOE núm. 89 de 13 de abril de 2007, pág. 16270.

cabo esta planificación, ya regulados por la ley de 1984, pero objeto de una muy desigual implantación. Estos instrumentos son, como ya señalamos, la Oferta de Empleo Público, los Registros de Personal y las Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT). No obstante, el legislador estatal otorga un amplio margen de maniobra al respecto a las distintas Administraciones pues, tanto al referirse a la Oferta de Empleo Público como a las Relaciones de Puestos de Trabajo añade el apéndice "u otro instrumento similar", que en el caso de las RPT, aunque se exijan determinados contenidos mínimos, podría dificultar un eventual diagnóstico global y comparativo de los recursos humanos en la Administración Pública española. Sin embargo, en lo que se refiere a los Registros de Personal se aboga, como veremos enseguida, por fomentar el intercambio homogéneo de información y una gestión integrada de los recursos humanos.

2.2. OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO (OPE)

La Oferta de Empleo Público (OPE) se configura, en cuanto que representa la previsión de incorporación de personal, como un instrumento de planificación por el que la Administración correspondiente procede a la convocatoria de las plazas vacantes de nuevo ingreso, vinculada siempre, dicha convocatoria, a la existencia de asignación presupuestaria.

Una de las cuestiones que suscitaron más polémica en torno a este instrumento de planificación es el relativo a su naturaleza jurídica. Consecuencia de que la competencia de su aprobación reside en el nivel máximo de cada Administración -Gobierno, Consejo de Gobierno o Pleno del Ayuntamiento- pudiera otorgársele la calificación de norma reglamentaria. Sin embargo, como precisaré de inmediato, las Ofertas Públicas de Empleo son actos administrativos de vigencia temporal. Nada impide que contengan alguna determinación de carácter programático o directivo cuyo contenido normativo esté determinado en la norma correspondiente pero lo que no pueden contemplar, en ningún caso, son determinaciones sustantivas que constituyan realmente un desarrollo reglamentario encubierto⁷.

En este aspecto es sumamente clarificadora la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1999⁸ al indicar que la oferta de empleo público "tiene como objeto proveer a las necesidades de recursos humanos con

⁷ PALOMAR OLMEDA, ALBERTO, *La Oferta de Empleo Público ante el control jurisdiccional: hacia su verdadera dimensión*, Civitas Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 140/2008, Editorial Civitas, S.A. Madrid 2008.

⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 30 de noviembre de 1999, RJ\2000\3203.

asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes... lo que excluye la posibilidad de que *per se* constituya en cuanto a la oferta un Reglamento de desarrollo o de ejecución de Ley susceptible de alterar o de modificar los límites que ésta impone o de extralimitarse en el contenido propio de norma con rango de Ley".

Asimismo, en otra Sentencia de este mismo Tribunal y Sala del año 2008⁹ en la que se resolvía un recurso de casación referente a la impugnación de una oferta de empleo público por considerar que realizaba una clasificación de determinadas plazas, el Tribunal declara que la "OPE no habilita para hacer dicha reclasificación". El Tribunal admite como bien fundamentada la contestación a la demanda que realiza la Administración recurrente relativa al contenido de las ofertas de empleo en cuanto a que éstas

"deben recoger las plazas vacantes dotadas en la plantilla presupuestaria, lo que tiene reflejo en las Relaciones de Puestos de Trabajo... y no tienen por qué contener puestos de trabajo concretos, ni identificarlos, siendo la provisión consecuencia del proceso selectivo posterior".

En definitiva, las ofertas de empleo público son actos administrativos temporales, que deben recoger las plazas vacantes dotadas en la plantilla presupuestaria, debiendo constituir el reflejo de las RPT, aun cuando desde el punto de vista político puedan, en la medida que la ley lo permita, convocarse o no todas las vacantes. Pero para lo que no está habilitada la OPE es para realizar modificaciones o reclasificaciones en las relaciones de puestos.

Respecto a la posibilidad de convocar o no todas las vacantes, diversos autores se vienen pronunciando sobre la necesidad de que la oferta sea completa, es decir, que contenga todos los puestos de trabajo, cualquiera que sea la forma de organización empleada, evitando la técnica del fraccionamiento a través de distintas personificaciones que le hacen perder la consideración como elemento general de reclutamiento de recursos humanos. Sin ello se desconoce el volumen total de efectivos y se produce el efecto óptico -que debe evitarse- de una aparente reducción oficial de personal pero el mantenimiento real de fijos, temporales y principalmente interinos.

Establecido ya el concepto y naturaleza jurídica de la oferta, sólo me resta destacar que el EBEP la regula en su artículo 70 vinculándola directamente a

⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 24 de junio de 2008, RJ\2008\6696.

la Administración Pública que la aprueba, de modo que ésta adquirirá la obligación de convocar las plazas ofertadas en un horizonte temporal limitado, sin llegar a tolerar que la caducidad acabe amortizando el deber de la Administración. Por otro lado, en el apartado segundo del citado artículo, el legislador prevé la publicación de las ofertas en el Diario oficial correspondiente; por lo que resultarían derogados parcialmente los artículos 5 del Real Decreto que regula la selección de los funcionarios de la Administración Local¹⁰ y el artículo 15 del Reglamento General de Ingreso del Personal de la Administración General del Estado¹¹ –en la medida en que se aplique a personal de Administraciones de ámbito inferior al Estado– que determinaban la publicación de las convocatorias en el Boletín Oficial del Estado. Coincido en este aspecto con Díez Quesada y González-Haba Guisado¹², cuando manifiestan que esta medida limita el principio de publicidad.

Por último, señalar que en nuestra Comunidad Autónoma la oferta será aprobada en *Consello da Xunta de Galicia*¹³ y el *Consello Galego da Función Pública*¹⁴ se encargará de coordinar las ofertas públicas de empleo de las distintas Administraciones Públicas de la Comunidad. En el marco de las Corporaciones Locales, el artículo 128 del TRRL¹⁵ remite la regulación de las ofertas en ese ámbito a la legislación básica del Estado y a las normas de desarrollo que aseguren la coordinación con las demás ofertas de empleo de las Administraciones Públicas. Dichas ofertas serán aprobadas y publicadas anualmente en el plazo de un mes desde la aprobación del Presupuesto de la Corporación.

¹⁰ REAL DECRETO 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las Reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de la Administración Local, RCL 1991\1522, BOE núm. 142, 14 de junio de 1991, pág. 19669.

¹¹ REAL DECRETO 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso de Personal de la Administración, Provisión de Puestos y Promoción, RCL 1995\1133, BOE núm. 85, 10 de abril de 1995, pág. 10622.

¹² DÍEZ QUESADA, Agustín y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, Vicente María, *El Estatuto básico del Empleado Público y sus posibilidades renovadoras del empleo público local*, Capítulo II del libro *Estudios sobre la modernización de la Administración Local: teoría y práctica*, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2009, La Ley 4028/2010.

¹³ DECRETO LEGISLATIVO 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba la Ley de Función Pública de Galicia, LG\2008\255, DOG núm. 114, de 13 de noviembre de 2008, pág. 11359, artículo 13.

¹⁴ Íbidem: artículo 19.

¹⁵ REAL DECRETO LEGISLATIVO 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, RCL\1986\1238, BOE núm. 96, de 22 de abril de 1986.

2.3. REGISTROS DE PERSONAL

Otro instrumento de planificación son los Registros de Personal. Si bien no se trata de un instrumento de nueva creación por el EBEP, su implantación no ha sido homogénea en todas las Administraciones (sólo siete Comunidades Autónomas tienen una normativa específica en materia de Registro de Personal: Andalucía; Baleares; Castilla-León; Cataluña; Extremadura; Madrid y La Rioja), por ello, el legislador estatal, consciente del papel que pueden representar los Registros de Personal, tanto en materia de planificación como en la adopción de decisiones que afecten a las distintas Administraciones, busca darle un impulso definitivo, especialmente en cuanto a la coordinación de los distintos Registros de Personal. Esta necesaria coordinación exige el establecimiento de unas reglas comunes mínimas que, respetando la competencia territorial de las distintas Administraciones, conduzcan a homogeneizar la información suministrada por los Registros de Personal. Esta homogeneización la ubica el legislador estatal en los convenios a adoptar en las Conferencias Sectoriales¹⁶.

El Registro de Personal es un registro administrativo en el que ha de inscribirse a todo el personal al servicio de la Administración correspondiente y en él se anotarán todos los actos que afecten a su vida administrativa.

En el ámbito estatal existe un Registro Central de Personal configurado como Unidad de la Dirección General de la Función Pública encargada de la inscripción de todo el personal al servicio de la Administración del Estado.

Una adecuada homogeneización de los datos incluidos en los diferentes Registros, contribuiría a una eficaz información de la situación del empleo público en nuestro país. Recordemos que desde 1990 el Ministerio correspondiente en materia de Función Pública emite, en base a estos Registros, entre otras fuentes, un Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, información que podría ser de mucha utilidad en materia de planificación.

Por último, antes de considerar el siguiente instrumento de planificación, es preciso indicar que el EBEP va más allá del mero intercambio de información y aboga por impulsar desde las distintas Administraciones, la gestión integrada de los recursos humanos. La idea latente deriva de la evidente necesidad de disponer, por parte de las Administraciones Públicas, de una información cada vez más detallada y extensa sobre la realidad, la evolución y los problemas del sistema de empleo público, la información es la base de partida para elaborar una correcta política de personal. La Comisión de Expertos proponía como vía

¹⁶ Cfr: ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, artículo 71, apartado 3.

para recabar, ordenar, analizar y difundir la información en materia de empleo público, la creación de un Observatorio del Empleo Público. Esta idea se recogió posteriormente en un Real Decreto de julio de 2010¹⁷ por el que se crea el Observatorio del Empleo Público, con las funciones citadas y, entre otras, la de realizar diagnósticos en materia de recursos humanos que contribuyan a redimensionar adecuadamente las plantillas existentes; elaborar informes en materia de empleo público; realizar un seguimiento de la calidad de los servicios; evaluar el tipo de empleo que se crea en cada Administración; y estudiar la necesidad de profesionales en cada sector.

Su creación, como vemos, es muy reciente, por lo que deberíamos de otorgarle un prudente margen temporal para comprobar su eficacia. No obstante, comparto el criterio de Sevach¹⁸, al considerar que, en aras del principio de economía y ausencia de duplicidad, no deberían crearse más órganos cuando existen otros con funciones similares. Es más, en su caso y sin ánimo de profundizar en ello por no apartarme del estudio que me concierne, sería más recomendable que las funciones que pretenden atribuirse a este Observatorio se situasen en un órgano ajeno a la Función Pública, siguiendo la experiencia anglosajona y para huir del autodiagnóstico que señala Sevach.

2.4. RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO (RPT)

Por último, las Relaciones de Puestos de Trabajo, constituyen un instrumento decisivo de planificación, de tal forma que una RPT bien definida contribuirá, sin duda, a un mejor conocimiento de las tareas que tiene asignadas cada puesto en orden a dirigir la selección hacia un perfil determinado.

El legislador estatal, consciente de la importancia de las Relaciones de Puesto de Trabajo y, fundamentándose en las distintas realidades que afectan a las Administraciones menos dotadas en comparación con las más grandes, tras observar que, por un lado, muchos pequeños municipios carecen de RPT, bien por dificultades técnicas en su elaboración o porque cuentan con pocos empleados que desempeñan funciones múltiples y que, por otro, en las Administraciones más grandes, la rigidez de las Relaciones de Puestos de Trabajo entrañan no pocas dificultades, acuerda otorgar un amplio margen de configuración en las distintas Administraciones. Así, reconociendo el carácter básico de la necesidad de ordenar los puestos en las respectivas Administraciones

¹⁷ REAL DECRETO 868/2010, de 2 de julio, por el que se crea el Observatorio del Empleo Público, BOE núm. 170, de 14 de julio de 2010, pág. 61874.

¹⁸ SEVACH, *Un Observatorio para el Empleo Público: el cuento de nunca acabar*, El blog de Derecho Público de Sevach <http://contencioso.es>.

permite que el instrumento para llevar a cabo esta organización pueda estructurarse a través de las RPT o cualquier otro instrumento similar, siempre que contemplen, al menos, la denominación del puesto, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias.

El legislador estatal, por tanto, considera viable que exista, con carácter básico, un documento público -RPT, Catálogo o cualquier otro instrumento similar- con los requisitos citados y ya con carácter interno, de mera gestión y sin valor jurídico, un instrumento que le permita identificar de forma precisa y modificable el contenido funcional de cada puesto¹⁹.

Me suscita serias dudas la apertura en el diseño de estos documentos públicos pues, aunque el respetable fin último de contribuir a que todas las Administraciones se doten de estos necesarios instrumentos, el amplio margen de maniobra puede dificultar la indispensable homogeneidad que contribuya a una eficaz planificación.

3. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

3.1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Un sistema que busque la excelencia en la selección de los funcionarios, en lugar de la mera suficiencia de conocimientos básicos, no sólo garantiza mejor el funcionamiento de la Administración y los intereses generales sino que es más justo y acorde con los principios constitucionales de mérito, capacidad e igualdad, y evita en mayor medida las posibles desviaciones de poder en la selección de aquellos²⁰.

¹⁹ Nota: recordamos aquí la diferencia entre plantilla y RPT que reproducimos de la referida por el Letrado de una Comunidad Autónoma en la STC de 11 de marzo de 2004, RTC\2004\38: “el funcionario que ingresa en la función pública lo hace en una plaza de plantilla correspondiente a un cuerpo determinado, el cual tiene un contenido funcional mínimo, pero se le asigna luego un puesto de trabajo en el que ya sí están definidos sus cometidos concretos, los cuales pueden o no coincidir enteramente con los asignados a las plazas de plantilla. El instrumento de ordenación de las plazas es la plantilla y el de los puestos de trabajo es la relación de puestos de trabajo, reconociendo la ley a las Comunidades Autónomas competencia para formar sus propias relaciones de puestos de trabajo, en las que, entre otras características, se hará constar si los concretos puestos han de ser ocupados por funcionarios o por personal laboral, permitiendo así a cada Comunidad Autónoma la posibilidad de optar por su propio modelo de función pública siempre que respete la prevalencia del personal funcionario sobre el laboral a través de la limitación de éste a los puestos en los que concurren las circunstancias exigidas por la ley”.

²⁰ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª,

Los principios citados tienen base constitucional pues, como ya recordaremos, la Constitución Española de 1978 determina que el régimen general del empleo público es el funcionarial, y establece en el apartado 3 del artículo 103 como principios que han de regir el acceso a la función pública, el mérito y la capacidad. Asimismo, el artículo 23.2 sanciona el principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas. Y, el artículo 149.1.18ª, determina que corresponderá al Estado la competencia exclusiva respecto de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

Estos principios son, no obstante, conceptos indeterminados que otorgan un amplio margen de libertad a la Administración que es la que debe, dotarlos de contenido concreto, interviniendo en otros casos la jurisprudencia en esta delimitación conceptual.

De facto, la doctrina jurisprudencial es extraordinariamente abundante en el contexto de los artículos 23 y 103 de la Constitución. En lo que aquí nos concierne es importante destacar que los Tribunales configuran el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, conferido por el apartado dos del artículo 23, como una garantía de orden material que se traduce en la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, los cuales sólo pueden preservarse y establecerse mediante la intervención positiva del legislador²¹. Evocamos aquí la existencia de varias sentencias del Tribunal Constitucional que recordaban el principio de reserva de ley al recoger de forma detallada los aspectos que abarca la relación estatutaria, entre los que cita la normación relativa a la adquisición de la condición de funcionario²².

Y ya en el marco de la legislación vigente, en el texto del Estatuto se recogieron tanto aquellos principios previstos en la Constitución como en otras normas ordenadoras del sistema de Función Pública, así como los principios exigidos en los textos internacionales de derechos humanos. Extraemos de esa relación los principios constitucionales generales del acceso al empleo público, dejando los principios procedimentales para su inserción en un epígrafe poste-

de 31 de mayo de 2008, RJ\2008\5460.

²¹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 130, de la Sala Segunda, de 1 de junio de 2009, RTC\2009\130.

²² SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 99, de 11 de junio de 1987, RTC\1987\99 y núm. 37, de 14 de febrero de 2002, RTC\2002\37 y SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 29 de enero de 2008, RJ\2008\685.

rior cuando abordemos el procedimiento selectivo.

Estos principios son los siguientes:

- a. **Mérito y capacidad**²³ principios recogidos en diversos preceptos del texto del Estatuto y, en particular, en el artículo 55 donde se contemplan como principios rectores del acceso al empleo público. Son principios que, a juicio del Tribunal Supremo²⁴ es indudable que se satisfacen mejor con pruebas de conocimiento y contribuyen de forma más apropiada a la realización efectiva de otros principios, los de igualdad y libre concurrencia.

Con respecto a la determinación de cuales han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración en los procesos de selección, las leyes conceden un amplio margen de actuación al legislador competente. Esta libertad está limitada por la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias en cuanto ajenas; no referidas; o incompatibles, con los principios de mérito y capacidad.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 1989, ya citada, determina los requisitos que deben cumplir los méritos para no incurrir en arbitrariedad e ir contra el principio de igualdad, requisitos que podemos resumir como sigue:

- a.1. Los méritos que se establezcan deben tener carácter general y abstracto y no mediante referencias individualizadas y concretas.
- a.2. La valoración como mérito de la antigüedad en un empleo o función no debe considerarse como referencia individualizada, singular, específica y concreta.
- a.3. El reconocimiento de los servicios prestados no es ajeno al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo de servicios efectivos puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados.
- a.4. La ponderación del mérito no debe ser desproporcionada e irracional

²³ Nota: aunque trataremos este aspecto con más detalle en un epígrafe posterior, es preciso resaltar que varias Sentencias del Tribunal Constitucional -SSTC 67/1989, del 18 de abril, RTC\1989\67 y 107/2003, del 2 de junio, RTC\2003\107- precisan, con respecto a la equiparación entre el mérito y los servicios prestados a la Administración, que “la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que puedan ser reconocidos y valorados”.

²⁴ Cfr: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 31 de mayo de 2008, RJ\2008\5460.

hasta un punto en que resulte desconocido el derecho a la igualdad. En este caso concreto, el Tribunal admite, si bien considera en el límite de lo tolerable, un porcentaje del 45% de valoración del mérito sobre la puntuación total.

- b. **Igualdad y libre concurrencia**, ya que permiten el acceso a la Función Pública de quienes a través de su exclusivo esfuerzo, y con independencia de su procedencia social, demuestren reunir dichos méritos. Suponen la elección del mejor o los mejores candidatos. Si bien, es preciso señalar que, aunque el principio de libre concurrencia fue contemplado en el Informe de la Comisión como un principio general del acceso, el texto final del Estatuto lo regula, no como principio rector, sino como un principio garantista del proceso selectivo, en el artículo 61.

Estos principios se configuran como un derecho a la no restricción injustificada de las condiciones de acceso. No obstante, en lo referente a la igualdad, hay que precisar, en el sentido que lo viene haciendo el Tribunal Constitucional²⁵:

"no toda desigualdad de trato en la ley o en la aplicación de la ley supone una infracción del art.14 -como principio general pero en conexión con el artículo 23.2- de la Constitución, sino sólo aquella que introduce una diferencia entre situaciones de hecho que puedan considerarse iguales y que carezcan de una justificación objetiva y razonable. En consecuencia, la apreciación de una violación del principio de igualdad jurídica exige constatar, en primer lugar, si los actos o resoluciones impugnados dispensan un trato diferente a situaciones iguales y, en el caso de respuesta afirmativa, si la diferencia de trato tiene o no una fundamentación objetiva y razonable".

Es preciso, en definitiva, alegar la identidad sustancial de las situaciones jurídicas.

Ahora bien, como ya señalamos, aunque la teoría estatutaria en la que se sostiene la relación funcional es la que otorga cobertura a la concepción de la Función Pública, jurisprudencialmente se determinó que las vías de acceso a la Función Pública pueden abarcar distintas modalidades siempre que sea la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse esas vías alternativas. Pero independientemente de la vía por la que se opte,

²⁵ VARIOS AUTOS Y SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: STC 68/1989, de 19 de abril, RTC 1989\68 y Autos 63/1996, de 12 de marzo, RTC 1996\63 y 317/1996, de 29 de octubre, RTC 1996\317.

según la clase de empleado público, deberán respetarse siempre los principios de igualdad, mérito y capacidad.

3.2. OTROS REQUISITOS PARA EL ACCESO

Los requisitos para acceder a la condición de funcionario público venían siendo determinados en las respectivas convocatorias garantizando, en todo caso, los citados principios de igualdad y libre concurrencia directamente conectados con los contenidos y características de las plazas convocadas.

En el propio texto de la Ley de la Función Pública gallega²⁶ se recogen una serie de requisitos para ser admitidos a las pruebas selectivas de acceso a la Función Pública. Algunos de estos requisitos se apartan de lo establecido por el EBEP –hay que tener en cuenta que esta ley, aun siendo de fecha posterior al EBEP, tiene una tramitación anterior–, véase el requisito de la edad mínima para acceder al empleo público, que la Función Pública gallega establece en 18 años y el Estatuto rebaja a los 16; u otros matices diferentes que se contemplan con respecto a la determinación del acceso al empleo público de los nacionales de Estados de la Unión Europea y los de terceros países.

Entramos ya a analizar los requisitos que establece el Estatuto Básico del Empleado Público en el artículo 56 para poder participar en los procesos selectivos:

- a. El primer requisito es el relativo a la **nacionalidad**. El artículo 56 del Estatuto determina la exigencia de poseer la nacionalidad española para acceder al empleo público y, en el artículo siguiente se regulan una serie de matices relativos a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de terceros países. Este requisito merece una serie de precisiones.

El EBEP no siguió el criterio de la Comisión de Expertos que se mostraba mucho más abierta e integradora pues se inclinaba por contemplar a los ciudadanos comunitarios también para otro tipo de funciones que hoy le están vedadas, “por ejemplo –dice el informe de la Comisión–, carece de sentido que un ciudadano comunitario pueda ser Alcalde en nuestro país, y por lo tanto, jefe superior de la policía local, mientras que no pueda integrarse en este cuerpo”. Pues bien, el EBEP permite el acceso al empleo público de los ciudadanos de estos países en condiciones de igualdad con los españoles, pero mantiene vedados determinados puestos, “con excepción de aquellos –empleos públicos– que directa o indirectamente impliquen una

²⁶ DECRETO LEGISLATIVO 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba la Ley de Función Pública de Galicia, LG\2008\255, DOG núm. 114, de 13 de noviembre de 2008, pág. 11359.

participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas”²⁷.

Con respecto a los ciudadanos extracomunitarios, la Comisión de Expertos sugería que se abriese también el acceso a la condición de funcionario público, a aquellos ciudadanos extracomunitarios sin condición de reciprocidad, para empleos determinados, cuando existiesen necesidades o causas justificadas. La Comisión apoyaba esta propuesta basándose tanto en las eventuales necesidades de las Administraciones Públicas de contar con este tipo de personal en ausencia de nacionales o comunitarios, en sectores como el personal de tropa o la marinería; como en la realidad demográfica caracterizada por una avanzada integración de inmigrantes que cuentan con una situación estable en nuestro país y; en la fungibilidad que tiene hoy en día la condición de laboral y la de funcionario para muchas tareas, llegando a paradojas tales como desempeñar, como contratados en algunas Administraciones, funciones que en otras no están a su alcance por estar reservadas a funcionarios públicos.

En los apartados 3 y 4 del artículo 57 vemos como decide abordar, finalmente, el legislador del EBEP el acceso al empleo público de los extranjeros sometidos a condición de reciprocidad:

- “3. El acceso al empleo público como personal funcionario, se extenderá igualmente a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo (relativo a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea).
4. Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España, podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles”.

Realizadas estas reservas, el legislador introduce un apéndice general al permitir que por ley se exima del requisito de nacionalidad por razones de interés general.

- b. El segundo requisito para poder participar en los procesos selectivos que recoge el Estatuto es el de estar **capacitado funcionalmente** para el des-

²⁷ Cfr: ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, artículo 57 apartado 1.

empeño de las tareas. Para ello se podrán exigir reconocimientos médicos, como determina el artículo 61 apartado 5 al regular los sistemas selectivos. Este requisito se determinará de forma compatible con el acceso al empleo público de las personas discapacitadas.

En este aspecto, el EBEP impone un principio de discriminación positiva, la reserva de un cupo no inferior al 5% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad. Las Administraciones están también obligadas, una vez superado el proceso selectivo por estas personas, a realizar las adaptaciones necesarias en los puestos de trabajo para que puedan ser desempeñados por las personas con discapacidad.

- c. El requisito de la **edad** supone una innovación del EBEP, ya que, a diferencia de lo que se había regulado hasta el momento, la edad de entrada en la Administración Pública se rebaja, como ya señalé, hasta los 16 años. Esta medida parece adoptarse en coherencia con la titulación requerida para los distintos grupos de clasificación profesional del personal funcionario, ya que, para el subgrupo C1, se requiere estar en posesión del título de graduado en educación secundaria obligatoria que concluye, tal y como se recoge en la Ley Orgánica de Educación, a los 16 años. Sin entrar en un análisis más profundo, estimo que esta medida puede contribuir a rejuvenecer la Administración pero también podría atenuar la profesionalización en el sector público.
- d. **No haber sido separado** mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas. Este requisito merece una significativa precisión. El legislador estatal desaprovechó una buena oportunidad para introducir una mejora sugerida tanto en el Informe de la Comisión de Expertos como por la doctrina jurisprudencial, en orden a acotar el límite temporal de aquella prohibición. En esta línea, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 11 de noviembre de 1996²⁸, manifiesta que,

"no han de perpetuarse en el tiempo los efectos de conductas pasadas que ya no existen para el mundo del Derecho. Si, como es el caso -se trataba del acceso a la carrera judicial por el turno de juristas de reconocida competencia- quien fuera condenado otrora ha obtenido la rehabilitación, sin tacha alguna de irregularidad... no se puede tomar en consideración su condena para excluirle de la propuesta del Tribunal calificador".

²⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 174, Sala Segunda, de 11 de noviembre de 1996, RTC 1996\174.

Y señala que el demérito, para ser considerado como impedimento del acceso, debe ser efectivo y actual.

- e. Poseer la **titulación** exigida. A la espera de generalizar la implantación de los nuevos títulos universitarios, el Estatuto contempla un régimen transitorio por el cual se mantiene la validez de los ahora vigentes y se procede a la equiparación de los actuales grupos de clasificación con la nueva regulación conforme a las equivalencias que se determinan en la Disposición Transitoria tercera.
- f. Conocimiento de las **lenguas oficiales** que podrán prever las distintas Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, en los correspondientes procesos de selección.

Con respecto a la exigencia y valoración de otras lenguas distintas del castellano, y oficiales en la correspondiente Comunidad Autónoma donde se lleve a cabo el proceso selectivo, se manifestaron, en varias Sentencias, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. Por todas ellas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2000²⁹, considera ajustado a derecho la exigencia de la lengua oficial de una Comunidad Autónoma, distinta del castellano, siempre que se subordine al principio de proporcionalidad que garantice el cumplimiento del artículo 103 de la Constitución. Tal exigencia debe guardar relación con las necesidades que demande el puesto en concreto, en orden a no vulnerar el principio de igualdad. El Tribunal añade que, en principio, no debe ser valorado como mérito eliminatorio, salvo en aquellos casos en que se trate de determinadas y concretas plazas directamente vinculadas a la utilización por los administrados de las lenguas propias de esas Comunidades y siempre que la imposibilidad de utilizarla en sus relaciones con la Administración les pueda ocasionar un evidente perjuicio. Y, continúa precisando el Tribunal que se entenderán estimadas estas circunstancias "en aquellas zonas en las que exista un notable predominio de la población que utilice normalmente su lengua vernácula en sus relaciones con la Administración".

En nuestra legislación autonómica, la Ley de 23 de junio de 2009³⁰ modifica y suaviza el artículo 35 de la Ley de Función Pública de Galicia que, en su versión inicial, establecía la obligatoriedad de realizar, exclusivamente en lengua gallega, una o más pruebas del proceso selectivo.

²⁹ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a, de 26 de enero de 2000, RJ\2000\392.

³⁰ LEY 2/2009, de 23 de junio, que modifica el Texto Refundido de la Ley de Función Pública de Galicia, DOG núm. 122, de 24 de junio de 2009, pág. 10894.

"La Administración garantizará los derechos constitucionales y lingüísticos de las ciudadanas y de los ciudadanos gallegos, tanto respecto del gallego, como lengua propia de Galicia, como del castellano, lengua oficial en Galicia.

Para darle cumplimiento a la normalización del idioma gallego en la Administración pública de Galicia y para garantizar el derecho de las administradas y de los administrados al uso del gallego en las relaciones con la Administración pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma, y la promoción del uso normal del gallego por parte de los poderes públicos de Galicia, que determina el artículo 6.3º de la Ley de Normalización Lingüística, en las pruebas selectivas que se realicen para el acceso a las plazas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades locales de Galicia se incluirá un examen de gallego, salvo para aquellos que acrediten el conocimiento de la lengua gallega conforme a la normativa vigente. Las bases de las convocatorias de los procesos selectivos establecerán el carácter y valoración de este examen.

Todo esto sin perjuicio de aquellas pruebas que tengan que realizarse en gallego para aquellas plazas que requieran un especial conocimiento de la lengua gallega³¹".

3.3. ÓRGANOS DE SELECCIÓN

La composición de los órganos de selección constituye una de las claves fundamentales de la credibilidad de todo proceso selectivo. Así lo entendió la Comisión de Expertos del Estatuto cuando defendió una composición sustentada en los principios ineludibles de imparcialidad y objetividad que se alcanzarían, según su criterio, cuando esos órganos de selección actuaran al margen, por completo, de toda influencia o interferencia partidaria, gremial o corporativa y en base a criterios de profesionalidad.

El Informe de la Comisión sugiere, incluso, incorporar reglas mínimas de exclusión proponiendo, en todo caso, la prohibición de formar parte de estos órganos al personal de elección o designación política; a los representantes de los sindicatos; de los órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos; los que hayan intervenido en la preparación de los candidatos y todos aquellos afectados por alguna causa de abstención o recusación.

³¹ Artículo 35 de la Ley de Función Pública de Galicia, modificado por la Ley de 23 de junio de 2009.

Finalmente, la regulación plasmada en el EBEP acoge una parte de estas propuestas. De este modo, el artículo 60 mantiene el carácter colegiado de los órganos de selección pero establece cambios sustantivos, especialmente para la Administración Local respecto a la composición de estos órganos.

Una primera medida está dirigida a positivizar los citados principios de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. El cumplimiento de la garantía de profesionalidad deja fuera al personal de elección o designación política, a los funcionarios interinos y al personal eventual y así lo recoge expresamente el apartado 2 del artículo citado (entiendo que esta prohibición se extiende, en base al mismo criterio, al personal laboral temporal).

Esta circunstancia reviste especial importancia en el ámbito de la Administración Local pues, como señalan Díez Quesada y González-Haba Guisado³², quedan excluidos de participar en dichos órganos los cargos públicos representativos locales, como Alcaldes; Concejales; Presidentes de Diputación; y Diputados Provinciales cuya participación venía amparada, hasta el momento, por el artículo 4, apartado f) del Real Decreto³³ por el que se regulan los procedimientos de selección de los funcionarios del ámbito local y que, por tanto, se entiende derogado en este aspecto. La circunstancia de que, eventualmente, alguna Entidad Local no cuente con suficiente personal especializado, podría solventarse acudiendo a personas de otras Administraciones para proceder al nombramiento de miembros de los órganos de selección.

Por último, el apartado 3 del artículo 60 contempla una prohibición indirecta dirigida a las Organizaciones Sindicales y demás agrupaciones de representación del personal, pues señala que "la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie". No obstante, coincido con Lázaro, José Luis³⁴ al señalar que "llama la atención que en este punto no se haya seguido la recomendación del Informe CEBEP -Comisión de Expertos del EBEP- y no se haya excluido explícitamente a los representantes de los empleados", ya que, como dice este autor, aunque el apartado 3 que citamos parece dirigido a excluirlos, en el artículo siguiente, apartado 7 *in fine*, referido a los sistemas selectivos del personal laboral fijo, se deja la puerta abierta a que las Adminis-

³² Cfr: DÍEZ QUESADA, Agustín y GONZÁLEZ-HABA GUISSADO, Vicente María, Obra citada.

³³ Cfr: REAL DECRETO 896/1991, de 7 de junio.

³⁴ LÁZARO, José Luis, *Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio*, Artículo insertado en la obra *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial La Ley, enero de 2008

traciones Públicas negocien "las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos".

Me parece importante la propuesta de constitución de órganos permanentes de selección³⁵ -si bien se inserta en el artículo correspondiente a los sistemas selectivos y no en el de los órganos de selección-. Si se atiende a un estudio comparado de otros sistemas de Función Pública europeos, comprobaremos que este tipo de órganos existe en muchos países de nuestro entorno y, sin ir más lejos, la Unión Europea creó, el 25 de julio de 2002, la Oficina de Selección de Personal de las Comunidades Europeas³⁶ (EPSO), organismo interinstitucional, presidido por un consejo de administración en el que están representadas todas las instituciones, y encargado de la selección de funcionarios y agentes de las Comunidades Europeas.

Las distintas instituciones europeas deben proporcionar a la EPSO, a su debido tiempo y de manera coherente, las necesidades de recursos humanos en base a una planificación estratégica, para que ésta proceda a llevar a cabo los correspondientes procesos selectivos.

En lo que atañe al órgano en sí, constituido por agentes de varias instituciones europeas, se marca como objetivo alcanzar la profesionalización de los jurados basada en el concepto de comisión de servicio de funcionarios de las instituciones en la EPSO para un período fijo que puede llegar hasta los 4 años. Asimismo, la Oficina está autorizada para emplear, dentro del límite presupuestario, a agentes contractuales para realizar tareas bajo la supervisión de funcionarios o agentes temporales³⁷.

El Informe de la Comisión de Expertos realizó también una propuesta al respecto, abogando por la constitución de un órgano semejante, al menos en las Administraciones más dotadas, propuesta que, como vimos, se recogió en el artículo 61 del Estatuto dejando, eso sí, un amplio margen de maniobra al legislador territorial y señalando, de forma orientativa, la posibilidad de que estas funciones se puedan encomendar a los Institutos o Escuelas de Administración Pública.

³⁵ Cfr: ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, artículo 61 apartado 4.

³⁶ OFICINA EUROPEA DE SELECCIÓN DE PERSONAL, http://europa.eu/epso/index_es.htm.

³⁷ Nota: datos extraídos del Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo, nº 9/2009, sobre Eficiencia y eficacia de las actividades de selección de personal llevadas a cabo por la Oficina Europea de Selección de Personal; de la Decisión 2002/620/CE, de 25 de julio de 2002, de creación de esta Oficina y de la Decisión 2010/51/UE de 19 de enero, por la que se modifica aquélla.

De hecho, esta propuesta es contemplada por la Ley de Función Pública de la Comunidad Valenciana, única ley autonómica adaptada al EBEP, en el momento de realizar este estudio, que determina la posibilidad de constituir órganos especializados y permanentes, en su artículo 57, donde también se establecen las características de los órganos de selección a los que otorga la condición de colegiados y señala que estarán compuestos exclusivamente por personal funcionario, salvo que se trate de seleccionar personal laboral, en cuyo caso podrá formar parte también este personal. Se contempla la posibilidad de colaboración entre administraciones, pudiendo intervenir en los órganos de selección de las entidades locales algún vocal perteneciente a la Administración de la Comunidad Autónoma. En cuanto a las prohibiciones, se excluyen expresamente de los órganos de selección, el personal de elección o designación política, los interinos, el personal laboral no fijo y los eventuales. Nada dice de forma expresa acerca de los representantes del personal, aunque sí incluye una cláusula relativa a la pertenencia a título individual en estos órganos.

3.4. PROCEDIMIENTO SELECTIVO. PRINCIPIOS PROCEDIMENTALES

Se procederá a la convocatoria de los procedimientos selectivos, convocatoria que será publicada en el Diario oficial correspondiente, por el Departamento al que estén adscritos los correspondientes Cuerpos o Escalas, en la Administración del Estado; el órgano correspondiente en la Administración Autonómica y el Presidente de la Corporación, una vez aprobada y publicada la oferta de empleo público, y previo informe de la Dirección General de Función Pública u órgano similar en la Comunidad Autónoma

Los principios que deben regir todo procedimiento de selección son regulados en el EBEP en el artículo 55 en el que, tras proclamar el derecho de todos los ciudadanos a acceder al empleo público en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, contempla una serie de principios procedimentales que deberán garantizar todas las Administraciones Públicas en la selección de su personal. Estos principios son, además de los constitucionales citados en el epígrafe relativo a los principios generales del acceso, los siguientes:

- a. Publicidad de las convocatorias y de sus bases, entendida como la difusión efectiva de las convocatorias en unas condiciones que permitan su conocimiento por la totalidad de los candidatos potenciales. Publicidad de las ofertas, ya no en el BOE, sino en los correspondientes Diarios Oficiales.
- b. Transparencia en la gestión del proceso y en el funcionamiento de

- los órganos de selección, sin perjuicio del carácter reservado de las deliberaciones.
- c. Garantía de imparcialidad y profesionalidad de cada uno de los miembros de los órganos de selección.
 - d. Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
 - e. Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
 - f. Eficiencia y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Si bien nos hallamos ante principios muy relevantes, las limitaciones derivadas de la extensión de este estudio me impide tratarlos con la profundidad debida, reservando su análisis para un trabajo posterior.

3.5. SISTEMAS SELECTIVOS

Es en el artículo 61 del Estatuto, que regula los sistemas selectivos, donde se inserta el principio de libre concurrencia -ya señalé en su momento mis dudas acerca de su ubicación normativa-.

Analizaré a continuación el contenido de este artículo atendiendo a tres parámetros diferentes (excluyendo los apéndices dirigidos a los órganos de selección, a los que ya me referí en el epígrafe anterior) que hacen relación a los principios del proceso selectivo, a las características que se delimitan para las pruebas y a los sistemas selectivos establecidos:

- a. **Principios del proceso selectivo.** Además de los principios rectores del procedimiento, regulados en el artículo 55, en este artículo se contempla la necesidad de que los procesos selectivos tengan carácter abierto y garanticen la libre concurrencia, así como el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos.
- b. **Características que deben reunir las pruebas a realizar.** En un intento, quizás, de profesionalizar la Función Pública, se busca adecuar las pruebas a realizar al contenido de los puestos de trabajo convocados. Parece una buena medida, aunque considero que difícilmente alcanzará su propósito si no se planifica antes de forma meticulosa con el fin de conocer previamente las necesidades y adaptar las pruebas a aquéllas. Si por el contrario se continúa con la metodología actual carente de planificación, seguiremos asistiendo a procesos desagregados de selección.

Dejando al margen la planificación, a la que ya dediqué una buena parte de mi estudio en un epígrafe previo, continuo señalando las condiciones que se contemplan en el EBEP para el desarrollo de las pruebas selectivas. Pues bien, conforme al citado criterio de aproximar la prueba a los requisitos del puesto, se aboga por la inclusión de las pruebas prácticas que fueren precisas. Es interesante la posible inclusión de pruebas dirigidas a valorar el dominio de lenguas extranjeras y la capacidad analítica del aspirante. Mantengo la creencia de que, tal como están hasta ahora configuradas las pruebas de acceso a la Administración en nuestro país -me refiero en este caso a las oposiciones-, lo que sí ponen de manifiesto, sin duda alguna, es la capacidad memorística y de resistencia del opositor, pero son bastante deficitarias en cuanto a capacidad de razonamiento analítico y práctico. Por tanto, apoyo esta nueva reconsideración de la metodología a seguir en la realización de las pruebas para acceder al empleo público.

En esta misma línea, el apartado 5 contempla la opción de completar las pruebas con la superación de cursos, períodos de prácticas, exposición curricular de los candidatos y pruebas psicotécnicas o entrevistas.

En definitiva, la idea subyacente sería la de apostar por una variedad en la tipología de las pruebas de acceso que conduzcan a diseñar un sistema coherente que ponga en conexión directa la prueba realizada, las capacidades y habilidades que se valoren en ella y las funciones del puesto al que se accede. Me temo que aunque el desarrollo del artículo queda en manos de las Administraciones competentes, difícilmente se conseguirá ese objetivo, y el hecho de no establecer criterios algo más definidos podría poner en peligro la homogeneidad en el acceso a la Función Pública, como ya apuntaba en otra parte de este estudio.

- c. El tercer parámetro relativo a los sistemas selectivos, será objeto de estudio independiente en los epígrafes siguientes, separados en dos grandes bloques en función de la nota de temporalidad, funcionarios de carrera y laborales fijos, por un lado, y funcionarios interinos y personal laboral temporal, por otro.

3.5.1. Funcionarios de carrera y laborales fijos

Respecto a los sistemas selectivos en sí mismos, el artículo 55 contempla en los apartados seis y siete los correspondientes a los funcionarios de carrera y los del personal laboral fijo.

Para los **funcionarios de carrera** se establecen, en un mismo nivel, la o-

sición y el concurso-oposición, relegando a un plano excepcional, y en virtud de ley, el concurso de méritos.

La oposición consiste en la superación de pruebas de capacidad teóricas y prácticas -me remito a lo señalado respecto a éstas- exigidas en la convocatoria pública para determinar la aptitud de los aspirantes y fijar el orden de prelación de los mismos en la selección.

El concurso consiste, por su parte, en la comprobación y valoración de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento de un orden de prelación.

El concurso-oposición es una síntesis de los dos anteriores, conciliando valoración de la capacidad con los méritos.

Pues bien, como señalé, el concurso de méritos, como tal, queda relegado a circunstancias de excepcionalidad, pues no siempre ofrecería las necesarias garantías de igualdad teniendo en cuenta la amplia discrecionalidad de que dispondrían las distintas Administraciones para determinar el correspondiente baremo de los méritos.

El legislador estatal, existiendo también numerosa doctrina jurisprudencial respecto al concurso-oposición, no positivizó la propuesta del Comité de Expertos que sugirió que la puntuación otorgada a los méritos, en particular a los que consistan en la valoración de servicios prestados, debe ser proporcionada y no determinar por sí misma el resultado del proceso selectivo. Acerca de los requisitos que deben cumplir los méritos para no incurrir en arbitrariedad e ir contra el principio de igualdad, se pronunció el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 19 de abril de 1989 que cito en un epígrafe anterior y a la que me remito.

En nuestra Comunidad Autónoma, la Ley de Medidas fiscales y administrativas del 28 de diciembre de 2010³⁸ reforma el artículo 38 apartado 2 de la Ley de Función Pública de Galicia³⁹, relativo a la valoración de los méritos en el concurso-oposición y determina que éstos no podrán suponer más del 40% de la puntuación máxima alcanzable en el proceso selectivo, debiendo superar los aspirantes, en la fase de oposición, una puntuación mínima a los efectos de garantizar la debida idoneidad del proceso.

Respecto del **personal laboral fijo**, el Estatuto recoge, de forma indistinta, la oposición, el concurso-oposición y el concurso de valoración de méritos, en la misma línea en que lo venía haciendo la legislación anterior. Así lo contem-

³⁸ LEY 15/2010, de 28 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas, LG\2010\543, DOG núm. 250, de 30 de diciembre de 2010, pág. 21372.

³⁹ Cfr: Ley de Función Pública de Galicia.

pla también la Ley de Función Pública de Galicia⁴⁰, modificada en este punto por la Ley de Medidas fiscales y administrativas del 28 de diciembre de 2010⁴¹, que establece que la selección del personal laboral se realizará de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de oposición, concurso o concurso-oposición libre en los que se garantice, en todo caso, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Y añade que cuando el sistema de acceso sea el concurso, en las convocatorias se establecerá una puntuación mínima para superarlo.

Es obvio, pues, que la diferencia fundamental en cuanto al proceso selectivo para acceder al servicio público, radica en la excepcionalidad que se otorga al sistema de concurso –y en virtud de ley– para el acceso de los funcionarios, frente al carácter de sistema normal de acceso que se atribuye al concurso de méritos en el caso del personal laboral fijo, situándolo en un mismo plano que la oposición y el concurso-oposición. Comparto plenamente la opinión de Fernández Miranda⁴², cuando señala que “la realidad seguirá siendo la misma, el de la generalización de esta vía –el concurso–, menos respetuosa con los principios de mérito y capacidad, cuando se trate de contratar a personal laboral”.

En definitiva, en el acercamiento entre personal laboral y funcionarios de carrera hacia el que evoluciona la Función Pública en nuestro país, no parece muy coherente esta esencial diferencia.

3.5.2. Funcionarios interinos y personal laboral temporal

Las notas esenciales que diferencian al personal interino del personal laboral, sin pretender profundizar por los límites que impone la extensión de este estudio, vienen dadas, en primer lugar, por el sometimiento de aquél al Derecho Administrativo, frente a la vinculación prioritaria al Derecho del Trabajo del personal laboral. Este sometimiento al Derecho Administrativo determina que la vinculación entre funcionario interino y Administración se efectúe en virtud de nombramiento, mientras que la relación entre personal laboral y Administración empleadora se plasma en el contrato de trabajo. Y, por último, pero esencial, el funcionario interino debe ocupar siempre puestos de trabajo atribuidos a funcionarios de carrera; y el personal laboral temporal, una plaza

⁴⁰ Cfr: Ley de Función Pública de Galicia.

⁴¹ Cfr: Ley de Medidas fiscales y administrativas.

⁴² FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge, *El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público*, Civitas Revista española de Derecho Administrativo, núm. 139/2008 (Estudios), Editorial Civitas S.A., Madrid 2008.

destinada a personal laboral.

Con respecto a las similitudes entre ambas figuras, que fundamentalmente nos afecta en este epígrafe, y por la que he decidido abordarlos conjuntamente, es la que concierne al carácter de provisionalidad o temporalidad, fundamentado en esa necesidad y urgencia de sus respectivos nombramientos o contratos. Asimismo, su condición común de empleados públicos les somete, con las correspondientes especificidades que ya conocemos, al estatuto del empleo público, particularmente en lo que concierne al cumplimiento de determinados requisitos en el acceso al servicio público.

En efecto, la selección de este personal, en coherencia con su condición de empleado público, regulado por la norma común aplicable a todo el personal al servicio de la Administración Pública, debe ajustarse a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El problema surge vinculado a la propia naturaleza del funcionario interino y del personal laboral temporal, a esas circunstancias intrínsecas al nombramiento del funcionario interino o a la contratación del personal laboral temporal. Me refiero, evidentemente, a las razones de necesidad o urgencia que fundamentan esos nombramientos o contrataciones.

Pues bien, la urgencia es la que determina que el proceso de selección de este personal deba realizarse atendiendo a criterios que permitan una mayor agilidad y rapidez, pues es notorio que los procesos selectivos que siguen el cauce ordinario se demoran excesivamente, pudiendo transcurrir años desde su inicio; por lo tanto, sería impensable acudir a ellos en caso de urgencia. Ahora bien, es preciso establecer escrupulosamente los criterios a seguir para evitar que la pretendida urgencia conlleve un menor rigor en la selección.

El objetivo que debe perseguirse es, pues, compatibilizar la necesaria celeridad y agilidad de estos procedimientos con una selección suficientemente objetiva, que respete los principios constitucionales de mérito y capacidad. También parece razonable considerar que la selección del personal laboral temporal pueda ser, en cierta medida, más flexible que la del personal laboral fijo, sin que con ello nos refiramos a un procedimiento de selección arbitrario.

3.5.2.1. Las listas de contratación o bolsas de empleo temporal

Esa objetivación y celeridad en la selección viene siendo pretendida por las llamadas listas de reserva, listas de contratación o bolsas de empleo temporal. Ojeda Avilés⁴³ las define como vías alternativas al procedimiento regular es-

⁴³ OJEDA AVILÉS, Antonio, *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las*

pecífico de selección de funcionarios, que se configuran como procedimientos anticipados, en la medida en que no son contemporáneos a la necesidad, y que responden a la lentitud de los procedimientos selectivos ordinarios. Pueden considerarse, en principio, conformes a la legalidad aunque "habrá que estar a las características adicionales de esos procedimientos para comprobar si en sus manifestaciones concretas por alguna razón incumplen las garantías exigidas".

Las bolsas de empleo, cuyo objeto es disponer de una relación de personas que deseen trabajar en los distintos órganos o departamentos de la Administración Pública, permiten la incorporación inmediata a la unidad que la necesita y articulan los mecanismos de ajuste necesarios para conseguir destinar a cada aspirante al puesto más adecuado. Deben incluir, como señala el citado autor, los datos necesarios "para discernir si el candidato propuesto va a solventar el urgente problema de la vacante temporal". La objetividad vendrá referida a los criterios de baremación que se establezcan.

Es habitual que se establezcan como criterios de baremación todos aquellos méritos que tengan una vinculación directa con el empleo público (en un afán de superar los errores cometidos en el pasado computando méritos no apropiados para el acceso a la función pública); en este sentido, en varias legislaciones autonómicas, se tienen en cuenta fundamentalmente méritos como el hecho de haber superado alguna prueba selectiva y la experiencia en la Administración. En nuestra Comunidad Autónoma⁴⁴ se valoran, en concreto, las notas obtenidas en el último proceso selectivo; los servicios prestados en la Administración; y los diferentes llamamientos, por la misma lista, aceptados y finalizados sin renuncia.

Las listas están, por tanto, generalmente constituidas por quienes no aprobaron los últimos procesos selectivos, en orden descendente de puntuación y atendiendo, en primer lugar, a aquellos que superaron algún examen. Si se da la eventualidad de que la Administración correspondiente tiene necesidad de personal, atendiendo a los criterios citados del interino o personal laboral, recurrirá a la lista correspondiente.

En Galicia se elaboran varias listas abiertas, según que el puesto a cubrir

Administraciones Públicas, Biblioteca básica de derecho del trabajo, Editorial Comares, Granada 1998.

⁴⁴ DECRETO 37/2006, DE 2 DE MARZO, que regula el nombramiento de personal interino para el desempeño con carácter transitorio de plazas reservadas a funcionarios y la contratación temporal de personal laboral de la Xunta de Galicia, LG\2006\78, DOG núm. 48, de 9 de marzo de 2006, pág. 3478.

esté reservado a personal funcionario (una lista por Cuerpo, Escala o especialidad) o a personal laboral (una lista por categoría). El personal interesado y que cumpla los requisitos exigidos para el puesto al que desee optar podrá inscribirse haciendo constar el ámbito en que desea prestar sus servicios, hasta un máximo de tres por cada categoría, cuerpo, escala o especialidad. La tramitación y seguimiento de las listas corresponderá a cuatro Comisiones permanentes provinciales y una Comisión permanente central que se encargará de su elevación a la Dirección General de la Función Pública y su posterior publicación. Surgida la necesidad de acudir a la lista, los llamamientos se realizarán por los medios más urgentes que permitan tener constancia de su recepción.

Es evidente que las plazas cubiertas por este personal deberán incluirse necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo o en la primera oferta de empleo público que se apruebe. Y, en coherencia con el criterio seguido para su nombramiento o contratación, una vez que desaparezcan las razones de urgencia que motivaron la cobertura de estas plazas debería cesar el personal que las ocupa, no debiendo incurrir en la perpetuación irregular de las situaciones de temporalidad o interinidad.

Por último, nos resta señalar que el Estatuto no refleja en su texto el requisito de que la selección, tanto del personal interino como del laboral temporal, se atribuya a órganos dotados de las mismas garantías de imparcialidad y especialización aplicables a la selección del resto de los empleados públicos.

3.6. FUNCIONARIZACIÓN Y CONSOLIDACIÓN

Si bien considero bajo un mismo epígrafe, la *funcionarización* y la consolidación, se trata, como enseguida pondré de manifiesto, de dos procesos muy diferentes en cuanto a su naturaleza jurídica.

La *funcionarización* es todo proceso, de ineludible carácter singular y excepcional, mediante el cual se facilita el acceso por parte del personal laboral a los Cuerpos, Escalas o Especialidades a que se adscriben las plazas de funcionarios de carrera. Suponen la reconversión de un puesto destinado a personal laboral en un puesto de destino funcional, ya que responde al propósito de regularizar la situación respecto de los puestos de trabajo que están servidos por personal laboral y que son propios de funcionarios. También pueden venir referidos, excepcionalmente, a la conversión del personal interino en funcionario de carrera, y en este sentido lo contempla la Disposición Transitoria octava de la Ley de Función Pública de Galicia⁴⁵, como veremos en un epígrafe

⁴⁵ Cfr: Ley de Función Pública de Galicia.

posterior.

Debido al carácter excepcional de este proceso, o consecuencia del mismo, se admiten en ellos determinadas restricciones al derecho de igualdad en el acceso a la Función Pública.

En la medida en que se trate de la conversión de un puesto de trabajo ocupado por personal laboral fijo en un puesto reservado a funcionarios, se configura como un procedimiento que impide la duplicidad de personas en un mismo puesto, lo que podría ocurrir si se convocasen pruebas en turno libre, ya que la garantía de estabilidad en el empleo que el Estatuto otorga al personal laboral fijo confluiría con un eventual nuevo funcionario que accediera a ese mismo puesto⁴⁶.

Fue contemplada, por primera vez, en la Ley 23/1988, de 28 de julio, de Medidas para la Reforma de la Función Pública⁴⁷, que modificó la Ley 30/1984⁴⁸. El artículo 2 de aquella Ley adiciona una Disposición Transitoria decimoquinta en la Ley 30/1984 en la que se reconoce al personal laboral el derecho a permanecer -y promocionar- en el puesto que ocupa con independencia de que este se reconvierta, en la relación de puestos, a uno de carácter funcional. Asimismo, en el apartado segundo, establece un proceso de *funcionarización* regulando la posibilidad de que el personal laboral fijo pueda acceder a la condición de funcionario mediante la superación de las correspondientes pruebas selectivas en las que se valoren como méritos los servicios efectivos prestados en su condición de laborales.

La **consolidación**, por su parte, es aquel proceso que tiene como objetivo transformar un empleo de naturaleza temporal o un contrato de naturaleza indefinida en una plaza de carácter estructural.

En la base de los procesos de consolidación está la distinción precisada por el Tribunal Supremo, en varias sentencias⁴⁹, en torno a la naturaleza jurídica del personal laboral indefinido y el fijo de plantilla, de la que destacamos la declaración relativa a que,

"el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva tem-

⁴⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de febrero de 2007, RJ\2007\5021.

⁴⁷ LEY 23/1988, de 28 de julio, que modifica la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988, pág. 23401.

⁴⁸ Cfr: LEY 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, RCL\1984\2000, BOE núm. 185, de 3 de agosto de 1984, pág. 22629.

⁴⁹ SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Social, de 20 de enero de 1998, RJ 1998\1000 y de 27 de mayo de 2002, RJ 2002\9893.

poral que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones públicas".

En efecto, el desafortunado, y no infrecuente, proceder de la Administración en las contrataciones temporales mediando graves irregularidades desembocaba en sentencias judiciales que optaban por declarar a los trabajadores en esa situación de carácter indefinido, por lo que dejaba de ser un trabajador temporal sin más pero tampoco podía adquirir el carácter de fijo de plantilla; de hecho, su cese se produciría en el momento en que la plaza se cubriese reglamentariamente. Incluso, alguna sentencia resolvía declarando al trabajador en situación de indefinido y obligando a la Administración a proceder a crear la plaza fija de plantilla para ser posteriormente otorgada a aquél.

Pues bien, esta figura contractual del indefinido no fijo declarado por sentencia trata de reconducirse, como enseguida veremos cuando abordemos la normativa, mediante un proceso de consolidación, creando primero la plaza de personal laboral fijo de plantilla y, posteriormente, mediando el cumplimiento de determinados requisitos, atribuirle a aquél. Se trata, por otro lado, de dar respuesta legislativa a la acumulación de contrataciones temporales irregulares en las Administraciones Públicas.

Funcionarización y consolidación confluyen, pues, en la excepcionalidad que suponen los procesos que han de llevar a cabo para reconvertir, por un lado, un puesto de carácter laboral en uno funcional y por otro, un empleo indefinido o temporal en un puesto estructural. Esa excepcionalidad tiene como cauce las llamadas pruebas restringidas.

3.6.1. Pruebas restringidas

El Tribunal Constitucional vino reconociendo, en varias sentencias⁵⁰, la existencia de **circunstancias excepcionales** que pueden legitimar la adopción de procedimientos también excepcionales de acceso a la Función Pública, en los que se dispense un trato preferente a determinados colectivos, sin que ello constituya una vulneración de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, siempre que tengan como pretensión alcanzar una finalidad

⁵⁰ SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 27 de 14 de febrero de 1991, RTC 1991\27, del Pleno y la núm. 130, de 1 de junio de 2009, RTC 2009\130, de la Sala Segunda.

constitucionalmente legítima, en la que se integra también la propia eficacia de la Administración Pública.

"... si bien no cabe excluir que en determinados casos excepcionales la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre con un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración Pública".

Dos requisitos son, pues, imprescindibles según la doctrina jurisprudencial para dispensar un trato diferenciado: la excepcionalidad de la situación que se pretenda afrontar, reconocida en norma con rango de Ley, y la legitimidad del fin perseguido⁵¹.

Esos procedimientos especiales podrían traducirse, según Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2004⁵², tanto en la previsión de valoración de los servicios prestados (a los que ya me referí en un epígrafe anterior), lo que no significa que haya de quedar excluida, de raíz, la concurrencia de otras personas que no hubieran prestado dichos servicios; como en lo que conocemos como pruebas restringidas, es decir, la posibilidad de establecer pruebas específicas a las que sólo tiene acceso determinado personal.

Es concluyente la Sentencia del Tribunal Constitucional ya citada de 14 de febrero de 1991⁵³, cuando señala que, en todo caso, deben respetarse los principios de mérito y capacidad.

"la previsión legal de pruebas específicas para consolidar una situación precaria precedente no puede ser entendida a la luz de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución Española como autorización a la Administración para establecer o regular estas pruebas sin respetar los conceptos de mérito y capacidad, requisitos constitucionales que no impiden el reconocimiento o evaluación del mérito consistente en el tiempo efectivo de servicios pero que en ningún caso puede convertir a ese tiempo efectivo de servicios en

⁵¹ Cfr: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 1 de junio de 2009, RTC\2009\130.

⁵² SENTENCIA DEL PLENO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 38, de 11 de marzo de 2004, RTC\2004\38.

⁵³ Cfr: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 14 de febrero de 1991, RTC\1991\27.

título de legitimación exclusivo que permita el acceso a una función pública de carácter permanente al tener que respetarse en todo caso también para los interinos y contratados los principios constitucionales de mérito y capacidad".

Pues bien, esas pruebas restringidas contribuyen a alcanzar las citadas *funcionarización* o consolidación cuando pretenden dar solución a colectivos singulares y posibilitan que la naturaleza jurídica de su relación temporal con la Administración se transforme en una relación permanente, funcionarial o laboral.

3.6.2. La *funcionarización* y la consolidación en la normativa

Teniendo en cuenta que son muchas las normas de los distintos ámbitos territoriales que contemplan estos procesos de *funcionarización* y consolidación, seleccionaremos únicamente alguna de ellas –Estatuto Básico; Ley de Función Pública de Galicia y V Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Xunta de Galicia– que nos permita afianzar estos conceptos.

Por un lado, el Estatuto Básico del Empleado Público, garantizando en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y mediante procesos que incluyan las preceptivas pruebas de capacidad, incluye en su Disposición Transitoria segunda la posibilidad de *funcionarización* del personal laboral fijo que desempeñe funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario,

Disposición Transitoria segunda. Personal Laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario.

"El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.

Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición."

y, en la Disposición Transitoria cuarta, autoriza a las Administraciones Públicas correspondientes a efectuar procesos de consolidación del personal interino o laboral anterior a 1 de enero de 2005,

Disposición Transitoria cuarta. Consolidación del empleo temporal.

"1. 1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto."

En nuestra Comunidad Autónoma, la Ley de Función Pública regula en varias Disposiciones Transitorias verdaderos procesos de *funcionarización* y consolidación. Así, en la Disposición Transitoria primera se establece un plazo máximo para que la Xunta de Galicia realice la convocatoria de pruebas selectivas para *funcionarizar* al personal laboral fijo que ocupe plazas que, por la naturaleza de sus funciones, deban ser ocupadas por funcionarios.

"Disposición Transitoria Primera. En el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de esta Ley, la Xunta de Galicia convocará las pruebas selectivas para la realización de un proceso de *funcionarización* del personal laboral fijo que ocupe plazas que, por la naturaleza de sus funciones, deban ser ocupadas por personal funcionario, previa valoración, clasificación y determinación de los puestos de trabajo afectados, que será aprobada por el Consello de la Xunta de Galicia.

Las pruebas selectivas que se realicen en el marco del proceso de *funcionarización* respetarán, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad y valorarán, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados como personal laboral en los puestos objeto de *funcionarización*."

En la Disposición Transitoria séptima se concreta ese proceso de *funciona-*

rización, estableciendo, en primer lugar, el carácter voluntario que se concede al personal laboral fijo que ocupa plazas atribuibles a funcionarios de acudir a las convocatorias correspondientes –se establecen tres convocatorias consecutivas– para adquirir la condición de funcionario. A continuación, se determina que las pruebas consistirán en la superación de un concurso-oposición, en el que se valorarán los servicios prestados. Y, por último, en caso de no superar los procesos selectivos, se dispone que el personal laboral continuará manteniendo su vínculo laboral con la Administración como personal laboral fijo ocupando plaza de funcionario en RPT.

“Disposición Transitoria Séptima. 1. El personal contratado laboral fijo que ocupe puestos de trabajo que, por la naturaleza de sus funciones, deben ser desempeñados por personas funcionarias, podrá acceder a la condición de personal funcionario, si voluntariamente optase por ello, a través de la superación de un concurso-oposición libre, en el que se valorarán los servicios efectivos prestados, teniendo en cuenta los criterios de mérito y capacidad.

2. La valoración de los servicios prestados se aplicará en tres convocatorias consecutivas y durante su tiempo de tramitación. La puntuación alcanzada se acumulará a la obtenida en la fase de oposición, y el total constituirá la puntuación final del concurso-oposición. Será condición necesaria que en cada una de las pruebas y en el curso selectivo de formación, en su caso, se obtenga la puntuación mínima, fijada en las bases de la correspondiente convocatoria, que acreditará la idoneidad de la persona candidata.

3. El personal al que se refieren los apartados anteriores que no supere el concurso-oposición en las tres convocatorias mantendrá con la Administración su vínculo laboral que le otorga el derecho al desempeño de un puesto de trabajo de análogas condiciones y en la misma localidad donde venga prestando sus servicios.”

Nuevamente, en la Disposición Transitoria octava, se contempla un proceso de *funcionarización* y, en este caso, incluye tanto al personal interino como aquellos en régimen de contratación administrativa como interinos, incluso los contratados administrativos en situación de expectativa de acceso⁵⁴. Además, en virtud de la Disposición Transitoria décima, este proceso se extiende al personal sometido a régimen laboral que preste servicios en las corporaciones de

⁵⁴ Nota: contratados administrativos que, conforme al derogado Decreto 57/1983, de 6 de abril, que regulaba la Función Pública de la Xunta de Galicia, estén en activo a la entrada en vigor de la derogada Ley 4/1988, de 26 de mayo, de Función Pública de Galicia

derecho público de la Consellería de Pesca⁵⁵. Pues bien, en el proceso previsto en esta Disposición Transitoria octava, se regula la posibilidad de este personal de acceder a la condición de personal funcionario mediante la participación en un concurso-oposición en el que se valorarán los servicios prestados, concurso en el que podrán participar, igualmente, los funcionarios de carrera. Por último, se establece que, en caso de no superar las pruebas correspondientes -se conceden también tres posibilidades-, este personal podrá continuar prestando sus servicios en la situación jurídica en que lo venía haciendo, situación que no condicionará la consideración de vacante del puesto.

"Disposición Transitoria octava. 1. El personal transferido por el Estado, tanto en régimen de contratación administrativa como interino, y el personal interino seleccionado a través de las oportunas pruebas convocadas por la Xunta, así como los contratados administrativos en situación de expectativa de acceso a la función pública conforme al Decreto 57/1983, de 6 de abril, que estuviese en activo a la entrada en vigor de la Ley 4/1988, y el que estuviese al servicio de la Comunidad Autónoma de Galicia el 1 de mayo de 1990, podrá acceder a la condición de personal funcionario mediante la participación y superación de un concurso-oposición libre, y en su convocatoria se deberán respetar los criterios de mérito y capacidad y en él se valorarán los servicios efectivos prestados.

2. El personal que no supere dicha prueba selectiva tendrá derecho a la valoración de los servicios prestados en otras dos convocatorias consecutivas y a continuar prestando servicios en la Administración autonómica mientras no se celebren, manteniendo su situación jurídica anterior. Tal situación no condicionará la consideración de vacante del puesto de trabajo que viniese desempeñando.

3. El personal funcionario de carrera de la Administración autonómica que reúna los requisitos necesarios."

Por último, la Disposición Transitoria decimocuarta contempla las directrices a seguir en un proceso de consolidación que se sitúa en el marco de reducción de la temporalidad y con el objeto de aumentar la estabilidad en el empleo público y que afecta a todas aquellas plazas cubiertas, interina o temporalmente, con anterioridad al 1 de enero de 2005. Transcribimos a continuación la Disposición sin extendernos en ella para posteriormente pasar a analizar con más detalle el proceso de consolidación del personal laboral de la

⁵⁵ Cfr: Ley de Función Pública de Galicia, Disposiciones Transitorias cuarta y décima.

Comunidad Autónoma regulado en el vigente Convenio Colectivo del personal laboral de la Xunta de Galicia en el que, en lo que se refiere al personal laboral contemplado, abarca un marco temporal más amplio.

"Disposición Transitoria Decimocuarta. Dentro del marco de las medidas de reducción de la temporalidad y con el objeto de aumentar la estabilidad en el empleo público en la Administración general de la Xunta de Galicia, la Comunidad Autónoma gallega desarrollará, por una sola vez por plaza, un proceso selectivo de carácter extraordinario para la sustitución de empleo interino o temporal por empleo fijo.

Será aplicable a estos procesos lo dispuesto en el artículo 63.2 de esta Ley.

El proceso afectará a aquellas plazas que estén cubiertas, interina o temporalmente, con anterioridad al 1 de enero de 2005 y que continúen, temporal o interinamente, cubiertas en el momento de la convocatoria.

Las plazas que en el momento de la entrada en vigor de esta disposición estén en la situación prevista en el párrafo anterior se reservarán para su oferta en los procesos extraordinarios que se realicen.

Los procesos selectivos respetarán, en todo caso, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y se efectuarán por el sistema de concurso-oposición abierto.

El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, las tareas y las funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso se podrán valorar, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las administraciones públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

La valoración de méritos de las personas que superasen la fase de oposición sólo podrá otorgar una puntuación proporcionada, que no determinará, por sí misma, el resultado del proceso selectivo."

En efecto, en el ámbito del personal laboral de nuestra Comunidad Autónoma, el V Convenio Colectivo Único para el personal de la Xunta de Galicia⁵⁶ recoge en la Disposición Transitoria décima un detallado proceso de **consolidación** del personal laboral indefinido o contratado para obra o servicio de carácter estructural, en los siguientes términos:

"Décima. El personal que, con efectos anteriores al 7-10-1996, tuviese

⁵⁶ V CONVENIO COLECTIVO ÚNICO PARA EL PERSONAL LABORAL DE LA XUNTA DE GALICIA, DOG núm. 213, de 13 de noviembre de 2008

reconocida la condición de indefinido en su relación laboral por sentencia judicial firme o por resolución de la Subsecretaría de Trabajo y Asuntos Sociales del 24-7-1997 en virtud de las previsiones contenidas en el plan de empleo del INEM así como aquel que tenga una antigüedad con anterioridad al 1-7-1998 en la prestación de servicios para la Xunta de Galicia en virtud de sentencia judicial que reconozca su condición de personal laboral indefinido, o fuese contratado directamente por la Xunta de Galicia bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la realización de programas o servicios de carácter estructural, o aquel otro integrado por transferencia, tendrá los mismos derechos que el personal laboral fijo.

La Administración, en el plazo de doce meses creará, de ser el caso, dichos puestos de trabajo en las distintas RPT de la Xunta de Galicia y posteriormente convocará un proceso selectivo mediante concurso al cual tendrá la obligación de concurrir el personal a que se hace referencia en el punto anterior.

Dicho concurso respetará los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y en él se valorará preferentemente la antigüedad y los cursos de formación y perfeccionamiento en la categoría y procesos selectivos superados. Los que lo superen adquirirán la condición de personal laboral fijo de la Xunta de Galicia.

Para aquel personal que tenga una antigüedad posterior al 30-6-1998 y anterior al 1-1-2005 en la prestación de servicios para la Xunta de Galicia en virtud de sentencia judicial que reconozca su condición de personal laboral indefinido, o fuese contratado directamente por la Xunta de Galicia bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la realización de programas o servicios de carácter estructural, o aquel integrado por transferencia será objeto de un proceso de consolidación de empleo según lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público y la disposición adicional decimoquinta de este convenio".

El contenido de esta Disposición puede concretarse en dos grandes apartados, uno dirigido a la consolidación del personal laboral anterior al 1 de julio de 1998, y otro para el comprendido entre el 1 de julio de 1998 y el 31 de diciembre de 2004:

- a. Con respecto al personal anterior al 1 de julio de 1998, distinguimos los siguientes momentos:
 - a.1. Un primer momento en el que se reconocen los mismos derechos

- que al personal laboral fijo al siguiente personal:
- a.1.1. Personal laboral indefinido, con efectos anteriores al 7 de octubre de 1996, reconocido por sentencia judicial firme.
 - a.1.2. Personal laboral indefinido en virtud de Plan de Empleo del INEM por Resolución de julio de 1997.
 - a.1.3. Personal laboral indefinido con antigüedad anterior al 1 de julio de 1998 en virtud de sentencia judicial.
 - a.1.4. Personal contratado directamente por la Xunta bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la realización de programas o servicios de carácter estructural.
 - a.1.5. Todo aquel integrado por transferencia.
- a.2. Un segundo momento en el que la Administración deberá crear los puestos de trabajo en la RPT (recordemos aquí la necesidad de dotar los puestos fijos de plantilla con carácter previo a la conversión del personal indefinido en fijo), para lo que se determina un plazo de 12 meses.
- a.3. Creados esos puestos, se convocará un proceso selectivo dirigido a adquirir la condición de personal laboral fijo, mediante el sistema de concurso en el que se valorarán preferentemente la antigüedad y los cursos de formación y perfeccionamiento.
- b. Con respecto al personal con antigüedad posterior al 30 de junio de 1998 y anterior al 1 de enero de 2005 que reúna los requisitos que señalamos a continuación, el Convenio contempla un proceso de consolidación al amparo de la Disposición Transitoria cuarta del EBEP:
- b.1. El personal al que va dirigido este segundo proceso es todo aquél que, con la antigüedad señalada, ostente la siguiente condición:
 - b.1.1. Personal laboral indefinido reconocido por sentencia judicial .
 - b.1.2. Fuese contratado directamente por la Xunta bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la realización de programas o servicios de carácter estructural.
 - b.1.3. Todo aquel integrado por transferencia.
 - b.2. Este personal será objeto de un proceso de consolidación según lo establecido en la Disposición transitoria cuarta del EBEP antes citada, es decir, mediante un proceso que deberá incluir pruebas de capacitación, aunque proceda, asimismo, a valorar como méritos los servicios prestados, valoración que deberá guardar, en todo caso, una proporción razonable que no determine el resultado del proceso selectivo.

Como podemos constatar los procesos de *funcionarización* y consolidación fueron ampliamente abordados por la normativa con la finalidad de resolver los abusos en que se estaba incurriendo con la atribución de interinidades para puestos que deberían ser desempeñados por funcionarios de carrera y en las situaciones de eventualidad y temporalidad en empleos laborales.

La nota esencial de estos procedimientos es su configuración para solucionar problemas coyunturales. Ahora bien, si no se articulan normativamente sistemas de control o responsabilidad de los órganos que asumen los nombramientos de funcionarios interinos o las contrataciones de personal laboral, que eviten la perpetuidad *contra natura* de las situaciones de interinidad o el abuso o ausencia de justificación en las contrataciones temporales, la *funcionarización* y la consolidación dejarán de tener ese carácter de excepcionalidad.

4. REVISIÓN DEL SISTEMA

Es notorio que la rígida estructura funcional establecida en el Texto Constitucional quebró o, cuando menos, sus contornos son espurios. El legislador constitucional cuando regula, por un lado, un Estatuto de los Trabajadores y, por otro, un Estatuto de los Funcionarios Públicos, parte del hecho de que la situación de los trabajadores es sustancialmente distinta de la situación de los funcionarios, por su contenido, alcance y ámbito diferente de función y actuación. Por ello independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiéndolos a regulaciones diferenciadas que no parecen irrazonables⁵⁷.

En efecto, la dualidad de regímenes jurídicos, estatutario y laboral, se desarrolló de tal manera en las últimas décadas que ya es consustancial a nuestro modelo de empleo público. Este carácter dual se consolida plenamente en el texto del EBEP, que reduce significativamente las diferencias entre ambos regímenes. La laboralización del funcionario público y la *funcionarización* del laboral se reafirman inequívocamente.

La *funcionarización* y la consolidación, procesos intensificados a raíz de la proliferación de organismos instrumentales, pierden progresivamente ese carácter de excepcionalidad que los definía para prevenimos acerca de su inmediata consolidación como una nueva vía de acceso a la Función Pública, vía que, en íntima conexión con los procedimientos citados, viene siendo configu-

⁵⁷ SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 57, de 27 de julio de 1982 (RTC\1982\57).

rada, en estos últimos años, y de forma creciente, por los Tribunales.

Además de la gravedad que puede inferirse de esta desnaturalización de los sistemas de acceso al empleo público, de esta eventual quiebra de garantías, estas circunstancias dificultan afrontar con eficacia el primer eslabón necesario para la racionalización del empleo público, la planificación.

Es preciso dotar al sistema de procedimientos que permitan exigir el control o responsabilidad de los órganos que asumen los nombramientos de los funcionarios interinos o las contrataciones de personal laboral. Es necesario realizar una revisión sistemática, minuciosa y homogénea de las distintas Administraciones Públicas que nos faculte para profundizar en el conocimiento de sus efectivos para diseñar, sobre una base sólida, un sistema de acceso coherente, homogéneo y que contribuya, no sólo a garantizar los importantes principios de igualdad, mérito y capacidad, sino también a asegurar la eficacia de la Administración fundamentada en la calidad de quienes la sirven.

Para conseguir esos objetivos, es imperativo romper, de una vez por todas, con la Administración decimonónica que arrastramos e introducir nuevos parámetros más acordes con la coyuntura actual.

En lo que al reducido ámbito de nuestro estudio se refiere, la consecución de ese objetivo se traduciría en una nueva reconsideración de la metodología a seguir en las pruebas para acceder al empleo público, buscando un mayor equilibrio entre el peso que representa la capacidad memorística y el razonamiento analítico y práctico en aquéllas. Tal como están configuradas hasta ahora las pruebas de acceso a la Administración en nuestro país, lo que sí ponen de manifiesto, sin duda alguna, es la capacidad memorística y de resistencia del opositor, pero son bastante deficitarias en cuanto a capacidad de razonamiento analítico y práctico.

En el marco actual de grave limitación de recursos económicos, la defensa del interés general consustancial a la figura del empleado público debe presidir la búsqueda de una mejora en el aprovechamiento de ese factor humano, sin caer en la tentación de priorizar los costes.

5. BIBLIOGRAFÍA

• DOCTRINA

DÍEZ QUESADA, A. y GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.M. (2009): *El Estatuto Básico del Empleado Público y sus posibilidades renovadoras del Empleo Público Local*, Capítulo II del libro *Estudios sobre la modernización de la Administración Local: teoría y prác-*

tica. Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2009, La Ley 4028/2010.

FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J. (2008): El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público, *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, 139 (Estudios). Madrid: Editorial Civitas.

LÁZARO, J.L. (2008): *Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio*. Artículo insertado en la obra *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. Editorial La Ley, enero de 2008.

LONGO, F. (2001): Modernizar la gestión pública de las personas: los desafíos de la flexibilidad, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 19 (febrero). Caracas.

MINTZBERG, H. (1996): Managing Government, Governing Management, *Harvard Business Review* (mayo-junio).

OJEDA AVILÉS, A. (1998): *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*. Granada: Editorial Comares, Biblioteca básica de derecho del trabajo.

PALOMAR OLMEDA, A. (2008): La Oferta de Empleo Público ante el control jurisdiccional: hacia su verdadera dimensión. *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, 140. Madrid: Editorial Civitas.

• INFORMES Y OTROS DOCUMENTOS

DEFENSOR DEL PUEBLO, Funcionarios interinos y Personal Eventual: La Provisionalidad y Temporalidad en el Empleo Público, Informe monográfico del año 2003.

INFORME de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público de 25 de abril de 2005, Ministerio de las Administraciones Públicas, INAP gobierna, Centro de Nuevas Estrategias de Gobernanza Pública.

INFORME ESPECIAL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EUROPEO, nº 9/2009, sobre Eficiencia y eficacia de las actividades de selección de personal llevadas a cabo por la Oficina Europea de Selección de Personal.

OFICINA EUROPEA DE SELECCIÓN DE PERSONAL, http://europa.eu/epso/index_es.htm.

SEVACH, *Un Observatorio para el Empleo Público: el cuento de nunca acabar*, El blog de Derecho Público de Sevach, <http://contencioso.es>.

• SENTENCIAS

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 57, de 27 de julio de 1982 (RTC\1982\57).

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 99, de 11 de junio de 1987, RTC\1987\99.

Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 67, de la Sala Segunda, de 18 de abril de

- 1989, RTC\1989\67.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 68, de la Sala Primera, de 19 de abril de 1989, RTC 1989\68.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 27 de 14 de febrero de 1991, RTC 1991\27.
- Auto del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 63, de 12 de marzo de 1996, RTC 1996\63.
- Auto del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 317, de 29 de octubre de 1996, RTC 1996\317.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 174, Sala Segunda, de 11 de noviembre de 1996, RTC 1996\174.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de enero de 1998, RJ 1998\1000.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 30 de noviembre de 1999, RJ\2000\3203.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 26 de enero de 2000, RJ\2000\392.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 37, de 14 de febrero de 2002, RTC\2002\37.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de mayo de 2002, RJ 2002\9893.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 107, de la Sala Primera, de 2 de junio de 2003, RTC\2003\107.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm.38 de 11 de marzo de 2004, RTC\2004\38.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de febrero de 2007, RJ\2007\5021.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 29 de enero de 2008, RJ\2008\685.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 31 de mayo de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, de 24 de junio de 2008, RJ\2008\6696.
- Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 130, de la Sala Segunda, de 1 de junio de 2009, RTC\2009\130.

● **NORMATIVA**

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 27 de diciembre de 1978.

DECRETO 57/1983, de 6 de abril, que regulaba la Función Pública de la Xunta de Gal-

- cia, LG\1983\586, DOG núm. 34 de 15 de abril de 1983 (derogado).
- REAL DECRETO LEGISLATIVO 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, RCL\1986\1238, BOE núm. 96, de 22 de abril de 1986.
- LEY 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, RCL\1984\2000, BOE núm. 185, de 3 de agosto de 1984, pág. 22629.
- LEY 23/1988, de 28 de julio, que modifica la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, BOE núm. 181, de 29 de julio de 1988, pág. 23401.
- REAL DECRETO 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las Reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de la Administración Local, RCL 1991\1522, BOE núm. 142, de 14 de junio de 1991, pág. 19669.
- REAL DECRETO 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso de Personal de la Administración, Provisión de Puestos y Promoción, RCL 1995\1133, BOE núm. 85, de 10 de abril de 1995, pág. 10622.
- DECISIÓN 2002/620/CE, de 25 de julio de 2002, de creación de la Oficina de Selección de Personal de las Comunidades Europeas (EPSO).
- DECRETO 37/2006, DE 2 DE MARZO, que regula el nombramiento de personal interino para el desempeño con carácter transitorio de plazas reservadas a funcionarios y la contratación temporal de personal laboral de la Xunta de Galicia, LG\2006\78, DOG núm. 48, de 9 de marzo de 2006, pág. 3478.
- ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO, Ley 7/2007, de 12 de abril, RCL 2007\768, BOE nº 89, de 13 de abril de 2007, pág. 16270.
- DECRETO LEGISLATIVO 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba la Ley de Función Pública de Galicia, LG\2008\255, DOG núm. 114, de 13 de noviembre de 2008, pág. 11359.
- V CONVENIO COLECTIVO ÚNICO PARA EL PERSONAL LABORAL DE LA XUNTA DE GALICIA, DOG núm. 213, de 13 de noviembre de 2008.
- LEY 2/2009, de 23 de junio, que modifica el Texto Refundido de la Ley de Función Pública de Galicia, DOG núm. 122, de 24 de junio de 2009, pág. 10894.
- DECISIÓN 2010/51/UE de 19 de enero, por la que se modifica la Decisión de 25 de julio de 2002, de creación de la EPSO.
- REAL DECRETO 868/2010, de 2 de julio, por el que se crea el Observatorio del Empleo Público, BOE núm. 170, de 14 de julio de 2010, pág. 61874.
- LEY 15/2010, de 28 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas, LG\2010\543, DOG núm. 250, de 30 de diciembre de 2010, pág. 21372.

2 comentarios y crónicas

RESUMEN DE LA INTERVENCIÓN: LICITACIONES PÚBLICAS Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Luis Berenguer Fuster

Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia

En el ejercicio de la función de promoción que la Ley 15/2007 de defensa de la competencia reconoce explícitamente a la CNC, se han publicado en los últimos años una serie de Guías de buenas prácticas favorecedoras de la competencia en distintos ámbitos de nuestra economía.

La más reciente es la *Guía de Contratación Pública y Competencia*, publicada en febrero de 2011 y dirigida a los órganos de contratación de las distintas Administraciones con el fin de llamar su atención sobre aquellos elementos del procedimiento de contratación pública que deben ser especialmente valorados por su impacto sobre la competencia, y sobre la existencia de posibles acuerdos anticompetitivos de las empresas licitadoras.

La licitación pública representa en España el 15% del PIB, un porcentaje superior incluso al de sectores tan relevantes como el turismo o la construcción. La falta de competencia en este ámbito es especialmente dañina para los ciudadanos al verse perjudicados doblemente, como contribuyentes y como consumidores. Las estimaciones internacionales sitúan el sobreprecio derivado de la colusión entre empresas licitadoras en un 20%, lo que permite calcular que, en España, cada punto porcentual del volumen de licitaciones que se vea sometido a esta práctica supone un sobrecoste de 300 millones de euros.

La Guía es el resultado de una serie de iniciativas que en el marco sancionador y de promoción de la competencia ha venido tomando la CNC, y anteriormente el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia. Son bien conocidas las distintas Resoluciones sancionadoras por acuerdos entre empresas competidoras en concursos públicos adoptadas en los últimos años; en la actualidad la Dirección de Investigación sigue con interés, de oficio o a través de denuncias, el funcionamiento competitivo de esta actividad, como lo prueban los expedientes sancionadores que hoy en día están abiertos en el sector de la construcción y de la papelería. Más allá de la vigilancia de estas prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, la CNC ha venido analizando el marco legal, estatal y autonómico, que afecta a las licitaciones públicas, para reclamar que las Administraciones no restrinjan innecesariamente en el ejercicio de su facultad normativa la competencia en la contratación pública.

En este sentido, hemos sido especialmente críticos con el Protocolo que en 2007 firmaba el Ministerio de Fomento con representantes del sector para fijar los criterios que se aplicarían en los concursos para las nuevas concesiones de transporte interurbano de viajeros en autobús, al entender introducía numerosas cláusulas que restringían la competencia. A nivel autonómico, la CNC ha impugnado las normas de la Comunidad Autónoma de Valencia y de Andalucía que prorrogaban injustificadamente las concesiones de transporte de viajeros por autobús, eliminando así la competencia por entrar en este mercado.

Por todo ello, la elaboración y publicación de esta *Guía de Contratación Pública y Competencia* es uno de los hitos en la actividad de la CNC desde que inicia su actual etapa con la entrada en vigor de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia.

La Guía tiene dos partes diferenciadas. En la primera, se ocupa de analizar cuáles son las alternativas más favorecedoras de la competencia que ofrece el procedimiento administrativo propio de la contratación pública. En la decisión sobre la celebración o no de un contrato, en la elección del procedimiento de contratación, en el diseño de los pliegos, y en las decisiones que debe adoptar el órgano administrativo durante y después de la licitación, hay posibilidad de optar por alternativas que tienen efectos positivos sobre la competencia.

En la segunda parte, la Guía trata los problemas de la colusión entre empresas licitadoras. Se valoran las características del mercado que favorecen la aparición de estos acuerdos ilícitos entre competidores, y se proporcionan indicadores referidos a la forma en que se presentan las ofertas, a los precios, y a los comportamientos de las empresas que deben poner sobre aviso a los responsables de los órganos contratantes. Ante sospechas de colusión, instamos a que adopten los procedimientos ordinarios de licitación, que se vigile cómo se está llevando a cabo la subcontratación en la obra o servicio licitado, y que se informe a las empresas de las responsabilidades en que pueden incurrir por este falseamiento de la competencia. Ante la constatación de indicios sólidos, hacemos un llamamiento para que se denuncie ante las autoridades de defensa de la competencia.

RESUMEN DE LA INTERVENCIÓN: GUÍA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COMPETENCIA DE LA CNC

Juan Espinosa García

Subdirector de Relaciones con las Administraciones Públicas
Dirección de Promoción de la Competencia de la CNC

El Sr. Juan Espinosa, subdirector de Relaciones con las Administraciones Públicas de la Dirección de Promoción de la Competencia de la CNC, desarrolló el contenido de la *Guía sobre contratación pública y competencia de la CNC*.

Para realizar una correcta aproximación a los objetivos que la CNC persigue con la publicación de esta Guía, hay que partir de que unas adecuadas condiciones de competencia efectiva en los procesos de licitación pública (y, por ende, en los mercados donde la interacción entre oferta y demanda se produce mediante licitaciones públicas) resultan no sólo en mejores precios, sino en una mayor eficacia, calidad e innovación en la prestación de los servicios (en definitiva, en un mayor "value for money", en términos anglosajones).

Las Administraciones Públicas pueden contribuir a mejorar la competencia en estos procesos con las decisiones que adoptan relativas a los procedimientos de licitación, así como en la observación del comportamiento de los participantes en las distintas licitaciones, de cara a detectar indicios de posibles acuerdos restrictivos de la competencia entre ellos.

Teniendo presente lo anterior, se distinguen perfectamente en la Guía dos partes diferenciadas.

La primera parte de la Guía, además de recordar el cumplimiento de la Ley de Contratos del Sector Público en aquellos aspectos de mayor incidencia para la competencia, contiene recomendaciones relativas a las decisiones administrativas que tienen lugar en todas las fases de la licitación, desde la misma decisión de celebrar una licitación hasta la ejecución de la prestación. En todos estos momentos pueden las Administraciones impactar sobre las condiciones de competencia de la licitación.

Así, por ejemplo, en la primera fase de decisión, resulta de gran importancia que no se eludan injustificadamente los procedimientos de contratación pública en la provisión de bienes y servicios, mediante un uso extralimitado de instrumentos como los convenios entre administración y empresas o las encomiendas directas de gestión a medios propios.

Asimismo, la elección del procedimiento de contratación puede condicionar la competencia. La adopción de procedimientos distintos del abierto, sin perjuicio de que se verifiquen las circunstancias habilitantes que en algunos casos prevé la Ley, debe ser el resultado de una valoración cuidadosa de todas las opciones y en todo caso se debe garantizar un número adecuado de licitadores.

Por su parte, el diseño de los pliegos de contratación no debe incluir elementos que restrinjan la competencia, tanto en el acceso a la licitación como en la valoración de las ofertas. Elementos como una exigencia desproporcionada de solvencia o requisitos técnicos en relación con el objeto del contrato, de formas jurídicas determinadas, o la presencia de discriminaciones territoriales limitan indebidamente el acceso a operadores plenamente capaces de desarrollar la prestación. De la misma manera, a la hora de establecer los criterios de adjudicación se debe garantizar la igualdad de trato entre licitadores, sin primar a los actuales operadores frente a los potenciales, por ejemplo mediante valoraciones de experiencia, del cumplimiento satisfactorio de otros contratos, o derechos de preferencia o tanteo en caso de similitud de ofertas. También deben ponderarse adecuadamente los distintos elementos de puntuación (los más importantes deben ser los más significativos desde el punto de vista del precio y de la calidad de la prestación), y permitirse que la competencia de los elementos cuantificables como el precio no se limite mediante el establecimiento de límites conocidos previamente por los operadores.

La duración de los contratos es otro elemento que afecta a la competencia por la licitación, ya que duraciones desproporcionadas en atención al plazo de amortización de las inversiones necesarias, o bien prórrogas de la duración original, cierran de plano la posibilidad de acceder al contrato, en perjuicio de la propia Administración.

A lo largo de la tramitación de las licitaciones, los órganos de contratación también pueden promover la competencia, en particular facilitando la información que sea relevante para que los operadores puedan realizar adecuadamente sus ofertas, y utilizando todos los mecanismos de publicidad que estén a su disposición, incluidos los electrónicos.

Finalmente, en la fase de ejecución, las Administraciones tienen que ser particularmente cuidadosas en no realizar modificaciones sobrevenidas de los contratos en atención a causas que no resulten verdaderamente imprevisibles, y en todo caso analizar la frecuencia con que recurren a este instrumento, que debería ser la excepción y no la norma. De la misma manera, deben atender a la estructura del mercado para determinar los límites mínimos y máximos de subcontratación.

La segunda parte de la Guía comienza por identificar las características del mercado que facilitan la colusión (si bien su presencia no supone condición suficiente ni necesaria para que ésta exista). Así, mercados de productos homogéneos, relativamente transparentes, cuya oferta presenta un número reducido de empresas y un tamaño más o menos similar entre ellas, que son estables en cuanto al número de operadores, y en los que existen frecuentes licitaciones en las que toman parte empresas que se relacionan frecuentemente entre sí, incluso mediante vínculos estructurales, son más proclives a sufrir este tipo de prácticas.

Esta parte de la Guía también aborda las distintas técnicas que utilizan comúnmente los operadores que participan en colusiones para licitaciones públicas. Las principales finalidades de esta colusión son el reparto de mercados y la relajación de la competencia en precios. Así, el mecanismo de "aparición de concurrencia" puede consistir en la presentación de posturas encubiertas a la Administración (sin ninguna posibilidad de ganar), o bien en una retirada de la oferta a posteriori. Mediante estas técnicas se asegura una rotación del ganador, que luego compensará a los miembros bien directamente (mediante la subcontratación o pagos directos) o bien indirectamente (simplemente dejando de presentarse a otras licitaciones).

La Guía también facilita una serie de indicadores para detectar posibles colusiones entre licitadores, tanto en las ofertas (número inferior al habitual, retiradas inesperadas), como en los precios (subidas sin justificación objetiva, bajas drásticas cuando un licitador no habitual entra en escena), o incluso en el comportamiento de los licitadores en sus relaciones con los órganos de contratación.

Finalmente, la Guía también explica qué deben hacer funcionarios y responsables de la tramitación de estos procedimientos ante sospechas previas de que en las licitaciones que vienen desarrollando están siendo víctimas de colusión entre operadores, de manera que se pueda desincentivar dicha colusión y, de considerarse que e está sucediendo en alguna licitación concreta, adopten determinadas cautelas de cara a poner el caso en conocimiento de las autoridades de competencia.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTIÓN DE LAS AGUAS: SUS PRINCIPIOS INSPIRADORES Y SU MANIFESTACIÓN EN LA NUEVA LEY DE AGUAS DE GALICIA *

Juan Carlos Argüello Fernández

Subdirector General de Gestión
del Dominio Público Hidráulico de *Aguas de Galicia*

Resumen: *Se analiza el régimen jurídico de las aguas en el ordenamiento jurídico español y los principios que inspiran su administración y gestión. Se concreta el momento histórico en que estos principios fueron creados y asumidos por nuestro ordenamiento jurídico y se perfilan todos ellos haciendo especial referencia al de publicación de las aguas, gestión integral de cuenca y unidad de ciclo hidrológico. Así mismo, se describe el proceso de planificación hidrológica como el principal instrumento de desarrollo y ordenación racional y sostenible de la política del agua en nuestro país. Por último se analiza cómo todos estos principios son asumidos y superados por la nueva Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de Aguas de Galicia.*

Palabras clave: *Agua, bien público, gestión integral, participación de los usuarios, medio ambiente, costes, Galicia.*

Abstract: *This article analyzes the status of water within the Spanish legal system and the principles that guide its administration and management and identifies the point in time in which these principles were created and assumed by our legal system. These principles are outlined, paying special attention to the nationalization of water, basin integrated management, and hydrological cycle unit. In addition, the process of hydrological planning is described as the main instrument of development and rational and sustainable regulation of water policy in our country. Lastly, an analysis is made of how the Aguas de Galicia new 9/2010, November 4 Act, assumes and improves upon these principles.*

Keywords: *water, public good, integrated management, user participation, environment, costs, Galicia.*

Durante mucho tiempo el agua fue considerada un bien inagotable. El hombre adaptaba su existencia a las disponibilidades de este recurso, bien asentándose en lugares que contaban con agua de calidad, bien adaptando su forma de vida a las disponibilidades hídricas de los territorios. Se pensaba que el agua corría libremente como la luz del sol o el aire. Era lo que los viejos

* Texto de la conferencia impartida por el autor en la «Jornada sobre la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia», celebrada en la *Escola Galega de Administración Pública* el 13 de abril de 2011, en Santiago de Compostela.

libros de economía denominaban un caso de bien «no económico»: algo que no es de nadie y cualquiera puede apropiarse o aprovechar.

Para el Derecho romano el agua se encontraba dentro de la categoría de las *res communes omnium*, una cosa del común que podía ser disfrutada por todos, pues a todos pertenecía; si bien las aguas de los ríos navegables fueron objeto de especial protección: según Ulpiano, en ellas se prohibía a los particulares la construcción de estructuras que dificultasen o impidiesen la navegación.

En términos generales, esta doble calificación de las aguas del Derecho romano se mantiene en la Europa continental hasta bien entrado el siglo XIX. El Código Civil napoleónico declaró únicamente como bienes de dominio público los ríos navegables.

En el Derecho español podemos afirmar, siguiendo al profesor García Rubio¹, que se mantuvo largo tiempo este sistema con origen en el Derecho romano. Así, las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio permiten a cualquier particular, y principalmente a los dueños de terrenos ribereños, la apropiación de las aguas, con la excepción de las propias de los ríos navegables y flotables. No obstante, en aquellos territorios peninsulares donde el agua era más apreciada, ya fuera por su menor abundancia o porque su uso tuviera una mayor importancia en las actividades económicas, se estableció una cierta intervención de las autoridades que limitaba los derechos y expectativas de los propietarios ribereños de las corrientes de agua. Es el caso de Valencia, donde distintos cuerpos normativos establecieron desde antiguo el dominio público tanto de los ríos navegables como de los no navegables y de todas las aguas que tuvieran perenne y continuo curso aunque nacieran en terreno de dominio particular; siendo únicamente de dominio privado aquellas aguas que «teniendo origen en territorio de privado dominio, por su corta cantidad o por su perenne, no pueden emplearse en utilidad pública».

Hasta el siglo XIX, por lo tanto, conviven en España dos tradiciones hidráulicas: la de raíz romana, para la que el agua es sobre todo un bien del común, y la levantina, que supone una temprana consideración del agua como bien público.

Es entonces, hacia mediados del siglo XIX, cuando el advenimiento de la civilización industrial multiplica la población y rompe con la tradicional adaptación, mal que bien, del hombre a las disponibilidades de agua, dando lugar

¹ GARCÍA RUBIO, F.: *Régimen jurídico de la gestión del agua*. Madrid, La Ley y el Consultor, 2010. Págs. 55 y ss.

a unas demandas hasta entonces sin precedentes y originando una sensación de escasez. El abastecimiento de la población y de sus actividades económicas dependía cada vez más de complejas operaciones de captación, bombeo, conducción y potabilización. El agua se convirtió, pues, en un bien «económico», objeto de «producción» y de consumo.

En este contexto histórico y social se produce el fenómeno jurídico y económico de la publicación del agua. En nuestro Derecho, la Real Orden de 24 de mayo de 1853 es la primera norma jurídica que, expresamente, califica las aguas de los ríos y sus cauces como dominio público. En esencia, la calificación como dominio público del agua supone su exclusión del tráfico ordinario del Derecho privado para ser gestionada en régimen de Derecho público, reservándose el Estado su titularidad. Esta titularidad del agua por el Estado puede derivar (y de hecho deriva) en el otorgamiento discrecional por la Administración responsable del recurso de unos derechos temporales de aprovechamiento a aquellos particulares interesados, mediante el pago de un canon.

Después de la citada Real Orden de 1853, las leyes de 1866 y de 1879 declararon públicas las aguas que nacían continua y discontinuamente en terrenos de dominio público, las de los ríos y las continuas o discontinuas de manantiales y arroyos mientras discurrieran por sus cauces naturales. Esta última ley de 1879, que se ocupaba tan solo de las aguas continentales y no de las marítimas como la de 1866, determinó la condición de dominio público de las aguas superficiales y consideró a las subterráneas de titularidad privada. Tal regulación estuvo vigente, como es bien sabido, durante más de cien años, hasta la actual Ley de Aguas en su versión originaria de 1985.

En palabras del profesor Ariño Ortiz², si en algo ha sido España un ejemplo estudiado e imitado por numerosas legislaciones extranjeras, ha sido en materia de aguas, en gran parte gracias a leyes como esta de 1866-1879, que en su momento constituyó «un verdadero monumento jurídico».

La ley de 1879, decíamos, contempló la posibilidad de apropiación del agua por los particulares. Estas «aguas privadas» podían ser de dos tipos: las pluviales y las de manantiales y arroyos; y las subterráneas. Sobre las primeras, los propietarios de los fundos por los que discurrían podían hacer obras de embalse, almacenamiento o conducción de las mismas dentro de sus propiedades. Las subterráneas pertenecían siempre «en plena propiedad» a quienes las alumbraban, tanto si era en terreno propio como en terrenos públicos. No se

² ARIÑO ORTIZ, G. y SASTRE BECEIRO, M.: *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España*. Granada, Ed. Comares, 1999. Pág. 2.

admitía, sin embargo, el alumbramiento de aguas sobre fundo ajeno sin permiso del propietario de éste.

Durante el largo período de vigencia de la Ley de 1879 se produjeron, además, dos hitos importantes en nuestro Derecho de aguas: En 1924, mediante decreto-ley, se atribuye definitivamente a los municipios la competencia del suministro de aguas a la población; y, por otro lado, en 1926 se crean las Confederaciones Hidrográficas, las primeras instituciones que existieron en el mundo con el objetivo de gestionar toda una cuenca fluvial de manera unitaria. Con ellas surge, pues, en nuestro Derecho otro principio informador de la gestión del agua: la unidad de cuenca como unidad de gestión del recurso. Y surge mucho antes de que el Consejo de Europa adoptara en 1967 la Carta Europea del Agua, cuyo artículo 11 dispone que la administración de los recursos hídricos ha de basarse en las cuencas naturales más que en las fronteras políticas y administrativas y de que este criterio fuera asumido por la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, conocida como Directiva Marco de Aguas.

Sobre este aspecto de unidad y gestión integral de cuenca se fundamenta el reparto de competencias en materia de gestión del agua entre el Estado y las Comunidades Autónomas que diseña la Constitución española de 1978. Así, su artículo 149.1.22ª determina que «el Estado tiene competencia exclusiva sobre [...] la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma». La competencia, pues, sobre los recursos hidráulicos se distribuye según discurran las aguas de una determinada cuenca hidrográfica por el territorio de una sola Comunidad Autónoma o por el de varias. En el primer caso, la competencia será ejercida por la Administración autonómica correspondiente y en el segundo por la propia Administración General del Estado mediante el Organismo de cuenca respectivo.

Otra cosa que previó la Constitución de 1978, en su artículo 132, fue la de remitir a una ley posterior la regulación de los bienes de dominio público, así como la determinación de cuáles de estos bienes serían de titularidad estatal.

En parte como consecuencia de este mandato constitucional, se promulga la Ley de Aguas de 1985 que arrumba definitivamente la ley de 1879, hace desaparecer el concepto de «aguas privadas» en que se basaba en buena parte esta última, como ya se ha señalado con anterioridad, y establece como principio cardinal el de la publificación de todas las aguas, consagrando la indiscutible «unidad del ciclo hidrológico». Esta nueva formulación legal del régimen jurídico de las aguas fue consecuencia de los trabajos de las agencias

especializadas y de los organismos internacionales, así como de las opiniones de reputados expertos en materia hidráulica, para quienes las aguas subterráneas y las aguas superficiales son, en el fondo, las mismas aguas, por lo que se impone su explotación racional y coordinada. La ley de 1879 desconocía esta realidad unitaria del agua y establecía un régimen jurídico y un sistema de competencias para su ordenación y gestión completamente distinto en uno y otro caso. Con ello, no facilitaba el aprovechamiento racional de nuestros recursos hidráulicos y tampoco garantizaba, de hecho, a los usuarios la pervivencia de sus caudales.

Así pues, desde 1985 «las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico». Esta afirmación era recogida en el artículo 1º de la Ley de Aguas de 1985 y hoy aparece también en el actual texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que, en grandísima parte, continúa e integra aquella ley.

El agua en nuestro ordenamiento jurídico se configura, por lo tanto, como un recurso unitario. Todo él es único y forma parte de un ciclo natural común. Las aguas pluviales y los manantiales, las superficiales y las subterráneas, las continuas o discontinuas, las renovables o las de muy lenta renovación, todas forman una única realidad. Es, además, un recurso de dominio público estatal, con lo que se señala expresamente que la titularidad de todas las aguas corresponde al Estado, a quien le compete en última instancia la planificación de la actividad económica general y que, además del Plan Hidrológico en sí mismo, alcanzará a otros planes nacionales como los energéticos, de obras públicas, de regadíos o de minería, todos los cuales afectan directamente a las aguas.

Y es que, después del principio de respeto a la unidad del ciclo hidrológico en la gestión de las aguas, el segundo elemento esencial que introdujo la Ley de Aguas de 1985 en el sistema de administración del agua en España fue el criterio de la planificación hidrológica.

La planificación hidrológica es el instrumento de desarrollo de la política del agua mediante la ordenación de sus distintos usos, y la protección de la calidad y la gestión racional y sostenible del recurso, que condiciona toda autorización, concesión o infraestructura hidráulica futura que se solicite. Sus objetivos son: conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico, la satisfacción de las demandas de agua, y el equilibrio y armonización del

desarrollo regional y sectorial incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales.

El ámbito geográfico de la planificación hidrológica es, como resulta bien sabido, la cuenca hidrográfica, si bien desde la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva Marco del Agua (cuyo contenido se ha incorporado al texto refundido de la Ley de Aguas en virtud de la modificación operada por el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre) se han superpuesto a este ámbito geográfico de las aguas continentales –tanto superficiales como subterráneas–, las aguas marinas, costeras y de transición, que determinan un nuevo espacio geográfico comprensivo de todas ellas (denominado Demarcación Hidrográfica) y que debe ser objeto de ordenación y protección por el Plan Hidrológico de cuenca correspondiente.

La planificación hidrológica se realiza mediante los Planes Hidrológicos de cuenca y el Plan Hidrológico Nacional. Los Planes Hidrológicos de cuenca son aprobados por el Gobierno mediante Real Decreto, mientras que el Plan Hidrológico Nacional, a cuyas determinaciones deben en puridad someterse los planes de cuenca, es objeto de tramitación parlamentaria como ley ordinaria.

Bien, hasta aquí se ha pretendido describir el régimen jurídico de las aguas en nuestro ordenamiento jurídico y los principios que inspiran su administración y gestión. Se ha ido concretando cómo todas las aguas integrantes del ciclo hidrológico fueron declaradas públicas o, en palabras de la ley, bienes de dominio público hidráulico. Se han perfilado los principios de gestión por unidad de cuenca y de ciclo hidrológico y, por último, se ha descrito el proceso de planificación hidrológica como el principal instrumento de desarrollo y ordenación racional y sostenible de la política del agua en nuestro país. Todos estos principios son asumidos con posterioridad por la Directiva Marco del Agua, lo que dice mucho de la larga tradición y experiencia de nuestro Derecho en esta materia. El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la bondad y conformidad de estos principios con la Constitución en algunas ocasiones: la principal en su sentencia de 29 de noviembre de 1988, a raíz de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, y las más recientes en las sentencias de 16 y 17 de marzo de 2011, en las que declara inconstitucionales por atentar contra el principio de unidad de cuenca los preceptos de los nuevos Estatutos de Autonomía de Andalucía y Castilla y León por los que éstas Comunidades Autónomas se arrogaban competencias exclusivas sobre las aguas del Guadalquivir y del Duero que discurrieran por su territorio.

Pero nos faltan aún principios importantes de gestión por señalar en esta

relación. Uno de ellos, el de unidad de gestión de las aguas. La Ley de Aguas de 1985 (y en esta razón la sigue de forma inalterada el actual texto refundido de la Ley de Aguas de 2001) proclamó el principio de unidad de gestión referido, en todo caso, al de unidad de cuenca, pues al frente de cada una de estas cuencas se establecen, con la denominación de Confederaciones Hidrográficas, los «Organismos de cuenca» que unifican y reúnen conjuntamente las competencias de las antiguas Confederaciones y Comisarías de aguas, bajo la dependencia, hoy, del Ministerio de Medio Ambiente. En esta autoridad única se integran representantes de aquellas Comunidades Autónomas con territorios que formen parte total o parcialmente de una cuenca hidrográfica, así como los usuarios con diversos intereses en la utilización del agua. A estos últimos les corresponderá, en todo caso, al menos un tercio de los miembros de las Juntas de Gobierno, órgano colegiado de gobierno de las citadas Confederaciones Hidrográficas.

También el actual texto refundido de la Ley de Aguas obliga a las Administraciones Hidráulicas de las Comunidades Autónomas, en los casos en que ejerzan competencias sobre el dominio público hidráulico en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio, a ajustar el régimen jurídico de su organización a este mismo principio de unidad de gestión y al de participación de los distintos usuarios de la cuenca.

La presencia de los usuarios en los órganos de gobierno y de gestión de los «Organismos de cuenca» y demás Administraciones hidráulicas de ámbito autonómico las libera de una excesiva presencia burocrática y las dota de cierta representación social y legitimidad en cuanto a la formulación de los Planes Hidrológicos de cuenca y en materia de gestión de las aguas, fundamentalmente en la ordenación y armonización de los distintos aprovechamientos y usos del recurso en toda la cuenca, así como en el desarrollo de actividades encaminadas a una más racional utilización del agua, control de vertidos y consecución de objetivos de calidad ambiental de la cuenca.

Pongamos un ejemplo en negativo que nos haga ver cómo la falta de participación de los distintos usuarios en la gestión del recurso, en una determinada cuenca, conduce al desastre ambiental. Tomamos el ejemplo del libro de Julian Caldecott «*Water. Life in Every Drop*», recientemente publicado en España³. Caldecott nos relata una de las mayores catástrofes ecológicas del siglo XX, que tuvo lugar precisamente en un lago por culpa de una concepción de la

³ CALDECOTT, J.: *Agua. Ecología de una crisis global*. Barcelona, Los Libros del Lince, 2011. Págs. 144 y ss.

gestión del agua de carácter estrictamente burocrático y vertical: el gobierno de la antigua Unión Soviética fue el causante de lo que el propio Caldecott denomina «la muerte del mar de Aral». Este mar tenía una superficie de unos 67.000 kilómetros cuadrados y en su día, hace poco más de cincuenta años, fue considerado el cuarto lago más grande del mundo: contenía unos 1.000 kilómetros cúbicos de agua dulce, poseía cantidades enormes de peces y acogía activas líneas de viajeros y comercio entre sus puertos. En un momento dado, se decide desviar los dos ríos que alimentaban al mar de Aral: el Sir Daria en el noreste (en lo que hoy es Kazajstán) y el Amu Daria en el Sur (hoy Uzbekistán y Turkmenistán). Se trataba de regar una enorme zona de desierto para el cultivo, sobre todo, de algodón.

Hacia 1960 cada año se realizaba el trasvase de 50 km³ de agua desde el mar de Aral. Posteriormente, se incrementó el ritmo, hasta que el nivel del lago disminuyó un promedio de 80 a 90 cm anuales en los años ochenta. El mar de Aral perdió más de la mitad de su superficie y aproximadamente las dos terceras partes de su volumen, al tiempo que aumentaba de manera considerable su salinidad a consecuencia de la evaporización.

Las consecuencias que sufrieron las personas que residían alrededor del mar de Aral y se dedicaban a la agricultura, la pesca o al negocio del transporte en barca fueron desastrosas. Muchos tuvieron que emigrar y la actividad económica de la zona se deprimió.

Probablemente (y esto ya no lo dice Caldecott) si el proceso de toma de decisiones hubiese sido otro, si en los órganos de gestión se hubiese integrado y se hubiese escuchado a los usuarios del agua de toda la cuenca (no sólo algodoneiros, sino también otros agricultores, pescadores, industriales relacionados con la pesca, etc.) nunca se hubiera producido este desastre tan brutal. El agua en este ejemplo exagerado, pero real, fue únicamente valorada como un factor de producción de un único producto y no se tuvieron en cuenta otras consideraciones: no importaron las necesidades de otros usuarios de esa misma cuenca ni la degradación ambiental que ese desvío provocaba y que, en último término, repercutiría sobre los habitantes de determinadas comarcas de esa misma cuenca. Tal consideración que, en definitiva, es el fundamento de los principios de los que hemos venido hablando hasta aquí, hubiera evitado, sin duda, el espectáculo de ver hoy reducido a menos de su cuarta parte al que hace apenas 40 años era el cuarto mayor lago del mundo, el tercero de agua dulce. (Además, Turkmenistán y Uzbekistán son los dos primeros países del mundo en consumo de agua *per cápita*, lo que no dice mucho sobre la eficiencia en su utilización.)

Volvamos a nuestra realidad. Todos estos principios rectores de los que hasta aquí se ha venido hablando, cristalizan en el artículo 14 del actual texto refundido de la Ley de Aguas, que literalmente dice:

«El ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios:

- 1º Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios.
- 2º Respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico.
- 3º Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza.»

Ya hemos dicho anteriormente que todas las Administraciones hidráulicas, tanto las dependientes del Estado como las de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus Estatutos competencias en materia de aguas, deben ajustar su actuación a estos principios del artículo 14.

Sobre el aspecto de compatibilizar la gestión del agua con los usos del suelo, poco que decir: no puede haber suelo urbano sin la garantía de los servicios de suministro de agua y su evacuación como elementos básicos de tal urbanización. «Que no se puede urbanizar sin agua es tan evidente como que no se puede urbanizar sin suelo», ha señalado algún autor. En una de las últimas modificaciones de la Ley de Aguas (por Ley 11/2005) se incluyó la exigencia de que en el informe que los Organismos de cuenca han de emitir sobre los planes de ordenación territorial y urbanística se deben pronunciar sobre la existencia o no de recursos suficientes para satisfacer las nuevas demandas derivadas de aquellos⁴.

Por lo que respecta a la compatibilización de la gestión del agua con la conservación y protección del medio ambiente, cabe decir que en este trascendental aspecto tiene especial importancia la Directiva Marco del Agua (DMA), la norma del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea del año 2000, que en España fue traspuesta al ámbito legislativo estatal a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la cual modificó el texto refundido de la Ley de Aguas. La

⁴ Art. 25.4 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, de acuerdo con la redacción dada por el núm. 3 de la disposición final primera de la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley del Plan Hidrológico Nacional.

DMA establece un marco para la protección de las aguas que incide de forma muy importante sobre sus aspectos ambientales, de tal manera que queden garantizados:

- el suministro seguro de agua potable,
- la protección y el mantenimiento del buen estado ecológico de las aguas,
- la minimización de los efectos de las inundaciones y sequías.

La DMA no tiene por objeto una nueva regulación general del dominio público hidráulico, ni la regulación de los usos del agua ni de su régimen concesional, ni regula los registros públicos ni el régimen de policía de las aguas ni la organización de las distintas Administraciones hidráulicas, ni el régimen de ayudas ni el económico-financiero (aunque establece principios que le afectan), cuestiones todas estas abordadas en la legislación de aguas española. La DMA es un texto básico que incide fundamentalmente sobre los aspectos ambientales de las aguas, y solo de forma tangencial sobre otros aspectos de la regulación del agua. La DMA es una definición de objetivos ambientales referidos a la calidad de las aguas que deben ser alcanzados, con carácter general, a finales de 2015.

En este contexto surge la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de Aguas de Galicia. Una ley que pretende dar respuesta a las propias características de nuestra Comunidad Autónoma en materia de aguas y obras hidráulicas y que determina instrumentos y criterios para afianzar una política de aguas conforme con los principios rectores definidos en el texto refundido de la Ley de Aguas estatal y que responda a los principios de derecho comunitario vinculantes para los Estados miembros de la UE.

Así, manifestación del principio de unidad de gestión supone la creación de la agencia *Aguas de Galicia*, único ente con competencias en materia de aguas y que viene a refundir en una sola entidad las dos que vienen funcionando actualmente: el organismo autónomo *Aguas de Galicia* y la Empresa Pública de Obras y Servicios Hidráulicos. Se evitará así una disfunción organizativa que llevaba a una indefinición de atribuciones o a una equívoca distribución de las mismas, lo que, en cierta forma, ha afectado a la eficacia de ambos entes. La nueva entidad *Aguas de Galicia* pasará a ser la Administración hidráulica única de la Comunidad Autónoma en las cuencas internas, en las que Galicia ejerce plenas competencias de administración, control y gestión del dominio público hidráulico. En las cuencas intercomunitarias, la Administración hidráulica de Galicia participará en representación de la Comunidad Autónoma en la forma

que se prevé en la propia Ley estatal de aguas.

Galicia es una Comunidad Autónoma que tiene diferentes grados de competencia en materia de aguas en distintas partes de su territorio. El artículo 27.12 de su Estatuto de Autonomía dispone la competencia exclusiva sobre aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.22ª de la Constitución. La gestión y administración del agua y las obras hidráulicas que no sean de interés general del Estado son la materia sobre la que la Administración hidráulica de Galicia ejerce sus competencias en las cuencas internas; pero sus competencias no se agotan en sus propias cuencas sino que alcanzan también a las cuencas intercomunitarias con parte de su asentamiento territorial en Galicia y que son administradas por el Estado. Aquí, las competencias de la Administración hidráulica de Galicia se corresponden con la participación en los Organismos de cuenca estatales en la adopción de decisiones y con las obras hidráulicas de interés autonómico.

La Ley es respetuosa, pues, con el principio de unidad de cuenca como territorio sobre el que gestionar las aguas de una manera integral y así lo recoge expresamente en su artículo 3. En este precepto se relacionan también otros criterios de actuación en la gestión de las aguas que van más allá de los recogidos en el texto refundido de la Ley de Aguas. Así, establece como objetivos medioambientales en materia de aguas el de alcanzar un uso racional del recurso (lo que se fundamenta directamente en el art. 45 de la Constitución española), pero de acuerdo con el principio de prudencia, principio que se invoca directamente desde el art. 174 del Tratado de constitución de la Comunidad Europea. Y no es esta la única vez en que desde la Ley de Aguas de Galicia se invocan principios que tienen su origen directamente en el Derecho comunitario y que se pretende sean de aplicación en la Comunidad Autónoma. Así se habla de una utilización sostenible del agua y del principio de recuperación del coste «de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales», para alcanzar la suficiencia financiera del sistema en el marco de un precio accesible. Pero este principio, tomado del art. 9 de la DMA no se adopta de manera que se requiera su íntegra recuperación sino que admite modulaciones. De hecho, de la lectura de la ley se concluye que debe entenderse como un principio inspirador para la implantación de medidas que lleven a un uso más eficiente del recurso porque la lógica impone que unos precios adecuados implican un uso más eficiente, lo que supone un menor consumo y, consecuentemente, mejores condiciones ambientales. Sin embargo, la ley es

sensible con la realidad de la sociedad gallega y reconoce sus dificultades. Por ejemplo, excluye del pago del canon del agua a los usos agrícolas, forestales y ganaderos; o determina un volumen de consumo mínimo que esta exonerado del pago de dicho canon: 6.000 litros mensuales por vivienda.

Otro aspecto significativo de la Ley de Aguas de Galicia es que reitera y complementa los principios medioambientales inspiradores de la DMA, los cuales, aunque fueron objeto de trasposición al ordenamiento español en la Ley de Aguas estatal, son nuevamente recogidos, reiterados y reformulados desde una mayor profundización. Así se habla de: «Reducir progresivamente la contaminación procedente de los vertidos o usos que perjudiquen la calidad de las aguas en la fase superficial o subterránea del ciclo hidrológico»; o de «compatibilizar la gestión de los recursos naturales con la salvaguarda de la calidad de las masas de agua y de los ecosistemas acuáticos.»

Mención especial en este aspecto de preservación de la calidad de las masas de agua merece el Título VI dedicado a las rías de Galicia. Se ponen al día los objetivos de calidad para estas aguas y los valores límite de emisión de acuerdo con la más reciente normativa europea y estatal: la Directiva 2008/105/CE, relativa a las normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas; o la Ley 42/2007, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad.

Por último, la ley se compromete dentro de las políticas de abastecimiento, saneamiento y depuración a suministrar aguas en cantidad y calidad adecuadas a todos los núcleos de población legalmente constituidos en el marco de la Planificación Hidrológica, así como a contribuir a la consecución del buen estado ecológico de las aguas y de sus ecosistemas asociados mediante el cumplimiento de los objetivos que fije la legislación.

Estas obligaciones generales para la Administración hidráulica de Galicia y para las entidades locales se complementan con una relación de derechos de los usuarios de agua de uso urbano y que se corresponden con las obligaciones propias de la prestación de un servicio público: obtener el servicio en condiciones de garantía y regularidad conforme a los parámetros de calidad establecidos, conocer las tarifas establecidas, acceder a toda la información disponible en materia de agua y, en particular, la referida al estado de las masas de agua de superficie o subterráneas, en los términos previstos en la normativa reguladora del acceso a la información en materia de medio ambiente...

Hemos empezado hablando del agua como un bien «libre» desde una perspectiva económica y acabamos hablando de derechos en su consumo. ¡Cómo han cambiado las circunstancias! Precisamente, uno de los aspectos más importantes sobre los que se centra el debate sobre el agua en la actualidad es

el del derecho al agua de calidad en cantidad suficiente. Y es que la preocupación por el agua es creciente porque el recurso está amenazado a nivel mundial por distintas amenazas: la superpoblación, la contaminación, el cambio climático... Tanto es así que, recientemente, por resolución de 28 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha declarado «el derecho al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos».

La Ley de Aguas de Galicia es una norma hija de su tiempo, que se preocupa por los aspectos medioambientales y de calidad de las aguas, y que al mismo tiempo reconoce que aún queda trabajo por hacer para dar satisfacción a sus ciudadanos en sus necesidades de abastecimiento y de depuración y que se propone cubrirlas respetando la sostenibilidad del sistema. Pero la Administración no lo podrá todo; sin duda necesitará la colaboración de los usuarios del agua y de los especialistas y profesionales en la materia para que, con su experiencia y su capacidad técnica, podamos seguir preservando el recurso.

EGAP 2.0: ENTORNO COLABORATIVO PARA LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE GALICIA

Carmen Voces López*

Unidad de Investigación, Evaluación y Calidad
Escuela Gallega de Administración Pública (Xunta de Galicia)
e-correo: carmen.voces.lopez@xunta.es
web: <http://egap.xunta.es>

Resumen: *En el año 2001 Tim O'Reilly acuña el concepto de Web 2.0 para designar la evolución de Internet hacia mayores niveles de interactividad con un funcionamiento cada vez más sencillo e intuitivo (Landeta, 2008). De manera más concreta, Antonio (2007) la define como "la Red convertida en un espacio social, con cabida para todos los agentes sociales, capaz de dar soporte a y formar parte de una verdadera sociedad de la información, la comunicación y/o el conocimiento".*

En este nuevo marco de acción, la Escola Galega de Administración Pública (EGAP) asume con convicción y entusiasmos la tarea de confeccionar una Web colaborativa, la EGAP 2.0, que permita a sus usuarios acceder y participar en la creación de un conocimiento ilimitado. EGAP 2.0 se conceptualiza como un nuevo portal construido sobre los principios de renovación, credibilidad, aprendizaje, colaboración y actualización. Un espacio en el que se volcarán todos los recursos de formación impartidos en la Escuela (EGAP TV, pdf, scorm, ...) y con el que se pretende (a) fomentar la transmisión y generación del aprendizaje formal e informal entre los empleados públicos, (b) poner a disposición de la sociedad todo el acervo y bagaje cultural acumulado por la Escuela en el desarrollo de su actividad, (c) familiarizar a los usuarios en el manejo de las herramientas web 2.0, (d) fomentar la creación de canales de comunicación y el intercambio de información y (e) convertir a la EGAP en una lugar de referencia para la búsqueda de formación e información.

Como organismo de la Administración Pública, la EGAP quiere apoyar el papel fundamental que se le ha atribuido en el desarrollo de la Sociedad de la Información, evolucionando hacia la completa Administración Electrónica y actuando como ejemplo a la hora de mostrar las posibilidades que ofrece la tecnología al objeto de incrementar la eficiencia, reducir los costes y mejorar la prestación de los servicios.

Palabras clave: *Web 2.0, e-learning 2.0, comunidades virtuales, conectivismo, lifelong*

* Licenciada en Psicología por la Universidad de Santiago de Compostela (2000) y doctora en Psicología (Área de Metodología) por la misma universidad (2005).

Ha participado en diversos proyectos de investigación (I+D) de ámbito nacional y autonómico. Además es autora e coautora de diversos artículos, capítulos de libro y ponencias nacionales e internacionales sobre temas sociales (fecundidad, capital social, clases sociales, ...) y calidad del servicio, satisfacción y lealtad de los consumidores y usuarios. Es profesora-tutora de la UNED en materias de estadística y ha intervenido en calidad de docente en cursos de postgrado y cursos de directivos sobre comportamiento del consumidor e investigación social. En la actualidad es investigadora de la Escuela Gallega de Administración Pública donde trabaja en la implantación del Sistema de Gestión de Calidad EFQM y en el desarrollo de la EGAP 2.0.

learning, entornos personales de aprendizaje, Administración pública.

Abstract: *In 2001, Tim O'Reilly coined the term 'Web 2.0' to refer to the evolution of the Internet towards a new combination of a higher level of interactivity with an increasingly simple and intuitive way of working (Landeta, 2008). More specifically, Antonio (2007) has defined Web 2.0 as 'the World Wide Web turned into a social space, open to all social agents and able to provide the foundation for, and become part and parcel of, a true information, communication and / or knowledge society.'*

In this new scenery, the 'Escola Galega de Administración Pública' (EGAP) [Galician School of Public Administration] has eagerly assumed the task of building a collaborative Web (EGAP 2.0) that will provide to their users the ability to access to, and participate in the creation of, knowledge without predetermined limitations. EGAP 2.0 is conceptualized as a new portal inspired by the principles of credibility, learning, collaboration and continuous updating and renewal. It will become a container for all the learning resources of the EGAP (EGAP TV, pdf, scorm...) and it is intended to pursue several complementary objectives, namely: a) fostering the generation and transmission of formal and informal learning among civil servants, b) making available to the public the cultural heap that the EGAP has accumulated as a result of all its activities, c) introducing users to the handling of Web 2.0 tools, d) promoting the creation of communication channels and encouraging information exchange, and e) turning the EGAP into a reference site for searching both formation and information.

As a Public Administration agency, EGAP aims to fulfill the role that has been assigned to it in the development of information society, moving towards a genuine e-Administration and acting as an example of how technology opens new possibilities to increase the efficiency, reduce the costs and improve the standards of public services.

Keywords: *web 2.0, e-learning 2.0, online communities, connectivism, lifelong learning, personal learning environments, public administration.'*

Índice: *1. Introducción. 2. ¿Qué es la web 2.0?. 3. E-learning 2.0. 4. La EGAP 2.0. 5. Referencias bibliográficas*

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, nos encontramos inmersos en el que se conoce como *sociedad de la información*. Cualquier persona, desde cualquier lugar, puede tener acceso a toda la información que necesite, sin mas necesidad que la de contar con una conexión a Internet. Además, yendo un poco más lejos, el concepto de "acceso multidispositivo" acentuó esta situación, ya que en la actualidad no es necesario contar con un ordenador; el acceso a Internet desde el móvil, PDA y otros dispositivos es cada vez más frecuente, por lo que podemos hablar de un acceso inmediato a la información.

Este hecho está provocando un cambio en los roles tradicionales del proceso de enseñanza-aprendizaje. Los alumnos del siglo XXI cuentan con toda la información que consideren necesaria, lo que diluye los límites entre la figura del docente experto, que posee todo el conocimiento, y el alumno que no lo tiene.

El modelo docente-discente tradicional, con el que, en mayor o menor medida, todos nos encontramos a lo largo de nuestras etapas educativas, tiene su origen en la era industrial, que se caracterizaba por una creciente concentración de personas en las zonas urbanas, necesitadas de unos determinados conocimientos mínimos para poder desarrollarse en el entorno económico, social y político surgido en torno a la industria. En este entorno, el objetivo prioritario era el de educar en esos conocimientos al mayor número de personas, con una cantidad de recursos personales, materiales, etc. muy limitada. Es por este motivo, por el que se instauró un modelo educativo basado en aulas, donde un solo profesor era el encargado de formar un gran número de alumnos. Este es el modelo que heredamos, generación tras generación, como modelo educativo.

Sin embargo, esta situación está cambiando rápidamente. Por una parte, la abundancia de información, por otra parte, la posibilidad real de que cada persona pueda crear contenido sobre lo que sabe y compartirlo con los demás, y la facilidad de establecer un contacto directo con cualquier persona del mundo, eliminan la escasez de expertos y contenidos, y provocan que las posibles fuentes de conocimiento sean prácticamente infinitas.

Esta situación está propiciando un cambio de paradigma en los modelos educativos, un cambio hacia un modelo que demuestra la efectividad de los espacios de aprendizaje en los que prima la relación entre pares y la *construcción del conocimiento* de manera *colaborativa*. Se pone en evidencia la importancia de las personas como responsables del proceso de aprendizaje, y la creación de comunidades en las que los participantes establecen vínculos entre sí como pares, sintiéndose involucrados, no sólo con su propio aprendizaje, sino con la consecución de un objetivo grupal. Estamos hablando, por lo tanto, de un cambio que todos los agentes implicados en el proceso formativo debemos tener en cuenta; no sólo hablamos de formación, sino que tenemos que empezar a hablar de *gestión del conocimiento*.

Siguiendo la teoría del Conectivismo de Siemens (Siemens, G. 2004), la distribución en red de la información en este nuevo entorno, requiere de un modelo de aprendizaje afín: afín a la red, afín a nuestros mecanismos de aprendizaje y basado en la conexión entre distintos tipos de conocimiento.

Sin embargo, las teorías de aprendizaje en las que se basaban los modelos

conocidos hasta ahora, establecidos sobre la base de sistemas de contenido cerrados, fueron concebidos trasladando a la web el modelo tradicional de aprendizaje en las aulas, y resultan insuficiente para abordar la complejidad que caracteriza el conocimiento en nuestro nuevo entorno. Es por esto que se hace necesario abordar nuevos modelos, basados en la idea de que las personas no sólo construyen o crean significado, sino que también lo hacen crecer, incrementando su valor mediante la conectividad.

A partir de esta idea, desde la EGAP, se propone la *asunción de un nuevo modelo de formación, información y comunicación, en lo que el usuario final se encuentra en el centro de todo el proceso, utilizando para eso las herramientas nacidas alrededor de la denominada web 2.0, o web social.*

2. ¿QUÉ ES LA WEB 2.0?

En el año 2001 Tim O'Reilly acuña el concepto de Web 2.0 para designar la evolución de Internet hacia mayores niveles de interactividad con un funcionamiento cada vez más sencillo e intuitivo (Landeta, 2008). De manera más concreta, Antonio M. Fumero (2007) la define como "la Red convertida en un espacio social, con cabida para todos los agentes sociales, capaz de dar soporte a y formar parte de una verdadera sociedad de la información, la comunicación y/o el conocimiento". El término web 2.0, hace referencia a una forma de entender Internet que, con la ayuda de nuevas herramientas y tecnologías, promueve que la organización y el flujo de información dependan de las personas que acceden a ellas, permitiéndose un acceso mucho más fácil y centralizado a los contenidos, así como la participación tanto en la clasificación de los mismos como en su propia construcción, mediante herramientas cada vez más fáciles e intuitivas de usar (De la Torre, 2006). En otras palabras, la web 2.0 constituye la evolución de las aplicaciones tradicionales hacia aplicaciones web centradas en el usuario final. Se trata de una serie de aplicaciones y servicios que, además de ofrecer información, como ya se venía haciendo, generen colaboración a través de la comunicación entre sus usuarios.

Se han efectuado multitud de esfuerzos por diferenciar y caracterizar la Web 2.0. Generalmente este proceso se ha llevado a cabo confrontando los atributos de este tipo de acercamiento con los atributos de las aproximaciones más clásicas, la Web 1.0. De entre todas esas aportaciones, la más completa, a nuestro juicio, es la efectuada por Amalio A. Rey (2009), que enumera las siguientes características como los atributos más relevantes de la Web 2.0.

- *De lectores a productores.* La relación entre el usuario e Internet progresa de "solo-lectura" (usuario pasivo) a "lectura-escritura" (usuario activo), lo que le permite modificar los contenidos (agregar, editar, borrar y clasificar) y/o cambiar el modo en que se visualizan.
- *Internet como "la" zona de trabajo:* La web pasa a ser una plataforma de trabajo y de colaboración. Todo está ahí y la tecnología migra totalmente a Internet ("cloud computing"). Esta tendencia dispara la movilidad y la compatibilidad, al permitir acceder a los documentos desde cualquier plataforma.
- *Sistemas distribuidos:* Ensamblaje de piezas (software y hardware) provenientes de muchos desarrolladores independientes, siguiendo un modelo claramente distribuido, en lugar del modelo verticalista anterior de "empiezo de cero y todo es mío para mantener el control". Así se descentraliza en buena medida la gestión de los sitios-web, mediante la producción colaborativa y los sistemas abiertos y flexibles.
- *Participación:* Se propicia la participación a través de una "arquitectura" que genera efectos de red, y busca potenciar la inteligencia colectiva. Los sitios se diseñan para que la gente participe e interaccione con los contenidos (comentarios, foros, hiperenlaces, comunidades, etc.)
- *Efectos de red:* Los usuarios añaden valor a los sitios-web mediante su participación. Cuanta más gente participa, más valor adquiere el sitio gracias a los contenidos que se cargan y las relaciones que se propician (Amazon, eBay, Del.icio.us)
- *Libertad - flexibilidad:* El usuario gana poder para gestionar tanto el contenido como la forma, para modificar el aspecto de la web y crear combinaciones distintas a partir de los datos gracias a interfaces enriquecidas y flexibles.
- *Conversaciones:* Se prima la parte humana y la comunicación informal. Los usuarios empiezan a hablar sin complejos en primera persona y de un modo desenfadado.
- *Agilidad:* Los contenidos son dinámicos, en constante cambio, porque se modifican con la participación de comunidades, en un proceso ágil y continuo ("perpetuo Beta"), en lugar del típico ciclo de "gestión de versiones" que ha predominado siempre en la industria del software.
- *Tolerancia al error:* Las web y aplicaciones son "abiertas", y reconocen de entrada la posibilidad de errores, porque son sistemas "beta perpetuo", en permanente cambio.
- *Estandarización:* Los formatos de la información se estandarizan faci-

litando el flujo, la remezcla y la integración de los contenidos. Se promueven estándares para hacer los datos y las aplicaciones intercambiables, mezclables entre sí (mediante RSS y Atom feeds, agregadores, mashups, APIs, etc.) y actualizables (plug-in, extensiones) siguiendo un patrón participativo, es decir, diseñando las web y las aplicaciones "abiertas" (open-source)

- *Sistemas intuitivos*: Interfaces para el usuario ricas y amigables que conceden gran libertad en la interacción con los datos, y el desarrollo de entornos muy intuitivos. Se prima lo "usable" (Ajax, etc.).
- *Metadatos*: Se enriquecen los datos con "metadatos" que clasifican los contenidos siguiendo un modelo distribuido y flexible (etiquetado colaborativo, folksonomías)
- *Democratización*: Se populariza la "labor editorial" con el desarrollo de "herramientas de publicación" basadas en web que permiten a cualquiera, y de un modo muy sencillo, tener "voz global" en Internet. Se promueven iniciativas de "publicación colectiva" de contenidos mediante aplicaciones tipo Wiki (por ejemplo, Wikipedia o un libro colectivo).
- *Meritocracia*: Crece la importancia del mérito técnico y la reputación de compartir como "moneda social". Asciende una especie de meritocracia basada en el conocimiento y en la generosidad (Slideshare, Wikipedia).
- *Transparencia*: Al mundo 2.0 no le gustan las puertas cerradas, ni el ocultamiento de información. Se apuesta por un modelo de trabajo mucho más transparente. Hay también un reconocimiento implícito de que las nuevas tecnologías hacen cada vez más inviable la opacidad.

No todos los autores comparten la idea se haya producido tal revolución en la red. Otros, algo más comedidos, consideran que los cambios son sólo incipientes y anuncian su potencial generalización a partir del crecimiento y expansión de los *nativos digitales*, denominación con la que se refieren a nacidos después de 1982.

3. E-LEARNING 2.0

Tal y como se anticipaba en la introducción de este texto, algunos autores señalan que el e-learning, o aprendizaje virtual, ha supuesto una innovación real mínima en la forma de entender el aprendizaje. Se ha llegado a asegurar que, en la práctica, el e-learning se circunscribe a trasladar la clase tradicio-

nal, incluyendo profesor y alumnos, a los nuevos medios tecnológicos desarrollados (Valenzuela y Valerio, 2009). Paralelo a este descontento y en línea con las nuevas teorías psicopedagógicas del aprendizaje se ha ido gestando la idea del *e-learning* 2.0, un concepto acuñado por Stephen Downes (2005) que supone la incorporación de las herramientas 2.0 a la formación electrónica. Ahora bien, no debemos confundir el e-learning 2.0 con la mera suma del e-learning 1.0 y la Web 2.0, puesto que en él están inmersos los postulados básicos de la teoría pedagógica del conectivismo (Siemens, 2004).

Según el propio Downes (2005), mayoritariamente, el e-learning ha adoptado la forma de cursos ofrecidos online. Para administrar, distribuir y controlar esas actividades de formación virtual se emplean los Sistema de Gestión de Aprendizaje (Learning Management System, LMS¹), unas plataformas tecnológicas a través de las cuales los alumnos acceden a los contenidos, actividades, tareas y tutores del curso (Castaño, 2008:42). Las plataformas más conocidas son Blackboard y WebCT, como plataformas comerciales, y Moodle y Sakai como software libre. En esencia, el e-learning podría caracterizarse por los siguientes aspectos clave: establecimiento de unos objetivos de aprendizaje, a conseguir mediante el uso de contenidos y actividades, para posteriormente efectuar una evaluación del grado de cumplimiento de cada alumno (Delgado, 2008).

Desde el año 2003, han venido surgiendo un buen número de voces críticas con este tipo de planteamiento. La actual sociedad del conocimiento, fruto de múltiples factores entre los que podemos destacar el proceso de globalización, el impacto de las tecnologías de la información y la comunicación y la administración del conocimiento, configura un nuevo entorno en el que el aprendizaje permanente (*lifelong learning*) es ya indisoluble de cualquier profesión o actividad que se desempeñe.

Ya no es suficiente con estar informados, leer, almacenar información y transmitirla de forma oral o escrita. La ingente cantidad de datos e información que nos rodea y los múltiples medios por los que puede accederse a ella, requieren nuevas competencias, entre ellas, resulta esencial la denominada *alfabetización digital*. Esta alfabetización consiste, en palabras de Tapio Varis (2005), en "resolver una ecuación cuyos términos son: qué tipo de información se necesita, dónde obtenerla y cómo transformarla en conocimiento, presen-

¹ Las principales funciones del LMS son: gestionar usuarios, recursos así como materiales y actividades de formación, administrar el acceso, controlar y hacer seguimiento del proceso de aprendizaje, realizar evaluaciones, generar informes, gestionar servicios de comunicación como foros de discusión, videoconferencias, entre otros (Colaboradores de la Wikipedia).

tarla y gestionarla". El alumno, por tanto debe ser capaz de usar los ordenadores para buscar y seleccionar la información, clasificarla, organizarla y compartirla. La formación encapsulada que se proporciona actualmente como e-learning no contribuye al desarrollo de estas competencias, y aún siendo adecuada resulta incompleta.

Por su parte, el **e-learning 2.0** supera las anteriores dificultades y se acomoda a los requerimientos de la sociedad actual a partir de la combinación de cinco ideas clave (Delgado, 2008):

- (1) El conectivismo como teoría del aprendizaje
- (2) formato de aprendizaje informal
- (3) utilización de aplicaciones Web 2.0 para la formación
- (4) trabajo en comunidades de aprendizaje
- (5) utilización de entornos personales de aprendizaje (PLE, Personal Learning Environment) centrados en el usuario.

El **conectivismo** es una teoría del aprendizaje, surgida en 2004 y desarrollada por George Siemens, basada en el análisis de las limitaciones del conductismo, el cognitvismo y el constructivismo para explicar el efecto que la tecnología ha tenido sobre la manera en que actualmente vivimos, nos comunicamos y aprendemos. El conectivismo deriva de la asunción de que las decisiones se basan en fundamentos rápidamente cambiantes. Continuamente estamos absorbiendo nueva información. La capacidad para discernir entre información importante e información sin importancia es vital y la capacidad para reconocer cuando la nueva información modifica por completo el marco de decisiones adoptadas es también crítica (Siemens, 2004). Desde el punto de vista de Siemens, el aprendizaje es un proceso de conexión entre nodos o fuentes de información. La habilidad para sintetizar y reconocer modelos y conexiones entre campos, ideas y conceptos es clave. La capacidad de relacionar y procesar información es más decisiva que lo que se sabe; continuamente llega nueva información y el conocimiento puede residir fuera de nosotros mismos, en una organización o en bases de datos. Para facilitar el aprendizaje continuo es necesario nutrir y mantener conexiones.

El **aprendizaje informal** es aquel que se adapta a las necesidades individuales de cada momento. Aquel que se mantiene durante toda la vida, asimilado a través de muy diversas fuentes, y adquirido, en muchas ocasiones, de forma inconsciente, en el trabajo diario, a través de las tareas desempeñadas, la experiencia, consejos o instrucciones de aquellos que nos dirigen y acompañan. Por su parte, el aprendizaje formal se refiere al adquirido en la etapa

educativa reglada o a los cursos ofrecidos por instituciones educativas (Fernández, 2008). En el aprendizaje formal, los sistemas de e-learning convencionales mantienen su hegemonía y no parece que las metodologías basadas en la filosofía web 2.0 vayan a modificar este punto, en cambio, el aprendizaje informal es fundamental para el *lifelong learning*, o aprendizaje durante toda la vida, y dicha aprendizaje es eminentemente social, por lo que requiere de unas herramientas diferentes a las empleadas en teleformación. Directamente relacionada con esta idea se puede introducir la noción de *Comunidades de Aprendizaje (CA)* o *Comunidades Virtuales de Aprendizaje (CVA)*, contextos en los que los alumnos aprenden gracias a su participación e implicación, en colaboración con otros alumnos y con el moderador-coordinador, en auténticos procesos de investigación y construcción colectiva de conocimiento sobre cuestiones personal, social o profesionalmente relevantes (Onrubia, 2004:14).

En resumen, en el e-learning 2.0 priman las ideas de construcción continua del conocimiento y aprendizaje social, desarrollando herramientas de aprendizaje centradas en el alumno, quien debe diseñar su propio aprendizaje. Todas estas ideas encajan con el concepto de PLE, o Entornos Personales de Aprendizaje (*Personal Learning Environment*, Attwell, 2007). Downes (2010) argumenta que un PLE hace lo que no puede hacer un LMS: estimular el aprendizaje a través de una inmersión en una comunidad en oposición al aprendizaje por medio de una presentación de contenidos. En la mayoría de la documentación actual sobre los PLE, Elgg se reconoce como la mejor herramienta para su implantación. Se trata de una plataforma que ofrece e-portafolio con blog, archivos compartidos, enlaces, perfiles y presentaciones; herramientas 2.0, blogs, RSS, etiquetas y podcasts; comunidades de aprendizaje, comunicación por blog o foro, mensajería o correo, archivos compartidos, evaluación mediante tareas; se integra con LMS/VLE² como Moodle y permite la gestión del conocimiento mediante etiquetas o búsquedas (Delgado, 2009). Esta es la solución por la que ha optado la EGAP 2.0.

A modo de resumen, la tabla 1 ofrece algunas características diferenciales entre el e-learning tradicional y el e-learning 2.0.

² *Virtual Learning Environment*

Tabla 1. Diferencias entre e-learning 1.0 y e-learning 2.0

E-LEARNING 1.0	E-LEARNING 2.0
Concepto de aula virtual	Comunidad de aprendizaje o intercambio
Estructura de curso	Comunicación
Plataformas de aprendizaje y Sistema de Gestión de Aprendizaje (LMS) - Gestión de contenidos, tutorías	Entornos personales de aprendizaje (Personal Learning Environments, PLE) - Espacios flexibles, adaptables y dinámicos
Productos cerrados, estáticos	Abierto, dinámico y participativo
Individual	Colectivo, colaborativo
Proceso de adquisición	Proceso de participación
El experto/a genera el conocimiento	Todos tienen la capacidad de ser expertos/as y generar conocimientos
Disponibilidad de un tutor	Alumno e interacción entre pares
Aprendizaje dirigido a otros	Aprendizaje en red y dirigido por el individuo
Repositorio de contenidos	Servicios, conversación, redes sociales
Contenido proporcionado externamente	Contenido creado por el usuario
Comunicación básica, controlada	Comunidad abierta, transparente

Fuente: Adaptado de Rubio, 2009 y Jokisalo y Riu, 2009

4. LA EGAP 2.0

Cada vez, un mayor número de instituciones, tanto públicas como privadas, requieren el desarrollo de redes de conocimiento apoyadas telemáticamente, para fomentar el establecimiento de relaciones entre diversos puestos de trabajo internos y externos a la propia organización. Desde la EGAP, se propone la creación de un espacio que facilite este tipo de relaciones, con el objetivo de *hacer avanzar el conocimiento* de manera horizontal (desde todos), simétrica (para todos) y transversal (entre todos), y de esta manera convertir la EGAP 2.0 en un *lugar de referencia para el acceso a la información* de todas las personas que así lo requieran.

La propuesta de la EGAP 2.0, se materializa en la creación de un portal web que actúe como "contenedor" de una serie de herramientas web de formación, información y comunicación, desde el cual el usuario selecciona la información a la que quiere tener acceso y participa en su elaboración, valoración, cla-

sificación... En definitiva, participa en un proceso de mejora continua a través de la creación de redes y grupos de intereses compartidos.

El proceso de adaptación hacia esta EGAP 2.0, supone un cambio radical en la forma de entender y llevar a cabo los procesos de formación, información y comunicación de todos los agentes implicados, por lo que el desarrollo de este proyecto se formuló en dos grandes fases:

Primera fase: Podríamos entenderla como una fase de "apertura al exterior". Para eso, estamos diseñando una nueva web, más acorde con las necesidades surgidas a partir de este nuevo modelo, a través de la cual, los usuarios puedan tener acceso a toda la información y el conocimiento generado desde la Escuela a través de sus múltiples actividades de manera más sencilla e intuitiva. Además, la web se hizo más participativa, a través de la inclusión de una serie de herramientas seleccionadas entre todo el abanico de posibilidades que nos ofrecía la web 2.0.

Así, desde la nueva web, los usuarios podrán tener acceso, como anteriormente, a la información corporativa de la Escuela, a la oferta formativa, a la información de todas las actividades realizadas en la EGAP, etc. pero también tendrán acceso a todo el material generado a partir de estas actividades, como las grabaciones en vídeo de ponencias, presentaciones, publicaciones, y todo el material que sea producido desde la Escuela. Es el que llamamos **EGAP abierta**.

El *diseño* de la EGAP 2.0 está impregnado de las características diferenciadas de la Web 2.0, en este sentido, se ha intentado desarrollar una web orientada al usuario, fácil de usar, intuitiva, convincente a la hora de invitar a dejar de ser un observador para empezar a participar, ya sea eligiendo contenidos o incluso creándolos. Desde un punto de vista más puramente estético, la web respecta los estándares y estilos establecidos por la Web 2.0: bordes redondeados, degradados, fondos con líneas diagonales y logos reflejados. La aplicación de los estilos Web 2.0 constituye un componente tan importante en su definición que a la hora de examinar el diseño de una página se habla del "grado de aplicación del arquetipo 2.0" (HACCE Soluciones TIC, 2008: 46).

La siguiente lista reúne muchas de las características comunes del estilo de una Web 2.0 aplicadas a EGAP 2.0 (Jay, 2007; Hunt, 2010). Obviamente, ningún sitio web debe exhibir todas y cada una de estas características para ser definido como un diseño Web 2.0, del mismo modo que reunir todas estas características no convierte nuestra web en una web 2.0. Vale la pena insistir en que la Web 2.0 es un concepto, una actitud no un diseño estético.

- Colores vibrantes y con mucho contraste
- Badges: botones con forma de chapas o placas que se usan para atraer

la atención

- Brillos, destellos y reflejos (prolifera los elementos con un reflejo de sí mismos sobre su base)
- Bordes redondeados
- Degradados: esta es una de las técnicas más empleadas entre los diseñadores Web 2.0 que incluso ha llegado a afectar a los pequeños iconos que se muestran junto a la dirección web en el navegador de Internet. Su empleo permite suavizar tonos oscuros de la web, crear perspectivas y aligerar la densidad de la web
- Líneas diagonales: se emplean fundamentalmente en los fondos de pantalla y en los titulares, con motivos decorativos que se repiten
- Desenfoques: muy evidentes en el tratamiento de las sombras
- Logotipos reflejados
- Simplicidad: el diseño ha de ajustarse al principio de la Navaja de Occam³. La claridad, el orden y la sencillez constituyen estándares del diseño Web 2.0, para eso, se trata de eliminar el ruido de la página y conseguir captar la atención del usuario en aquello que se desea destacar. Estos principios están estrechamente relacionados con el empleo del color blanco como fondo de las páginas web.
- Alineación centrada: el contenido de las páginas 2.0 se presenta centrado y cada vez son menos las webs alineadas a la izquierda del navegador o de tamaño fijo.
- Menos columnas: entre una y tres columnas, dependiendo del volumen de contenido
- Separación de la zona superior: esto significa hacer la cabecera de la pantalla distinta de todo lo demás (el contenido propiamente dicho). En algunos casos esa cabecera contiene el menú de navegación aunque también puede presentarse separado. Para conseguir que la cabecera resulte impactante y diferenciada del resto de la web suelen emplearse distintos colores o bien se sitúa una línea gruesa y sólida para establecer la diferencia.
- Tipografías grandes
- Leads en negrita: la negrita se emplea profusamente para destacar la información; con un enfoque similar se han desarrollado los tagline como frases que resumen el contenido de la página
- Iconos atractivos y fácilmente reconocibles: se trata de definir iconos

³ En igualdad de condiciones la solución más sencilla es probablemente la correcta

que reflejen claramente aquello que representan al tiempo que resultan estéticamente agradables.

- **Relieves:** en iconos o en fondos se emplea mucho la sensación de 3D. Con ello se persigue dar más realismo al contenido, recordando ciertas cualidades táctiles o estéticas del mundo real e incrementado la necesidad de pulsar sobre un botón, o desplazarse por un piso de mármol.
- **Lightbox:** se utiliza un marco flotante para mostrar una versión ampliada de una imagen, con un mensaje de advertencia, un mapa extendido y muchas otras aplicaciones. En una página con Lightbox, al hacer clic en una imagen es ampliada en una ventana denominada, ventana Lightbox, que toma toda la pantalla con un fondo transparente y en el centro, dentro de un recuadro que ajusta su tamaño dinámicamente, se muestra la imagen ampliada.

Por otro lado, como ya comentábamos, empezamos a introducir *herramientas de corte más participativo*, que aumentan la interactividad del usuario y que le permiten participar en la clasificación, difusión y valoración de los contenidos, como los sistemas de *tagging*, *sindicación de contenidos* (RSS), *votación de contenidos* en función de la valoración que el usuario hace de los mismos, *compartir contenidos* a través de redes sociales, etc. A continuación se enumeran y explican brevemente cada una de las aplicaciones 2.0 actualmente disponibles en EGAP 2.0.

El *tagging*, o etiquetado social, es un sistema mediante el cual una o varias palabras clave (tags) son asignadas a diferentes recursos de la web (vídeos, documentos, imágenes, etc.) para describirlos, de manera que sirvan para conectar dichos recursos con otros que fuesen etiquetados con la misma palabra o palabras. Esto da lugar a los denominados sistemas de clasificación social o *folksonomies*. A diferencia de los métodos de clasificación tradicionales, basados en taxonomías pre-existentes, vocabulario controlado y opiniones expertas, la clasificación social está completamente abierta y es posible agregar cualquier término descriptivo (Velasco, 2007). Los tags eliminan las relaciones jerárquicas, restringiéndose a las relaciones asociativas (Serrano, 2005) o, en otras palabras, este marcado con etiquetas permite la clase de asociaciones múltiples y solapadas que el propio cerebro humano utiliza (Lavín, 2007)

El *bookmarking social* es un servicio especial de Internet que permite guardar y clasificar colecciones de enlaces (favoritos o marcadores), de modo que cada usuario puede consultar las selecciones de otros usuarios y añadirlas a las suyas propia, o puede suscribirse a las selecciones de bookmarks de otras

personas. Al mismo tiempo, la selección de enlaces del usuario es pública para otros usuarios. Entre otras ventajas, este sistema nos permite acceder a nuestras preferencias favoritas desde cualquier lugar. Del.icio.us es el servicio web gratuito de gestión de marcadores sociales más conocido en web, una manera simple de organizar, almacenar, clasificar y compartir enlaces en Internet.

La *sindicación de contenidos o RSS (Really Simple Syndication)* son herramientas web que permiten compartir la información publicada en un sitio web concreto con otros sitios web. RSS permite que alguien no sólo enlace con una página, sino suscribirse a la misma, con notificaciones cada vez que la página cambia, algo que se ha denominado "web incremental" o "web viva" (Lavín, 2007). El servicio de RSS permite a cualquier lector/usuario de una página Web, mantenerse informado de forma automática de los contenidos que se adicionen en el sitio. Este sistema podría llegar a sustituir a los boletines vía correo electrónico para notificar a los lectores/usuarios de una página Web sobre las nuevas adiciones de contenido. El gran valor de este servicio consiste en que le evita a los usuarios de Internet tener que visitar permanentemente sus páginas favoritas para verificar si estas han publicado algo nuevo. El programa lector de RSS se conecta directa y automáticamente con las páginas Web suscritas y descarga los titulares de los nuevos contenidos, sin peligro de virus o spam.

Twitter, es una herramienta con la que las personas comparten lo que están haciendo, lo que están leyendo, oyendo o viendo, por dónde navegan y, sobre todo, lo que sienten y opinan. Para todo ello disponen de un límite de 140 caracteres. Se han atribuido importantes usos educativos a twitter (González, 2005; Ventura, 2009; Tom Barret, 2010; Grosseck y Holotescu, 2008) como puede ser el apoyo mutuo entre estudiantes, el análisis y recopilación de datos en línea, la evaluación y registro de las experiencias de los estudiantes o la comunicación de anuncios y novedades del aula. Twitter es, junto a Facebook y Myspace, una de las redes sociales más importantes, posiblemente ello se deba a su sencillez y facilidad de uso.

Menéame es un sitio web al que se puede enviar una noticia o historia que será revisada y promovida por todos los participantes que así lo deseen. Dependiendo de las valoraciones que reciba puede llegar a ocupar la página principal del sitio. *Chuza!* es una red social de promoción de noticias en gallego. Fue creada en 2006. Al igual que en Menéame, los usuarios, registrados o no, filtran, valoran y comentan historias que provienen de diferentes fuentes de información tanto gallegas como exteriores. Según la propia página, Chuza! es "un sitio de noticias gallegas que emplea un control editorial no jerárquico. Cualquiera puede enviar historias y la comunidad de internautas es quien las

valora, las comenta y decide si publicarlas en la página principal, de forma que no interviene nunca la figura del editor".

Por último, dentro de esta primera fase, también cabe destacar la creación de otros dos canales de distribución de la información, utilizando herramientas externas a la EGAP y conocidas por todos, como son los canales de la EGAP en Youtube e iTunes, como otra puerta de acceso a los recursos audiovisuales generados desde la Escuela.

Segunda fase: En la segunda fase del proyecto, se pretende dotar a la EGAP 2.0 de todas las herramientas necesarias para alcanzar el modelo abierto y participativo del que venimos hablando hasta ahora. El objetivo final, como ya comentamos, es crear un espacio integrado a través del cual se generen redes de colaboración para el avance del conocimiento entre todos los entes sociales relacionados (la propia EGAP, los usuarios finales, otros organismos públicos y privados, etc.).

Para conseguir este objetivo, se propone la creación de Comunidades Virtuales⁴, en función de los intereses de los usuarios, que se constituyan como espacios de trabajo cooperativo, intercambio de información y conocimiento, y autoinformación, sustentados en una plataforma que albergará distintas herramientas que faciliten estos procesos. Más concretamente, las Comunidades Virtuales de Aprendizaje (CVA) se identifican como un conjunto de personas o de instituciones conectadas a través de la red que tienen como objetivo un determinado contenido o tarea de aprendizaje (Gairín, 2006: 56). Según este mismo autor, Gairín (2006: 57), la estructura y el funcionamiento de las CVA debe satisfacer una serie de condiciones específicas, como son:

- Los fines deben ser compartidos entre sus miembros.
- Los resultados deben ser focalizados y debe haber orientación.
- Equidad de participación para todos sus miembros.
- Las normas deben ser mutuamente negociadas.
- Se debe facilitar el aprendizaje colaborativo y el trabajo en equipo.
- Se debe producir la creación activa de conocimientos.
- Se deben producir interacción y retroalimentación.

⁴ Son ejemplos de Comunidades Virtuales establecidas como comunidades de aprendizaje o comunidades de práctica, el Proyecto Compartim, del Centro d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, da Generalitat de Catalunya, o Programa de Redes de Expertos Iberoamericanos en las Administraciones Públicas, de la Fundación CEDDET, el Programa de formación de equipos provinciales de e-learning 2.0 del INAP de Argentina, o el proyecto Emprendimiento Territorial para el desarrollo local ETDL, da Universidad de Zulia, Venezuela.

El proyecto diseñado por la EGAP se desarrollará en dos grandes fases diferenciadas. Inicialmente se llevará a cabo una prueba piloto, a partir de ella se pretende detectar y reajustar los posibles riesgos de participación y problemas tecnológicos, igualmente, se tratará de identificar los factores críticos de éxito, a generalizar en la segunda fase de implantación de las comunidades. A su vez, en cada una de estas fases se desplegarán las siguientes actividades o etapas: (1) selección de los participantes y roles a desempeñar, (2) encuentros presenciales para delimitar contenidos, objetivos, estructura y temas a tratar dentro de cada una de las comunidades, (3) fijación de objetivos para cada comunidad, (4) constitución y puesta en marcha y (5) seguimiento de las comunidades virtuales de aprendizaje colaborativo.

El target, los destinatarios finales del proyecto de CVA, son los empleados públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia. No obstante, está por determinar el colectivo concreto con el que se desarrollará el programa piloto inicial y las subsiguientes comunidades. En todo caso, se prevén tres tipos de participantes: el dinamizador, el coordinador y los usuarios finales.

- 1 El perfil profesional establecido para la selección del *dinamizador* especifica que se tratará de un experto en formación a través de Nuevas Tecnologías (pedagogos, psicopedagogos, expertos en e-learning, etc.), con amplios conocimientos en el uso de las herramientas Web 2.0. Entre sus funciones destacan las siguientes: apoyo técnico-pedagógico al resto de participantes (coordinadores y usuarios), gestión del conjunto de las comunidades, establecimiento de mecanismos e indicadores para el seguimiento y evaluación del nivel de desarrollo de las comunidades, fomento de la participación y dinamización de todos los integrantes de las comunidades.
- 2 Por su parte, el *coordinador* ha de ser una persona con una importante experiencia en el tema a abordar en la CVA, debe contar con dotes de liderazgo y prestigio en el ámbito de la Administración. Debe estar familiarizado y tener experiencia en el uso de las herramientas Web 2.0, debe ser una persona convencida de los beneficios del aprendizaje colaborativo, ha de demostrar importantes habilidades de comunicación y, finalmente, debe tratarse de un profesional preocupado y comprometido con el progreso del conocimiento en su ámbito profesional. Existe abundante literatura para el análisis de las características deseables en cualquiera de las dos figuras anteriores, por ejemplo, Sylvia Currie (2008), propone las siguientes: (a) presencia (disponibilidad), (b)

rapidez en la respuesta, (c) inclusividad, (d) negociación, (e) compromiso, (f) reconducción (enfoque), (g) tranquilidad, (h) minuciosidad, gusto por los detalles, (i) tono agradable y (j) franqueza. Reig (2010) nos dice que "el facilitador, moderador o tutor debe "estar ahí", conectado, disponible para cualquier consulta o incidencia "lo antes posible". Es un elemento de importancia crucial en la formación inicial de comunidades que decrece en virtud del nivel de implicación-responsabilidad de los miembros. Podríamos decir que es casi prescindible una vez establecida la comunidad, una vez que las responsabilidades hayan sido naturalmente adoptadas por sus miembros. El moderador deberá hacer cosas como mantener el foco, marcar, sin forzar el ritmo, usar un tono amigable, positivo, asertivo y simple. Un buen líder en comunidades tiende a ser invisible u obtiene su autoridad de forma natural y no autoritaria". Por último, Armengol y Rodríguez (2006:93) aseguran que "el rol del moderador se centra fundamentalmente en: motivar y crear un clima agradable facilitador de la construcción del conocimiento, estructurar y proponer el trabajo, ofrecer feedback, establecer los criterios de moderación y asegurar que se cumplan, aprobar los mensajes según los criterios establecidos, manejar y reforzar las relaciones entre las personas y proponer conclusiones".

3. Los *usuarios* finales deberán compartir algunas características con el coordinador, es decir, deberán ser personas preocupadas y comprometidas con el progreso del conocimiento en su ámbito profesional, pero a su vez, deberán ser personas motivadas y entusiastas. Uno de los factores clave del éxito de una comunidad es que permita cubrir una necesidad importante y que esté constituida por gente entusiasta.

Todos los participantes en las CVA recibirán formación específica, si bien, dicha formación tendrá un carácter más intensivo para las figuras del coordinador y del dinamizador, atendiendo a aspectos como el liderazgo, la animación y la gestión de grupos de debate en entornos virtuales.

En la fase de lanzamiento de las comunidades se programarán reuniones de trabajo. Con ello se pretende crear vínculos personales que refuercen la participación de los usuarios y que fomenten el trabajo dentro de la plataforma. Como se anticipó, en este contexto se fijará también la temática o problema a abordar en la comunidad dentro de aquellos problemas profesionales que suscitan un interés y preocupación espontánea en el grupo.

En la fase de desarrollo de las comunidades se llevarán a cabo una serie de

actuaciones encaminadas a consolidar las comunidades creadas, las conversaciones de la comunidad presencial se extenderán al espacio virtual, a través de la plataforma tecnológica y bajo la coordinación del dinamizador y del coordinador.

En la fase de desenlace de las comunidades se efectuará la oportuna difusión del conocimiento creado mediante el trabajo colaborativo. Con ello se tratará de transferir a todo el colectivo profesional el nuevo conocimiento alcanzado.

El movimiento Web 2.0 educativo apuesta por ideas como la generación de contenidos por el usuario individual, el aprovechamiento del poder de la comunidad, la arquitectura de la participación, la utilización de estándares abiertos, la utilización del contenido abierto y la remezcla de datos, y la creación de comunidades de aprendizaje (Castaño, 2008: 33). Todo ello es posible a través de Elgg⁵, una plataforma que pone a disposición del usuario herramientas que, en función de sus intereses podrá utilizar para publicar un blog⁶ o participar en blogs de otros usuarios, colaborar en la creación de wikis⁷ sobre un tema específico, compartir documentos y otros archivos con los demás miembros de su comunidad, participar en foros, comentar y recomendar contenidos a otros usuarios, etc. (Reig, 2009). A continuación se presentan algunas de las características esenciales de Elgg (Reig, 2009):

- Blogs: Elgg permite la creación de blogs para cada usuario. El blog personal es una pieza central en Elgg. Los posts publicados podrán compararse con el resto.
- Repositorio de archivos: una función muy interesante en formación que acepta múltiples tipos de archivo.
- Control de acceso: Esta es una de las características diferenciales más potentes en Elgg: un sistema de acceso que permite personalizar al

⁵ Elgg es una aplicación de software libre que permite crear comunidades de usuarios, perfiles, usar un disco duro virtual, calendario, etc. Proporciona la funcionalidad necesaria para desarrollar su propio sitio de redes sociales, ya sea pública (como Facebook) o interna en una red Intranet. Cada uno de los espacios personales que proporciona Elgg cuenta con un blog, una carpeta personal, una red de contactos, un agregador de feed RSS y un perfil personal. Además de los espacios personales existen otras dos entidades para los grupos: las comunidades, que reproducen el mismo esquema que los espacios personales pero para varios miembros, y los grupos de trabajo, que permiten gestionar el acceso a los recursos de la carpeta de un usuario o una comunidad (Open-ideas, 2009).

⁶ Un blog o bitácora, es un espacio web periódicamente actualizado que recopila textos de uno o varios autores cronológicamente, donde el autor conserva la libertad de dejar publicado lo que considere pertinente.

⁷ Una *wiki* es una página de edición multiautor, en la que varias personas pueden colaborar conjuntamente para editar la página y conformar un contenido o documento determinado.

- máximo los aspectos de privacidad y acceso al sistema.
- Marcas (Bookmarks): Útil servicio de recomendación de enlaces y búsqueda de perfiles interesados en las mismas cosas.
- Personalización: Sistema de templates personalizable.
- XML-RPC: permite usar sistemas de blogging externos para postear en un sitio de Elgg.
- Creación de Comunidades: los usuarios pueden crear subcomunidades según sus intereses o grupos concretos para la investigación colaborativa.
- Wiki: Es posible crear de forma fácil un wiki alojado fuera de nuestros servidores.
- Perfiles: enlace a recursos y perfiles de otros estudiantes a través de la página de perfil.
- Canales RSS y Sindicación: RSS – podemos elegir entre varios tipos de sindicación RSS: feeds para estudiantes, weblogs, comunidades, tags, archivos y FOAF (perfil personal semántico).
- Podcasting: Elgg es una plataforma muy potente para podcasting.

En definitiva, mas allá de las herramientas y las tecnologías utilizadas, la EGAP 2.0 supone un cambio en la forma de entender el acceso a la formación y la información de los usuarios, que se traduce en la mejora constante del servicio que la EGAP presta a las trabajadoras de la Administración Pública de Galicia y, por extensión, a toda la ciudadanía. Un cambio que permite buscar, crear, compartir e interactuar on-line.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMENGOL ASPARÓ, C. y RODRÍGUEZ GÓMEZ, D. (2006): La moderación de redes: algunos aspectos a considerar. *Educar*, 37, 85-100.
- CASTAÑO GARRIDO, C. (2008): Educar con Redes Sociales y Web 2.0. *Eduweb: Revista de Tecnología de Información y Comunicación en Educación*. 2(2).
- DE LA TORRE, A. (2006): Web educativa 2.0. *EduTec. Revista Electrónica de Tecnología Educativa*. 20. <http://edutec.rediris.es/Revelec2/revelec20/anibal20.pdf>.
- DE LA TORRE, A. (2006): Definición de Web 2.0. Bitácora de Aníbal de la Torre. 12 de abril 2006.
- http://www.adelat.org/index.php?title=conceptos_clave_en_la_web_2_0_y_iii&more=1&tc=1&tb=1&pb=1.

- DELGADO, D. (2008): E-learning 2.0. Nuevas oportunidades para aprender en red.
<http://www.slideshare.net/davidds/elearning-20-nuevas-oportunidades-para-aprender-en-red-1775311>.
- DELGADO, D. (2009): Diseño de una estrategia de e-learning 2.0: definición del PLE.
<http://www.slideshare.net/davidds/estrategias-para-el-elearning-20-el-ple>.
- Documentación digital. Barcelona: Grupo de Investigación DigiDoc. Instituto Universitario de Downes, S. (2005): E-learning 2.0. *eLearn Magazine*.
<http://www.elearnmag.org/subpage.cfm?section=articles&article=29-1>.
- DOWNES, S. (2010): Pedagogical Foundations for Personal Learning. Comunicación presentada en la Pedagogical Foundations for Personal Learning.
<http://www.slideshare.net/Downes/pedagogical-foundations-for-personal-learning>.
- FERNÁNDEZ CRESPO, M. (2008): Hacia un E-learning 2.0.
<http://www.slideshare.net/montsefc/hacia-un-elearning-20>.
- FUNERO, A.M. (2007): Contexto Socioeconómico. En FUNERO, A. y ROCA, G. *Web 2.0*. Fundación Orange, pp. 8-66.
- GAIRÍN SALLÁN, J. (2006): Las comunidades virtuales de aprendizaje. *Educar*, 37, 41-64.
- GONZÁLEZ, N. (2005): Facebook y Twitter. Taller sobre redes sociales; cómo crear perfiles y desarrollar redes propias.
<http://www.slideshare.net/nievesglez/facebook-y-twitter>.
- GRAHAM ATTWELL (2007): Personal Learning Environments - the future of eLearning? *eLearning Papers*, 2 (1).
<http://www.elearningeuropa.info/files/media/media11561.pdf>.
- GROSSECK, G. y HOLOTESCU, C. (2008): Can we use twitter for educational activities?. Paper to be presented at The 4th International Scientific Conference eLSE "eLearning and Software for Education", Bucharest, April 17-18.
<http://www.scribd.com/doc/2286799/Can-we-use-Twitter-for-educational-activities>.
- HACCE Soluciones TIC (2008): Web 2.0 y el diseño Web. En *Web 2.0 y Empresa: Manual de aplicación en entornos corporativos*. Asociación nacional de empresas de Internet, ANEI (pp. 44-64).
- HUNT, B. (2010): How-to design Guide. Web design from scratch.
<http://www.webdesignfromscratch.com/web-design/web-2-0-design-style-guide/>.
- JAY STOCKS, E. (2007): How to destroy the Web 2.0 look.
<http://cdn.downloads.elliottjaystocks.com/pdf/04-fowd.pdf>.
- JOKISALO, E. y RIU, A. (2009): Informal learning in the era of Web 2.0. *eLearning Papers*, 14.
- LANDETA, A. (2008): Web 2.0 y la administración pública. En *Web 2.0 y Empresa: manual de aplicación en entornos corporativos*. Asociación nacional de empresas de Internet, ANEI (pp. 178-196).

- LAVÍN, M. (2007): Web 2.0. Por fin alguien al otro lado de la pantalla. Comunicación presentada en Día W3C en España 2007.
<http://www.w3c.es/Eventos/2007/DiaW3C/Presentaciones/Adesis.pdf>.
- ONRUBIA, J. (2004): Las aulas como Comunidades de aprendizaje. *T.E. Trabajadores/as de la Enseñanza*, 249.
- Open-ideas, 2009. Manual de uso en español sobre Elgg.
<http://www.slideshare.net/openideas/manual-de-uso-en-espaol-sobre-elgg>.
- REIG, D. (2009): Elgg, la mejor alternativa para Comunidades de aprendizaje. El caparazón: tecnología, social media, comunidades. E-learning 2.0, web 3.0, actualidad y tendencias web y educación.
<http://www.dreig.eu/caparazon/2009/03/02/elgg-la-mejor-alternativa-para-comunidades-de-aprendizaje/>.
- REY AMALIO A. (2009): Innovación 2.0: Web 2.0 y Gestión de la innovación (1/6), *Boletín mensual 1* de EMOTOOLS Marzo de 2009.
<http://www.emotools.com/boletin/boletin-mensual-n1-de-emotools-marzo-de-2009/>.
- RUBIO, A. (2009): Tendencias en la formación: aprendizajes que funcionan.
<http://www.slideshare.net/antoniorubio/presentacin-tendencias-en-la-formacion-4>.
- SERRANO COBOS, J. (2007): "Tags, folksonomies y bibliotecas". *Anuario ThinkEPI*, v. 1, pp. 71-73
<http://www.thinkepi.net/tags-folksonomies-y-bibliotecas>.
- SIEMENS, G. (2004): A Learning Theory for the Digital Age.
<http://www.elearnspace.org/Articles/connectivism.htm>.
- SYLVIA CURRIE (2008): Getting started in the Facilitating Online Communities course.
<http://mywebbedfeat.blogspot.com/2008/07/getting-started-in-facilitating-online.html>.
- Tendencias del diseño web 2.0 (2008).
<http://gloobs.wordpress.com/2008/04/30/tendencias-del-diseno-web-%E2%80%9Cweb-20%E2%80%9D/>.
- TOM BARRET (2010): Thirty Interesting Ways* to use Twitter in the Classroom.
<http://michaelcjohnson.posterous.com/teaching-and-learning-with-twitter>.
- VALENZUELA, J. R. y VALERIO, G. (2009): Redes sociales en línea: ¿primeros pasos hacia el e-learning 2.0?. Conferencia presentada en el Encuentro Anual Virtual Educa 2009.
- VARIS, T. (2005): Nuevas formas de alfabetización y nuevas competencias en el e-learning.
http://www.elearningeuropa.info/directory/index.php?page=doc&doc_id=595&doclng=7.
- VELASCO, J. (2007): Web 2.0: Hija de la usabilidad. En ROVIRA C. y CODINA L. (dir.) :

Lingüística Aplicada. Departamento de Periodismo y de Comunicación Audiovisual.
Universidad Pompeu Fabra.

<http://www.mantruc.com/publicaciones/web20.pdf>.

VENTURA ALCAÍNO, M. (2009): Los diez mejores usos de Twitter en la educación.

http://latercera.com/contenido/679_202327_9.shtml.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Francisco de Cominges Cáceres

Letrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

Índice: 1. Contratación. 2. Derechos Fundamentales. 3. Economía e Industria. 4. Expropiación Forzosa. 5. Medio Ambiente y Urbanismo. 6. Personal. 7. Proceso Contencioso-Administrativo. 8. Responsabilidad Patrimonial de la Administración. 9. Tráfico y Circulación. 10. Tributos.

1. CONTRATACIÓN

Concesión de aparcamiento público subterráneo. La modificación legal del sistema de facturación por "redondeo" al real por minutos de uso efectivo del aparcamiento, no permite incrementar las tarifas asignadas a los usuarios.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia -TSJG- (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 28 de octubre de 2010 (recurso 4704/2009, ponente: Ilmo. Sr. Ramírez Sineiro) estima el recurso promovido por una asociación de consumidores frente al incremento de las tarifas de un aparcamiento público subterráneo producido tras la reforma legal que obligó a facturar el servicio por minutos reales de uso efectivo del parking, en lugar de por el anterior sistema de "redondeo" utilizado por la concesionaria. Considera la sentencia que la elevación de la tarifa del servicio resultó abusiva, desproporcionada e injustificada, sin que el cambio legal del método de tarifación constituyese causa de ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión. Incide así en que *«Pese a que no consta ninguna mejora del servicio que lo justifique ni desde luego actuación municipal alguna que altere los términos de las concesiones de aparcamientos públicos de aquella ciudad, mediante aquella referida resolución ... se ha transferido a las tarifas a abonar por los usuarios de sus aparcamientos públicos el coste económico del término de la añeja situación abusiva anterior, de modo que los beneficios empresariales -declarados ilegítimos por abusivos en cuanto otrora incluían aquella práctica del redondeo tarifario-, incluso se perpetúan en lo sucesivo a costa de los clientes de los aparcamientos públicos allí sitos. Semejante situación no resulta*

respaldada ni por la Normativa comunitaria ni nacional vigente -ya no sólo de índole civil-mercantil sino administrativa-, sin que tampoco quepa aplicar aquí la concurrencia de eventual riesgo imprevisible ... en cuanto la corrección legal y jurisprudencial del pertinaz y añejo abuso de derecho a fin de impedir la perpetuación de una posición dominante no admite catalogación semejante a la luz del art. 7 'in fine' del Código Civil que obliga 'a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso'.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES

Encuesta promovida por la Consellería de Educación sobre la utilización de las lenguas en la enseñanza no universitaria de Galicia.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia -TSJG- (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 1^a) de 27 de octubre de 2010 (recurso 7/2009, ponente: Ilmo. Sr. Seoane Pesqueira) desestima el recurso promovido frente a la instrucción remitida en junio de 2009 por la Consellería de Educación a los directores de los centros educativos no universitarios de Galicia para la realización de una encuesta sobre la utilización de las lenguas en la enseñanza. Concluye que la instrucción no vulneró los derechos fundamentales de reunión, asociación, libertad sindical, expresión e información porque: *«(...) la finalidad perseguida por la Consellería de Educación era precisamente conocer la opinión de los padres sobre el uso de la lengua galega y/o castellana en las asignaturas troncales, en los libros de texto y en otros materiales didácticos, en las pruebas orales y escritas, y sobre el uso de la lengua inglesa en la impartición de contenidos (educación infantil) y de materias (Educación primaria, educación secundaria y formación profesional). Este cuestionario era totalmente anónimo y voluntario (...). Es evidente que el procedimiento seguido por la Administración educativa no sólo garantizaba la posibilidad de que los padres pudiesen manifestar por escrito su opinión sobre el uso de las lenguas en la enseñanza a través del cuestionario, sino que además lo hiciesen libremente, sin influencias externas a su propia convicción u opinión, y sin estar sujetos a presiones de ningún tipo, al menos procedentes de los profesionales de los Centros educativos (directores, profesorado, etc...). (...) El alcance prohibitivo al que se extiende la instrucción permite interpretarla, no en términos de censura, como lo es por el sindicato recurrente, sino en términos de garantía a favor de los encuestados de que la opinión manifestada a través de las encuestas o consultas se iba a expresar de forma libre, y no mediatizada por acciones que tuviesen por finalidad*

influir en ella.(...). Bajo esta perspectiva no se impedían entonces reuniones sobre las encuestas, ni que los directores pudiesen ejercer las funciones que se recogen en el artículo 27 del Decreto 374/1996, de 17 de octubre, que aprueba el Reglamento orgánico de las escuelas de educación infantil y de los colegios de educación primaria, y entre ellas la de garantizar el derecho de reunión de maestros, alumnos, padres de alumnos, y personal de la administración de servicios, ni se impedían las reuniones en asambleas de estudiantes, en claustros de profesores, reuniones de ANPAS en las que se pudiesen debatir o informar sobre el procedimiento de las encuestas y la finalidad con ellas pretendida, con la importancia que su cumplimentación implicaba en el proceso de elaboración del borrador del Decreto del gallego. Lo que se impedía es que se convocasen reuniones en el seno de la comunidad educativa que representasen campañas a favor o en contra de las encuestas, con las que se pudiesen mediatizar la respuesta de los padres y madres a la hora de cubrir el cuestionario».

3. ECONOMÍA E INDUSTRIA

3.1. Anulación del convenio suscrito con una compañía aérea para fomentar el turismo y el tráfico aéreo en un aeropuerto gallego. Aplicación de la Ley de Contratos Públicos. Incumplimiento de los principios de concurrencia y publicidad.

Una Diputación provincial suscribió en el año 2006 con determinada compañía aérea un "protocolo" o convenio de colaboración en cuya virtud, a cambio de una prestación económica dicha compañía se comprometía a mantener una línea aérea de pasajeros entre un aeropuerto gallego y el de Madrid-Barajas a precios económicos, promocionando al mismo tiempo el turismo de la zona. La sentencia del TSJG (S^a de los Cont.–Ad., Secc. 2^a, ponente: Ilmo. Sr. Fernández López) de 3 de marzo de 2011 (recurso 4166/2010) confirma la anulación del referido convenio tras considerar que ostenta la naturaleza jurídica de un contrato público y que por ello debió someterse a los principios de concurrencia y publicidad que rigen esa materia. Incide así la sentencia en que *«ya el punto primero de la parte expositiva del protocolo (o convenio) refería con claridad la competencia que el organismo provincial tenía en el ámbito del fomento y la promoción del turismo, como así es verdad a tener de lo dispuesto en los artículos 31 y 36 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, de modo que si pretendía que tal servicio se prestara de forma indirecta por una empresa externa, tenía que acudir, necesariamente,*

al contrato de prestación del servicio público contemplado en los artículos 154 y siguientes del TRLCAP, en tanto que si lo que pretendía era que una empresa tan sólo prestara servicios complementarios de carácter técnico, industrial o comercial, debía acudir al contrato de servicios contemplado en sus artículos 196 y siguientes, todo lo cual revela que aquel contrato (o convenio) era ilegal, ya que su objeto versaba sobre un verdadero contrato administrativo que, a la postre, se sustraía a los principios de publicidad e igualdad y prescindía de forma total y absoluta de todo procedimiento, por lo que incurría en el vicio de nulidad contemplado en el artículo 62 de dicho texto legal».

3.2. Parques eólicos. Decreto 242/2007, de 13 de diciembre por el que se regula el aprovechamiento de energía eólica en Galicia.

La sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 3^a) de 16 de marzo de 2011 (recurso 7728/2008, ponente: Ilmo. Sr. Díaz Casales) desestima el recurso contencioso-administrativo promovido frente a la totalidad del Decreto 242/2007, de 13 de diciembre, de la Consellería de Innovación e Industria por el que se reguló el aprovechamiento de energía eólica en Galicia. Considera la sentencia, entre otros aspectos, que:

- El referido Decreto no vulneró los principios de libertad empresarial y de producción eléctrica, por cuanto el número limitado de autorizaciones disponibles y la escasez de los recursos naturales *«imponen la necesidad de establecer un procedimiento de preselección de solicitudes, ya que, la limitación de megavatios ofrecidos viene impuesta por la necesidad de optimizar las redes de transporte y distribución, imponiendo aquella limitación el procedimiento de selección de las solicitudes con arreglo a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios».*
- La prohibición que estableció de instalar parques eólicos en los espacios naturales protegidos se acomoda a lo dispuesto al efecto en la normativa medioambiental y urbanística aplicable.
- La previsión de participación pública en el capital social de las entidades solicitantes *«se trata del ejercicio de una opción que, sin duda, pudiera merecer sus críticas, pero que no puede reputarse ilegal por vulnerar ni el principio de libertad de empresa, ni disposiciones legales o constitucionales».*

3.3. Prácticas restrictivas de la competencia realizadas por el Colegio Oficial de Administradores de Fincas de Galicia.

La sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 3^a) de 28 de marzo de 2011 (casación 4598/2008, ponente: Excmo. Sr. Campos Sánchez-Bordona)

confirma una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que declaró que el Colegio Oficial de Administradores de Fincas de Galicia incurrió en prácticas ilegales restrictivas de la competencia al publicar un anuncio advirtiendo que los Administradores de Fincas colegiados eran los "únicos" que contaban con la "autorización legal necesaria para ejercer su profesión con total acierto". Afirmación a la que el Colegio unía la "advertencia" de iniciar acciones "penales y civiles contra todas aquellas personas que ejerzan la actividad de Administración de Fincas sin estar colegiados".

Afirma la sentencia que *« conforme a la nueva redacción dada al artículo 13 de la Ley de Propiedad Horizontal, ha desaparecido el carácter de exclusividad que pudiera haberse atribuido al Administrador de Fincas»*. De manera que el mentado anuncio, *« además de contravenir la normativa legal existente en el momento en que se emitió, estaba dirigido a -y tenía aptitud bastante para- evitar o restringir la competencia en el mercado de los servicios de administración de fincas, abierto a otros operadores económicos y no monopolizable por los colegiados que agrupaba el Colegio Oficial de Administradores de Fincas de Galicia (...). El anuncio es engañoso por difundir "indicaciones incorrectas", constitutivas de actos de engaño, según el artículo 7 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, incardinable en el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto distorsiona gravemente las condiciones de competencia de mercado, y afecta al interés público, pues sin duda, se dirige a la eliminación de otros competidores que pueden ejercer la administración de la Comunidad de propietarios, ofreciendo condiciones más ventajosas y menos onerosas, de tal forma, que el interés de los propietarios usuarios de estos servicios, que trasciende de su esfera particular al ámbito más amplio del general de la sociedad, queda gravemente dañado»*.

4. EXPROPIACIÓN FORZOSA

4.1. Anulación de proyecto expropiatorio por no haberse declarado previamente la utilidad pública de la obra a la que sirve. Obligación de restitución 'in natura' del bien expropiado.

La Sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 6^a) de 11 de mayo de 2010 (Casación 5898/2006, ponente: Excmo. Sr. Díez-Picazo Giménez), ratifica la anulación del proyecto expropiatorio aprobado por la Confederación Hidrográfica del Norte para el acondicionamiento de la margen derecha del Río Avia a su paso por Rivadavia, derivado de un Protocolo de Colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y la Diputación Provincial de Ourense,

al no haberse previamente declarado, ni expresa, ni implícitamente, la "utilidad pública" de la obra en cuestión. Insiste nuestro máximo Tribunal en que: *«Interpretar, como hace el Abogado del Estado, que la mera referencia en el Anexo II [del Plan Hidrológico Nacional] a una actuación genérica, como la aquí examinada, sirve para justificar la existencia de una causa expropiandi equivaldría a dar carta blanca a la Administración para expropiar cualesquiera bienes que tengan algo que ver con la protección y regeneración de espacios forestales próximos a los ríos gallegos. Y esto, como es obvio, vaciaría de significado la exigencia de que la expropiación forzosa sólo puede acordarse cuando existe una causa de utilidad pública debidamente justificada y declarada. Es más: no hay que olvidar que la regla general es que la utilidad pública debe ser declarada por una ley ad hoc y que sólo como excepción cabe entender que la declaración de utilidad pública está implícita en ciertos planes de obras y servicios (arts. 9 y siguientes de la LEF), de donde se sigue que esta segunda posibilidad no puede ser ulteriormente relajada, hasta el punto de admitir que la utilidad pública dimana de proyectos insuficientemente identificados».*

En la posterior sentencia de 14 de enero de 2011 (casación 165/2010) el Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 6^a) añade que la nulidad del referido proyecto expropiatorio conlleva por derivación la de todos los actos dictados en su ejecución, incluidas las resoluciones del Jurado de Expropiación sobre el justiprecio, toda vez que: *«la nulidad de la causa expropiandi arrastra consigo todo lo actuado. Ello implica la ilegalidad de la ocupación del bien expropiado, que debe ser restituido por la Administración a sus propietarios, indemnizando, en su caso, los perjuicios ocasionados por dicha ocupación ilegal (...)».* Señala, asimismo, que *«no está demostrado que en el presente caso no sea posible la restitución in natura del terreno expropiado, lo que excluye que los recurrentes deban recibir el justiprecio incrementado en un 25%. Éste es un criterio de origen puramente jurisprudencial para indemnizar la vía de hecho que sólo opera en el supuesto de que la restitución del bien ilegalmente ocupado sea imposible».*

4.2. Valoración del justiprecio en la expropiación de un sistema general, destinado a equipamiento universitario, en suelo rústico.

La Sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 6^a) de 11 de marzo de 2011 (Casación 6430/2006, ponente: Excmo. Sr. Trillo Alonso), considera inaplicable a los terrenos expropiados para la ampliación de la ciudad universitaria de Vigo -clasificados como suelo urbanizable no programado,

equivalente a efectos de valoración al suelo no urbanizable o rústico- la doctrina jurisprudencial que obliga a valorar los sistemas generales en suelo rústico como si de suelo urbanizable sectorizado se tratase. Y ello por cuanto *«la instalación docente de la universidad de Vigo se enclava inmersa en un bosque al estar ubicada en el monte, alejado y separado del centro urbano de Vigo y de cualquier núcleo de población o edificaciones residenciales, lo que impide que los terrenos limítrofes con los expropiados para la construcción se beneficien de unas plusvalías de las que carecen en realidad en función de la ubicación de la universidad. [Lo que] impide que se aplique aquella jurisprudencia de esta Sala ... fundada en la equitativa distribución de beneficios y cargas, que impondría un sacrificio para el expropiado en beneficio del resto de titulares de fincas limítrofes, que se beneficiarían, -cosa que aquí no ocurre-, de la instalación que motiva la expropiación».*

5. MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO

5.1. Anulación de plan general de ordenación municipal por omitirse en el procedimiento para su aprobación el preceptivo informe sectorial de telecomunicaciones.

La Sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 5^a) de 9 de marzo de 2011 (Casación 3037/2008, ponente: Excmo. Sr. Peces Morate), confirma la anulación total de la revisión del Plan General de Ordenación Municipal de la ciudad de Ourense por no haberse solicitado durante su tramitación el informe sectorial sobre las necesidades de redes públicas de comunicaciones electrónicas exigido en el artículo 44.3 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones (actual artículo 26.2 de la Ley homónima 32/2003, de 3 de noviembre). Considera el máximo Tribunal que la referida omisión constituye un *«defecto que, como vicio sustancial en la elaboración de una disposición de carácter general, debe acarrear su nulidad de pleno derecho, conforme a lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»*.

5.2. Suspensión por la Xunta de Galicia del planeamiento general municipal.

Mediante Decreto de la Xunta de Galicia 208/2002, de 20 de junio se suspendió provisionalmente la aplicación de las Normas Subsidiarias de

Planeamiento Municipal de O Grove, a fin de «evitar que continúe la caótica expansión urbanística derivada de la aplicación de las determinaciones del planeamiento vigente y que resulte inviable en el futuro cualquier solución razonable para los graves problemas causados» (DOG 119, de 21/06/2002). Tras un largo proceso judicial el Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 5^a) confirma la validez del Decreto en sus sentencias de 16 de noviembre de 2010 (casación 1457/2006, ponente: Excmo. Sr. Fernández Valverde) y 21 de marzo de 2011 (casación 3708/2006, ponente: Excmo. Sr. Calvo Rojas). Aprecia que, de un parte, no se han vulnerado los principios de autonomía municipal, ni de interdicción de la arbitrariedad por los poderes públicos. Y de otra, que la entrada en vigor del Decreto en cuestión no precisaba de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, bastando con la que se realizó en el Diario Oficial de Galicia.

5.3. Incremento de la reserva de vivienda protegida tras la aprobación inicial de la revisión de un plan general. Modificación no sustancial. Innecesariedad de reiterar el trámite de información pública.

La sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 20 de enero de 2011 (recurso 4476/2008, ponente: Ilmo. Sr. Fernández López) considera que el incremento del porcentaje de vivienda protegida (del 20% al 40% de media en todos los ámbitos de suelo urbano no consolidado y suelo urbanizable) que se produjo después de la aprobación inicial de la revisión del plan general de ordenación municipal de Vigo, no conllevó una modificación sustancial o estructural del modelo de ciudad que obligase a reiterar el trámite de información pública antes de su aprobación definitiva. Insiste así la sentencia en que «(...) deben tenerse en cuenta dos extremos: el primero, que ninguna de esas reservas (ya del 20%, del 30% o del 40%) supone la alteración del uso residencial de los ámbitos, ni la tipología de vivienda colectiva, y el segundo, que tal porcentaje es mínimo, por lo que puede elevarse cuando lo exija el interés público (sentencias de esta sala de 14.02.08 y 05.03.10), "ius variandi" que aquí está justificado para adaptar la reserva a las exigencias de ese tipo de viviendas en la zona, como se aprecia en el llamado "Estudio (...)", que justifica el aumento del 20% a un total del 47% en el conjunto del plan para ese tipo de viviendas, sin que haya acreditado la adversa que tal porcentaje sea excesivo o improcedente en los ámbitos que le interesan; por lo demás, y aunque la ley autonómica citada [Ley 6/2008, de 19 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo] no sea aquí aplicable, resulta clarividente su disposición transitoria primera cuando refiere que la adaptación de los planes

aprobados provisionalmente a esa ley no implica el sometimiento del texto a nuevo trámite de información pública».

5.4. Construcción de una Estación Depuradora de Aguas Residuales (EDAR) a distancia inferior a 2000 m de un núcleo de población. Inaplicabilidad del RAMINP en la Comunidad Autónoma de Galicia. Innecesariedad de licencia urbanística municipal.

La sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 2^a) de 30 de septiembre de 2010 (recurso apelación 4498/2009, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) declara inaplicable en Galicia el antiguo Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre (RAMINP), tras su derogación por Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, y sustitución por el Decreto autonómico 133/2008, de 12 de junio, de Evaluación de Incidencia Ambiental. En especial el antiguo artículo 4 RAMINP, en el que se prohibía que las industrias fabriles peligrosas o insalubres se emplazasen a una distancia inferior a 2000 metros desde el núcleo de población agrupada más cercano. Añade, por otra parte, que tampoco le resulta exigible a la EDAR en cuestión licencia urbanística, pues *«con independencia de lo que establece el artículo 127 de la Ley de Aguas tras el Real Decreto Legislativo 1/2001, el otorgamiento de una licencia es un acto de control preventivo del cumplimiento de la legalidad que realiza la autoridad municipal en relación con la actividad de los ciudadanos o de otras Administraciones, por lo que cuando es el Ayuntamiento el que realiza una obra pública propia, como es el caso, ese control se lleva a cabo mediante la aprobación del correspondiente proyecto técnico, ya que las cualidades de controlador y controlado coinciden en la misma entidad. Y lo mismo hay que decir cuando son otras Administraciones las competentes en relación con determinadas obras y actividades».*

6. PERSONAL

6.1. Derecho del personal funcionario interino al reconocimiento y retribución de trienios con carácter retroactivo sobre períodos anteriores a la fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de diciembre de 2010, asuntos C-444/2009 y C-456/2009, dictada en cuestiones prejudiciales formuladas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

núm. 3 de A Coruña y núm. 3 de Pontevedra concluye que las autoridades competentes están obligadas, en virtud del Derecho de la Unión Europea y en relación con la cláusula 4 del Acuerdo marco de la Directiva 1999/70/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1999 sobre el trabajo de duración determinada, dotada de efecto directo, a conferir a los funcionarios interinos el derecho al pago de trienios con efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo de transposición de la Directiva, sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del Derecho español en materia de prescripción. De ello se deriva, tal y como señaló el Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 7^a) en su sentencia de 7 de abril de 2011 (casación en interés de ley 39/2009, ponente: Excmo. Sr. González Rivas) la primacía del Derecho comunitario sobre lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril (Estatuto Básico del Empleado Público), debiendo reconocérsele al personal interino los trienios con efectos retributivos retroactivos sobre períodos anteriores a la fecha de entrada en vigor de dicha Ley, dado que *«la tardía transposición del Gobierno de España de la Directiva 1999/70/CE al Derecho interno a través del Estatuto Básico del Empleado Público, no puede perjudicar a los funcionarios interinos»*.

6.2. Imprudencia de rebajar el 5% del salario a los trabajadores de las sociedades mercantiles de capital público.

La sentencia del TSJG (S^a de lo Social, Secc. 1^a) de 4 de noviembre de 2010 (recurso 15/2010, ponente: Ilma. Sra. Catalá Pellón) estima la demanda de conflicto colectivo promovida por el comité de empresa de la "Sociedade Anónima para o Desenvolvemento Comarcal de Galicia" (SODECO), declarando nula de pleno derecho la decisión empresarial de reducir en un 5% todos los conceptos de las nóminas de sus trabajadores. Señala la sentencia que: *«La cuestión a la que se ciñe el debate es si a través de un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo, puede practicarse una reducción salarial a todos los trabajadores de SODECO. Y a ese interrogante debemos responder contundentemente que no. La Disposición Adicional Novena del Real Decreto-ley 8/2010 establece de forma meridiana que la reducción salarial, no será de aplicación al personal laboral no directivo de las sociedades mercantiles, salvo que por negociación colectiva las partes decidan su aplicación.*

Son hechos no controvertidos en el proceso que los trabajadores afectados por el conflicto no tienen la condición de personal laboral directivo y que la Sociedad Anónima para el Desenvolvemento Comarcal de Galicia, es una Sociedad Mercantil Pública cuyo capital social pertenece íntegramente a la Administración Autonómica Gallega.

Los términos y expresiones gramaticales de la norma son absolutamente diáfanos, debiendo atenernos a una interpretación literal, sin necesidad de acudir a ninguna otra regla de interpretación como postula la Sociedad demandada.

Es la vinculación al resultado final o mejor dicho, la contribución de los sujetos legitimados para negociar junto con el empresario, en la elaboración de un pacto o convenio, lo que diferencia la "negociación" de un "período de consultas".

Y esto es lo que aquí sucede, sin que el debate pueda realizarse sobre la probanza o no por la empresa, de la situación económica negativa que aconseja la reducción salarial, porque en este sentido sí convenimos con el Letrado de la Xunta de Galicia, en que la difícil situación económica que atraviesa actualmente nuestro país, es un hecho que goza de notoriedad absoluta y general (artículo 281.4 de la LEC).»

7. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

7.1. Impugnación del Decreto del Presidente de la Xunta de Galicia de nombramiento de los titulares de las distintas Consellerías por incumplir la Ley de Igualdad. Falta de legitimación activa de los recurrentes.

Un particular y un grupo político parlamentario impugnaron el Decreto 81/2009, de 19 de abril, de nombramiento de los titulares de los departamentos de la Xunta de Galicia por incumplir el ratio de paridad establecido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Pleno) de 17 de noviembre de 2010 (recurso 519/2009, ponente: Ilmo. Sr. Cambón García) inadmite el recurso tras apreciar la falta de legitimación activa de los recurrentes. Incide, de un parte en que «no existe ninguna ley que conceda acción popular para impugnar un Decreto de nombramiento de Conselleiros». Y de otra, en que «es pacífica la posición de la jurisprudencia que niega la "legitimación" a los partidos políticos para la impugnación de cualquier acto administrativo que pueda tener efectos políticos, si no se aprecia una conexión específica con su actuación o funcionamiento (así Ss. 6-4-2004; 18-1-2005; 30-5-2008; 20-1-2009)... No siendo suficiente que exista una relación entre la disposición que pretende impugnarse y los fines de política general que puedan perseguir como asociaciones de participación política (...). La conexión específica entre las organizaciones no gubernamentales que tienen como objeto

de actuación su protección y las cuestiones que les afectan no puede predicarse de los partidos políticos, que por su naturaleza y fines no pueden incluirse como "grupos de intereses sociales, económicos y colectivos", que está referido a las asociaciones... cuya finalidad primordial es la defensa de esos intereses, mientras que los partidos políticos tienen su propio campo de actuación en la representación política».

7.2. Las declaraciones de impacto o de efectos ambientales son meros actos de trámite no impugnables en vía contencioso-administrativa.

La Sentencia del Tribunal Supremo (S^o 3^a, Secc. 5^a) de 26 de noviembre de 2010 (Casación 5395/2006, ponente: Excmo. Sr. Calvo Rojas), revoca la sentencia del TSJG que anuló la Declaración de Efectos Ambientales del proyecto de planta de almacenamiento y regasificación de gas licuado de Mugaros e inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a dicha Declaración. Y ello por cuanto *«la Declaración de Impacto Ambiental, a la que ha de equipararse, a los efectos que aquí interesan, la Declaración de Efectos Ambientales de la legislación autonómica gallega, tiene un carácter instrumental o medial en relación con la decisión final de llevar a cabo un determinado proyecto; por lo que dicha declaración ambiental no constituye un acto administrativo definitivo que pueda ser impugnado de forma autónoma en vía jurisdiccional, de manera que su enjuiciamiento sólo podrá llevarse a cabo con motivo de la impugnación que se dirija contra el acto que ponga fin al procedimiento».*

7.3. Suspensión cautelar automática de las sanciones tributarias, sin necesidad de constituir garantía.

El Auto del TSJG (S^o de lo cont.-ad., Secc. 4^a), de 8 de noviembre de 2010, (recurso 15165/2010, ponente: Ilmo. Sr. Selles Ferreiro) declara la procedencia de suspender automáticamente en la vía judicial, hasta la notificación de la sentencia y sin necesidad de constituir garantía, las sanciones tributarias cuya ejecución hubiese sido previamente suspendida en la vía económico-administrativa. Afirma en dicho auto el Tribunal que: *«(...) En lo que atañe a las sanciones, dispone el párrafo segundo del artículo 233. 8 LGT que "la suspensión se mantendrá, en los términos previstos en el párrafo anterior y sin necesidad de prestar garantía, hasta que se adopte la decisión judicial". Sobre el significado y alcance de la "decisión judicial" de referencia han sido varias las posiciones mantenidas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, bien refiriéndola a la*

decisión en la pieza de medidas cautelares, bien refiriéndola a la decisión de fondo que recaiga en los autos principales.

Esta Sala ha mantenido, hasta la fecha, las dos posiciones, siendo el criterio actual, que rectificaba el inicial, el que la referencia a la decisión judicial atañe a la sentencia que pone fin al procedimiento.

(...) A tenor de los criterios de interpretación de las normas que el Código civil impone (artículo 3.1) y del mandato del artículo 53 CE en orden a que los derechos fundamentales y principios rectores de la política social y económica informen la práctica judicial, se está en el caso de rectificar el criterio anterior, en el sentido de mantener la suspensión automática de la sanción acordada en sede administrativa, siempre que por el interesado se haya dado cumplimiento al trámite antes mencionado del artículo 233.8 LGT si bien, en otro caso, la suspensión automática también es procedente aunque solo podrá tener efectos desde la fecha de solicitud ante el Tribunal, sin efecto retroactivo de la suspensión así acordada en el caso de que por la Administración se hayan practicado ya actos de ejecución.

Y ello como consecuencia, tanto de las exigencias normativas referidas, entre las que es de mencionar la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), como la adaptación de las resoluciones cautelares a la situación social y económica concurrente, de suerte que los derechos de los contribuyentes no se vean afectados por exigencias complementarias para su ejercicio ante la jurisdicción contencioso-administrativa».

8. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

8.1. Denegación de indemnización por la anulación de un acto administrativo. Restricciones a la edificación impuestas por la Consellería de Cultura para proteger el entorno no delimitado de un Bien de Interés Cultural.

El Ayuntamiento de Cambre concedió licencia para la construcción de un edificio de viviendas a 50 metros de la iglesia de Santa María (Bien de Interés Cultural, monumento nacional). La Consellería de Cultura paralizó en el año 1994 la ejecución de dichas obras, obligando a rebajar la altura y edificabilidad proyectadas, con el fin de proteger el entorno del BIC. El TSJG anuló posteriormente esta última resolución en su sentencia de 17 de octubre de 1996 porque el "entorno" del monumento no había sido previa y formalmente delimitado. Como consecuencia de ello la promotora solicitó de

la Consellería de Cultura una indemnización de 321.000 euros. La Sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 6^a) de 1 de abril de 2011 (Casación 5187/2006, ponente: Excmo. Sr. Trillo Alonso) confirma la desestimación de dicha pretensión indemnizatoria, tras constatar que la suspensión de la obra ordenada por la Consellería de Cultura, al aplicar conceptos jurídicos indeterminados, resultó "razonada y razonable", aunque finalmente fuese anulada en vía judicial, por lo que no incurrió en "antijuridicidad" generadora de responsabilidad patrimonial. Incide así la sentencia en que «no sólo en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración cabe descartar la antijuridicidad del daño cuando su actuación se mantiene en unos márgenes de apreciación razonados y razonables, sino también en aquellos otros en el que la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no se limita a atender solo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no de derecho en la esfera del administrado sino que requiere, antes de ser aplicada, una apreciación de marcado carácter subjetivo de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución (...). En estos últimos supuestos lo que es exigible a la Administración es que actúe dentro de los parámetros de la razonabilidad, y ello sin duda cabe afirmar con respecto a las actuaciones que nos ocupan, con independencia de su conformidad o no a derecho, pues ha de calificarse de razonable que ante la indefinición de la extensión de la protección de un bien declarado de interés cultural hasta que se produce la delimitación de su entorno, se adopten las medidas proteccionistas que se adoptaron».

8.2. Responsabilidad sanitaria por no informar al paciente del posible riesgo neurológico que conlleva la anestesia intradural. Cálculo de la indemnización.

La sentencia del TSJG (S^a de lo Cont.-Ad., Secc. 3^a) de 26 de abril de 2011 (recurso 7031/2011, ponente: Ilmo. Sr. Cambón García) considera que la Administración sanitaria incurrió en responsabilidad patrimonial por no informar debidamente al paciente de los riesgos neurológicos que podría acarrearle la aplicación de la anestesia en la operación quirúrgica a la que se sometió. Pero añade también que, no obstante, «a la hora de concretar el importe de la indemnización a conceder, no se pueden tener en cuenta las secuelas e incapacidad de la actora, puesto que cuando se aprecia únicamente la vulneración de las normas del consentimiento informado, lo indemnizable es el daño moral derivado de haber privado a la paciente de la información necesaria sobre los posibles riesgos y complicaciones, a fin de que adoptase la

decisión que reputaba más conveniente, debiendo siempre tener en cuenta que el previo estado físico de la paciente era deficitario ya que precisamente acudió a la Administración Sanitaria por padecer enfermedad. Y teniendo en cuenta lo apuntado se considera procedente conceder una indemnización de 36.000 euros como 'deuda de valor' a la fecha de la presente sentencia».

9. TRÁFICO Y CIRCULACIÓN

Innecesariedad de someter el GPS del "multamóvil" a control metrológico

La sentencia del TSJG (S^a Cont.-Ad., Secc. 3^a) de 9 de diciembre de 2010 (recurso 7355/2010, ponente: Ilmo. Sr. Díaz Casales) considera que el aparato de GPS del vehículo de vigilancia de tráfico de la policía municipal, popularmente conocido como "multamóvil", no se debe someter a control metrológico porque «*el GPS sólo proporciona unos datos de localización señalado en grados que resulta, de una parte, absolutamente indescifrable para cualquiera que no tenga un sistema similar. De otra trataría de un dato adicional que, en su caso, permitiría cuestionar la dirección fijada en cualquier documento (sea o no sancionador) de no resultar coincidente, pero que resulta intrascendente, por no condicionar los derechos de las partes sometidas al procedimiento sancionador, ya que de ordinario se referirán a una dirección sañada de modo convencional y no a las coordenadas o magnitudes indicadas por el localizador. Pero finalmente, lo que resulta absolutamente determinante es que no se trata de un instrumento que pese, mide o cuente, por lo que ha de concluirse que no está sometido al control metrológico que el recurrente reclama, sin que pueda acogerse su pretensión de que la Administración autonómica debiera interesar de la Administración estatal su inclusión en los anexos del RD 889/2006*».

10. TRIBUTOS

10.1. Indebida imposición de una tasa por un ayuntamiento a otro por la prestación del servicio de suministro de agua potable.

La sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 2^a) de 14 de junio de 2010 (casación 4144/2005, ponente: Excmo. Sr. Huelin Martínez de Velasco) confirma la anulación de la tasa exigida por el ayuntamiento de Pontevedra al de Marín por el servicio de suministro de agua potable que el primero le

presta al segundo. Señala el alto Tribunal que: *«la noción de tasa local, además de la presencia para el sujeto pasivo de la afección y el beneficio referidos, requiere otras dos notas: la primera consiste en que, en casos como el presente, se exija por la prestación de servicios públicos de competencia local y la segunda precisa que la prestación no sea de solicitud o recepción voluntaria (artículo 20.1 de la Ley reguladora de las Haciendas locales en relación con el artículo 26 de la Ley General Tributaria de 1963, en la redacción dada a ambos preceptos por la Ley 25/1998). Pues bien, a juicio de esta Sala ninguna de tales condiciones concurre en el caso de la tasa que el Ayuntamiento de Pontevedra exige a los concellos colindantes y, en particular, al de Marín. La índole local del servicio y su carácter de obligatorio no ha de examinarse en abstracto sino en relación con el destinatario. Por supuesto que el suministro de agua a sus vecinos por parte de la Corporación pontevedresa constituye un servicio de su irrenunciable competencia y, además, no voluntario, en cuanto viene impuesta por una disposición legal, resultando imprescindible para la vida, ya privada ya social, de los vecinos del municipio [artículo 20.1.B).a) de la Ley reguladora de las Haciendas locales, en relación con el 26.1.a) de la Ley de bases del régimen local]; ahora bien, no es competencia de dicha corporación el suministro de agua al Ayuntamiento de Marín ni a sus vecinos, para quienes, por consiguiente, su recepción resulta voluntaria».*

10.2. La anulación, en dos veces sucesivas, de la liquidación tributaria por falta de motivación de la valoración del bien inmueble que constituye la base imponible impide que se efectúe una tercera valoración, debiendo en tal caso prevalecer la declarada por el contribuyente.

La sentencia del Tribunal Supremo (S^a 3^a, Secc. 2^a) de 28 de octubre de 2010 (casación unificación doctrina 13/2006, ponente: Excmo. Sr. Montero Fernández) anula la sentencia del TSJG impugnada, así como la liquidación tributaria en cuestión, al considerar que: *«El derecho de la Administración a corregir las actuaciones producidas con infracción de alguna garantía o formalidad o insuficiencia de motivación en las comprobaciones de valores, no tiene carácter ilimitado, pues está sometido en primer lugar a la prescripción, es decir puede volver a practicarse siempre que no se haya producido dicha extinción de derechos y en segundo lugar a la santidad de la cosa juzgada, es decir si se repite la valoración con la misma o similar ausencia o deficiencia de motivación, comportaría la pérdida -entonces si- del derecho a la comprobación de valores y en ambos casos (prescripción o reincidencia) la Administración había de pasar por la valoración formulada en su día por el contribuyente».*

NORMAS DE PUBLICACIÓN

- 1. Las propuestas de colaboración con la Revista Gallega de Administración Pública se remitirán como archivo adjunto a un mensaje de correo electrónico a la siguiente dirección: **regap@xunta.es**. Además, la o el autor o los autores enviarán el original en un disco compacto, USB, o dispositivo similar, en soporte informático *Microsoft Word*, así como dos copias impresas firmadas a la siguiente dirección:

Revista Gallega de Administración Pública
Servicio de Estudios y Publicaciones
Escuela Gallega de Administración Pública
Rúa de Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela (A Coruña)

- 2. El disco compacto, USB, o dispositivo similar, remitido por correo postal deberá contener un único archivo o documento con el texto de la propuesta de la colaboración.
- 3. No serán aceptadas propuestas de colaboración enviadas por fax o por correo postal sin estar acompañadas del correspondiente soporte electrónico.
- 4. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
- 5. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
 - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
 - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés italiano, inglés o alemán.
- 6. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
 - a) Título descriptivo del contenido, nombre, apellidos y profesión o cargo de la o del autor o de los autores.
 - b) Un resumen (de un máximo de 150 palabras) en el idioma en el que se presenta el texto principal y su traducción al inglés de no ser esta la lengua empleada en su redacción.
 - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto princi-

-
- pal, y su versión al idioma inglés, de no ser esta la lengua empleada en su redacción.
- d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a...).
 - e) El cuerpo principal del texto.
 - f) La bibliografía.
- 7. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la o las personas responsables de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos formales:
 - a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.
 - b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y ajustarse al siguiente modelo:
 - LIBRO: AUTOR, *Título de la publicación*, núm. Edición, lugar de la publicación, editor, año, página.
 - AUTOR, "Título del artículo". *Título de la fuente* (revista u otra colectiva), número, año, páginas.
 - c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; de tratarse de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).
 - d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo. Por ejemplo: http://www.un.org/base/publicad/pages/innovat_a.html.
 - 8. Derechos de autoría. Una vez que el consejo editorial acepte publicar cualquier material (artículo o recensión) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP).