

# A comunicación previa aplicada ao réxime de licenzas: o exemplo de Vigo

**Resumo:** *No presente estudo preténdese abordar unha análise dos labores de transposición da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello de 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior, no Estado español, para aprofundar na especial problemática que se produce no ámbito local, e concretamente nos municipios como entidades competentes en materia de outorgamento de licenzas de actividade no caso das actividades de carácter inocuo. Para amosar a devandita problemática e unha posible solución analízanse os traballos de transposición levados a cabo polo Concello de Vigo e, en concreto, a fórmula elixida de utilización da figura da comunicación previa para o acceso ás actividades de servizos inocuas.*

**Palabras clave:** *Directiva de Servizos; Licenzas de Actividade; Concello; Comunicación previa.*

**Abstract:** *In the present study aims to address an analysis of the work of transposition of the Directive 2006/123/EC of the European Parliament and the Council of 12 December 2006 on services in the internal market in the Spanish state, to deepen in the specific problem that occurs at the local level, specifically in the municipalities as entities responsible for licensing activity in the case of the activities of a safe. To show this problem and possible solutions are discussed for implementation work carried out by the city of Vigo, in particular, the formula chosen to use the figure of advance notice for access to service activities harmless.*

**Key words:** *Services Directive; Licensing activities; City council; Advanced notice.*

**Índice:** 1. Introducción. 2. Directiva 123/2006, de Servizos en el Mercado Interior. 3. Transposición en el ámbito estatal. 3.1. Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servizos y su ejercicio. 3.2. Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de Diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servizos y su ejercicio. 3.3. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. 4. Transposición en el ámbito de la comunidad autónoma de Galicia. 5. Transposición en el ámbito local: el ejemplo de Vigo. 5.1. Cuestiones generales. 5.2. Actuaciones genéricas de transposición. 5.3. Nuevo régimen para el ejercicio de actividades inocuas. 5.3.1. Génesis. 5.3.2. Régimen de comunicación previa. 5.3.3. Licencias sujetas a procedimiento simplificado. 5.3.4. Ejercicio de actividades vinculadas a la ejecución de obras. 5.3.5. Cuestiones pendientes. 5.3.5.a) De ámbito local. 5.3.5.b) De ámbito autonómico. 6. Conclusiones para una reflexión. 6.1. Reformas organizativas. 6.2. Reformas normativas. 6.3. Ventanilla única de servizos: una asignatura pendiente. 6.4. Un proceso en evolución. 7. Bibliografía



## \*1 Introducción

No presente artigo preténdese analizar, en liñas xerais dado que a extensión do mesmo non permite afondar nas múltiples cuestións que se formulan, un exemplo de transposición, no ámbito local, da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, relativa aos servizos no mercado interior, concretamente no Concello de Vigo, transposición que se circunscribirá, sen prexuízo de esbozar outras cuestións, ao novo réxime de comunicación previa para o acceso ás actividades inocuas e o seu exercicio.

Así, tras analizar o marco normativo, desde o inicio da propia DIRSE pasando polos labores de transposición do Estado español ata a situación na Comunidade Autónoma de Galicia, expóranse as distintas actuacións municipais levadas a cabo dentro das obrigas de transposición que lle competen, con especial incidencia no novo réxime de comunicación previa, todo iso desde a posición da administración local respecto ás Directivas comunitarias.

## 2 A Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello de 12 de decembre de 2006, relativa aos Servizos no Mercado Interior

O Tratado da Comunidade Europea consagra, xa desde 1957, tanto a liberdade de establecemento, actual artigo 43, como a liberdade de circulación de servizos, actual artigo 49. En aplicación dos devanditos preceptos o Tribunal de Xustiza Europeo veu eliminando trabas

* RELACIÓN DE ABREVIATURAS	
AAVV	Autores varios
AXE	Administración Xeral do Estado
AAPP	Administracións Públicas
BOE	Boletín Oficial do Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
COSITAL	Colexio de Secretarios, Interventores e Tesoureiros de Administración Local
CUNAL	Revista de Estudos Locais
DIRSE	Directiva de Servizos
DOUE	Diario Oficial Unión Europea
EELL	Entidades Locais
FEMP	Federación Española de Municipios e Provincias
FEGAMP	Federación Galega de Municipios e Provincias
IMI	Sistema de Información do Mercado Interior
LAE	Lei de Acceso Electrónico dos cidadáns aos Servizos Públicos
LES	Lei de Economía Sostible
LLAASE	Lei de Libre Acceso ás Actividades de Servizos e o seu Exercicio
LRBRL	Lei Reguladora das Bases Réxime Local
LRX-PAC	Lei de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común
RIIG	Razón imperiosa de interese xeral
TCE	Tratado Constitutivo da Comunidade Europea
TXCE	Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado da Unión Europea
UE	Unión Europea

ao libre establecemento e libre prestación de servizos, a consecuencia dos procedementos de infracción abertos por incumprimento do establecido nas devanditas normas, pretendendo articular un sistema de garantías para a materialización das devanditas liberdades<sup>1</sup>, ao tempo que foi dotando de contido as devanditas liberdades nun encomiable labor interpretativo, se ben algúns autores como JIMÉNEZ ASENSIO sosteñen que a devandita xurisprudencia se configura como de grande importancia posto que supón a aplicación directa, e por tanto o recoñecemento do efecto directo das previsións do TCE, das liberdades comunitarias sen necesidade de que deban ser desenvolvidas por norma comunitaria derivada para anoar ás mesmas tales efectos<sup>2</sup>. Non obstante a efectos de garantir as devanditas liberdades procedeuse á aprobación da DIRSE segundo texto aprobado polo Parlamento Europeo e o Consello e publicado no DOUE o 27 de decembro de 2006, entrando en vigor ao día seguinte.

Non cabe dúbida de que a principal revolución producida no panorama administrativo pola DIRSE é a que se deriva do cambio de réxime para o acceso ao exercicio de actividades de servizos<sup>3</sup> fronte ao tradicional réximen da autorización como técnica estrela de control preventivo, que permite o exercicio dun dereito ou facultade que xa pertence ao administrado<sup>4</sup>. Cámbiase o réxime de control “ex ante” por un réxime de control “ex post”, xeralízase o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, configurando o réxime de autorización previa como unha excepción suxeita ao cumprimento dunha serie de requisitos de proporcionalidade, necesidade e non discriminación e ao correspondente proceso de avaliación.

Non obstante, as novidades introducidas pola DIRSE van máis alá do cambio de modelo de intervención para o acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, podendo concretar outras tres cuestións nucleares: portelo único de servizos, calidade dos servizos e cooperación administrativa.

- Portelo único de servizos (PUDS): configúrase como un portelo único virtual a través do cal debe proporcionarse a consumidores e prestadores de servizos toda a infor-

1 Sobre ambas liberdades poden verse BORRAJO INIESTA, I. “Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma” no Tomo II do Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Ed. Civitas, Madrid, 1986. Directores GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZALEZ CAMPOS, J. e MUÑOZ MACHADO, S.; PELLICER ZAMORA, R. C. “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, en ILLESCAS, R. e MOREIRO, C. J. Derecho Comunitario Económico, Vol. I, Las Libertades Fundamentales, Madrid, Colex, 2001.

2 JIMENEZ ASENSIO, R. “La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho Interno”. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2010.

3 Sobre o cambio que se produce no ámbito do dereito administrativo e a europeización do dereito público e especialmente o dereito administrativo, mediante a DIRSE e a facultade do dereito comunitario para provocar o cambio en figuras con tanto arraigamento no noso dereito como a autorización, pode consultarse VELASCO CABALLERO, F., JENS-PETER SCHNEIDER (Coords.): “La unión administrativa europea”, Marcial Pons, Madrid, 2008.

4 O concepto de autorización construíuse dogmaticamente desde dúas perspectivas diferentes. Por unha parte, MAYER puxo o acento sobre a descrición do mecanismo sobre o que a autorización actúa, como acto administrativo que levanta a prohibición preventivamente establecida pola norma de policía, previa comprobación de que o exercicio da actividade non ten que producir no caso concreto perturbación ningunha sobre a boa orde da cousa pública. Doutra parte, RANELLETTI situou o centro de gravidade da autorización na preexistencia no suxeito dun dereito subxectivo, cuxo libre exercicio permite a autorización removendo os límites establecidos ao devandito exercicio. Cfr. PARADA VAZQUEZ, R. “Derecho administrativo I”, Marcial Pons, Madrid, 1994. Sobre a técnica da autorización pode verse tamén GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Curso de Derecho Administrativo II”, 4ª edición, Civitas, 1997, no que apunta xa a problemática do concepto clásico de autorización e a súa crise actual, no que tras sinalar que “A intervención da Administración por vía de consentimento do exercicio da actividade configúrase sempre como requisito necesario do devandito exercicio que, doutro xeito, ou ben non podería despregarse validamente, ou ben se vería privado de efectos xurídicos.” apuntaba xa que “A crise do esquema tradicional fíxose especialmente aguda a partir do momento no que, superando o ámbito propio da orde pública, na súa triple dimensión, comprensiva da tranquilidade, seguridade e salubridade cidadás, en función deo cal foi pensado o devandito esquema, a autorización viuse transplantada ao complexo campo das actividades económicas, no que se lle fai xogar sistematicamente un papel que non se reduce xa ao simple control negativo do exercicio de dereitos, senón que se estende á regulación mesma do mercado, co propósito decidido de orientar e canalizar positivamente a actividade autorizada no sentido duns obxectivos previamente programados ou polo menos, implicitamente definidos nas normas aplicables.”



mación para acceder ou exercer unha actividade de servizos en calquera Estado membro<sup>5</sup>.

- Calidade dos servizos: Mediante este obxectivo refórzanse os dereitos e a protección dos consumidores, xa que as restricións á libre circulación de servizos afectan non só aos prestadores senón tamén aos destinatarios, mediante múltiples obstáculos que entorpecen a utilización dos servizos polos aqueles.
- Cooperación administrativa: Para asegurar un control máis eficiente dos prestadores e os servizos, puxéronse en marcha mecanismos de cooperación reforzada entre todas as Administracións Públicas de todos os Estados membros, entre os que destaca o sistema de información do mercado interior (sistema IMI)

### 3 Transposición no ámbito estatal

O lexislador español optou por un sistema de transposición que non suscitou a aprobación de todos os interlocutores afectados no devandito labor, pois se ben, parece ter optado por unha transposición horizontal e vertical mediante a aprobación de dúas normas, importantes sectores, como o do comercio, quedaron fóra do ámbito de aplicación das devanditas normas requirindo a aprobación dunha norma específica, ao tempo que o atraso na súa aprobación xerou un panorama de inseguridade xurídica nos distintos ámbitos territoriais e profesionais. Non obstante, a continuación abordaremos principalmente as dúas normas de transposición Lei 17/2009<sup>6</sup>, de 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio e a Lei 25/2009<sup>7</sup>, de 22 de decembro, de modificación de diversas Leis para a súa adaptación á Lei sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, xa coñecidas respectivamente como “Lei Paraugas” e “Lei Ómnibus”<sup>8</sup> e a recente Lei 2/2011<sup>9</sup>, de 4 de marzo, de Economía Sostible, a través de cuxa regulación se introducen, tamén a modo ómnibus, substanciais novidades derivadas da DIRSE.

#### 3.1 A Lei 17/2009, de 23 de novembro, sobre o Libre Acceso ás Actividades de Servizos e o seu exercicio

Respecto á técnica lexislativa utilizada para a elaboración desta norma e que lle valeu a xa coñecida denominación de “Lei Paraugas”, foi a dunha norma de carácter horizontal, na que se limita en grande medida a reproducir, con algunhas adaptacións, o contido da propia DIRSE, a modo de “paraugas” que permitise dar cobertura aos labores de transposición do Estado español na ordenación de todo o sector polo seu carácter aberto, por atopár-

5 O cumprimento dos obxectivos fixados no PUDS está directamente relacionado co desenvolvemento e implantación da Lei 11/2007, de 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos Servizos Públicos e a materialización dos dereitos recollidos no seu artigo 6, como concreción do dereito xenérico dos cidadáns a relacionarse coas AAPP por medios electrónicos.

6 B.O.E. Nº 283, de 24 de novembro de 2009.

7 B.O.E. Nº 308, de 23 de decembro de 2011.

8 O Consello de Estado no seu Ditame 99/2009, aprobado o 18 de marzo de 2009, sobre o Anteproxecto de Lei sobre Libre Acceso e Exercicio das Actividades de Servizos xa sinalaba respecto á forma de transposición *“Agora ben, aínda cando o método de transposición polo que se optou non resulta en si mesmo obxectable, non se pode deixar de sinalar que esta peculiar forma de incorporación do dereito comunitario ao noso ordenamento pode provocar certas distorsións, tanto desde a perspectiva da transposición mesma da Directiva, como desde a da súa incidencia no noso Dereito interno. Ante todo ten que terse en conta que a disposición proxectada é unha disposición con escasa virtualidade normativa e que non despreza plenamente os seus efectos, pois as disposicións incompatibles con algunha das súas previsións manterán a súa vixencia ata que sexan adaptadas a elas ou derogadas (...)”*. Para continuar en clara referencia á necesidade de ditar unha norma específica de transposición, como logo sería a Lei 25/2009, *“Consecuencia de todo iso é que este anteproxecto unicamente supón, segundo quedou apuntado, un primeiro paso no proceso de transposición ao noso ordenamento da Directiva de Servizos, que deberá ir seguido dunha secuencia de modificacións normativas coas que se garanta a eliminación efectiva dos obstáculos e restricións ao libre establecemento e á libre circulación de servizo”*.

9 B.O.E. Nº 55, de 5 de marzo de 2011.

monos ante unha lei de principios e bases regulatorias. Entrando no contido da LLAASE, debemos deternos na Exposición de Motivos cando nos sinala a súa finalidade de reducir trabas á liberdade de empresa no que afecta ao acceso e exercicio ás actividades de servizo e, así mesmo, proporcionar *“un medio máis favorable e transparente aos axentes económicos que incentive a creación de empresas”*. Como obxectivo adicional fíxase a simplificación de procedementos e o fomento dun “nivel elevado de calidade nos servizos”, mediante a promoción “dun marco regulatorio transparente, predecible e favorable para a actividade económica, impulsando a modernización das Administracións públicas (...) e garantindo unha mellor protección dos dereitos dos consumidores e usuarios de servizos.”

### 3.2 A Lei 25/2009, de 22 de decembro, de Modificación de Diversas Leis para a súa Adaptación á Lei sobre o Libre Acceso ás Actividades de Servizos e o seu exercicio

Como xa se indicou, no modelo de transposición da DIRSE ao ordenamento español o lexislador optara por un dobre nivel, neste caso a coñecida como “Lei ómnibus”, denominación que obedece ao seu heteroxéneo contido, ao uso das “Leis de Acompañamento”, no sentido de que a grande cantidade de modificacións<sup>10</sup> que regula teñen como único denominador común o seu obxecto, a adaptación á DIRSE, é dicir, cun enfoque sectorial no que se abordan as diversas leis afectadas polo contido da DIRSE e a LLAASE. Como xa se indicou ese enfoque sectorial non inclúe a totalidade das leis afectadas, como é o caso da Lei de Ordenación do Comercio Minorista<sup>11</sup>, polo que non se comprende a necesidade de empregar esta técnica tan criticada.

Sen afondar no contido da lei, que non é obxecto do presente estudo, apuntar aquelas normas cuxa modificación tivo maior impacto no ámbito da administración pública:

- a) Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común. Convén sinalar ao obxecto que nos interesa a introdución dun novo artigo 71 bis, no que se regulan especificamente as figuras da declaración responsable e a comunicación previa.
- b) Lei 11/2007, de 22 de xuño, de acceso electrónico aos servizos públicos.
- c) Lei 7/1985, de 2 de abril, Reguladora das Bases do Réxime Local. Á marxe doutro contido é de importante transcendencia a modificación do artigo 84, ampliando os medios de intervención das entidades locais ao sometemento a comunicación previa ou declaración responsable, así como sometemento a control posterior ao inicio da actividade, a efectos de verificar o cumprimento da normativa reguladora na mesma.

### 3.3 A Lei 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostible

A LES, ditada non como norma específica de transposición e seguindo a referida técnica “ómnibus”, constitúe, segundo a súa propia exposición de motivos unha importante para

<sup>10</sup> Modifícanse 48 leis estatais nas seguintes áreas: administración pública (3), consumo (1), servizos profesionais (3), emprego (4), servizos industriais e construción (6), enerxía (3), transporte e comunicacións (8), medioambiente e agricultura (12), sanidade (3), propiedade intelectual (1), outras (4).

<sup>11</sup> A devandita modificación levouse a cabo pola Lei 1/2010, de 1 de marzo, de reforma da Lei 7/1996, de 15 de xaneiro, de Ordenación do Comercio Minorista, BOE número 53, de 3 de marzo. Na súa Exposición de Motivos xustifica a reforma de forma independente e separada das demais normas con rango de lei, entre outros motivos, pola extraordinaria importancia do sector de que se trata, máis acusada se cabe na actual coxuntura económica e pola complexidade da distribución competencial na materia, o que motiva que se trate de alcanzar o máximo consenso posible tanto coas Comunidades Autónomas como cos operadores comerciais.



a “Estratexia para unha Economía Sostible”, ao abordar, dun modo transversal e con alcance estrutural, moitos dos cambios requiridos para a consecución dunha economía máis competitiva e innovadora. Dentro do devandito obxectivo ocupouse tamén de seguir co proceso de adaptación do ordenamento xurídico español á normativa comunitaria en materia de servizos, promulgando unha serie de normas que veñen completar a modificación que a Lei 25/2009 iniciara. Así as modificacións de maior calado para as AAPP atopámolas no Título II “Competitividade”, Capítulo I “Simplificación administrativa”:

- a) Sección I.- Da ampliación do ámbito do silencio positivo.
- b) Sección II. Dos supostos de licenzas locais de actividade.

Modificación da Lei 7/1985, de 2 de abril, Reguladora das Bases do Réxime Local.

## 4 Transposición no ámbito da Comunidade Autónoma de Galicia

Dada a complexidade dos labores de transposición como consecuencia da nosa estrutura territorial e a distribución constitucional de competencias, é conveniente lembrar o importante peso que o sector servizos ten nas competencias autonómicas<sup>12</sup>. Corresponde ás CCAA realizar modificacións: a) en materias nas que as CCAA asumiron competencias normativas; b) en materias nas que o Estado dita normativa básica e c) en materias nas que a competencia é exclusiva do Estado pero que están incorporadas ao ordenamento xurídico autonómico mediante unha norma autonómica tal e como se sinala no “Informe sobre a transposición da Directiva de Servizos” de 29 de abril de 2010 no seu apartado V.2.3.2. Relativo ás Comunidades Autónomas, dispoñible a través do Ministerio de Economía e Facenda.

A transposición na Comunidade Autónoma de Galicia realizouse fundamentalmente a través de dúas normas: por unha parte a Lei 7/2009<sup>13</sup>, de 22 de decembro, de modificación da Lei 10/1988, de 20 de xullo, de ordenación do comercio interior de Galicia, específica do sector comercial; e unha norma omnibus, a Lei 1/2010<sup>14</sup>, de 11 de febreiro, de modificación de diversas leis de Galicia para a súa adaptación á Directiva 2006/123/CE, transposición que se completará coa Lei 13/2010, de 17 de decembro, Comercio Interior de Galicia.

Sen prexuízo de abordar posteriormente a normativa autonómica en materia de licenzas urbanísticas, no ámbito das licenzas comerciais tras unha primeira modificación efectuada na normativa reguladora das actividades comerciais pola Lei 1/2010<sup>15</sup>, de 1 de marzo, de Reforma da Lei 7/1996, de 15 de xaneiro, de Ordenación do Comercio Minorista, que, a pesar de recoller na súa exposición de motivos a afirmación de que con esa modificación da regulación comercial minorista se pretendía a adaptación á DIRSE, na realidade se limitaba timidamente a indicar no seu artigo 6 que :

<sup>12</sup> VIDA FERNÁNDEZ, J. en “La ordenación de las actividades de servicios. Comentarios a la Ley 17/2009”, lémbraunos como o Tribunal Constitucional na súa STC 95/2001 sinalaba respecto desta cuestión (F.2) “(...) este Tribunal recoñeceu a competencia autonómica para adoptar as disposicións necesarias en complemento do dereito comunitario europeo e para executar e aplicar no seu ámbito territorial normativa comunitaria sempre que, racione materiae, as Comunidades Autónomas ostenten esa competencia e non superen o linde establecido pola normativa comunitaria e a estatal básica ou de coordinación (STC 79/1992, de 28 de maio, [RTC 1992, 79], FF 3 e 6)”.

<sup>13</sup> D.O.G. Nº 251, de 28 de decembro de 2009.

<sup>14</sup> D.O.G. Nº 36, de 23 de febreiro de 2010. Contra a devandita norma foi interposto recurso de inconstitucionalidade nº 8260-2010, promovido polo Presidente do Goberno en relación con diversos preceptos da Lei 1/2010.

<sup>15</sup> D.O.G. Nº 249, de 29 de decembro de 2010. Para unha maior análise desta cuestión vid PÉREZ GONZÁLEZ, C. en “Comentarios sobre la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, en la apertura de establecimientos comerciales”. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, nº 6, quincena do 30 de marzo ao 14 de abril. Edit. La Ley.

*“Con carácter xeral, a instalación de establecementos comerciais non estará suxeita a réxime de autorización comercial”*

Menos dun ano despois, a Lei 13/2010, de 17 de decembro, de Comercio Interior de Galicia, leva a cabo xa unha revisión en profundidade do acceso ás actividades de servizos e, se ben non responde plenamente ás directrices recollidas na DIRSE, no seu artigo 28 establece unha referencia ao sistema de control posterior que habilita ás entidades locais galegas para a súa implantación. Deste modo, sinala nos seus apartados 3 e 4:

3. *En todo caso, as actividades comerciais non suxeitas ao trámite de incidencia, efecto ou impacto ambientais, nin ao informe da consellería titular da competencia en sanidade, estarán exentas da obtención da licenza municipal de apertura ou actividade, abondando para o inicio da mesma a presentación dunha comunicación previa ou declaración responsable.*
4. *Suxéitanse unicamente ao deber de presentar unha comunicación previa, asinada pola persoa transmitente e a adquirente, os cambios de titularidade das licenzas de actividade ou apertura de establecementos e actividades comerciais.*

Non se entende por que esa ampla limitación respecto ás actividades suxeitas ao trámite de incidencia, efecto ou impacto ambiental así como con informes de sanidade, pois nada impediría a suxeición das devanditas actividades a un control anterior no relativo aos devanditos extremos en tanto que unha vez obtida a correspondente autorización sectorial a apertura da mesma podería someterse a un medio de intervención posterior. Por iso debemos ser moi críticos coa transposición autonómica, tanto pola forma, como polo propio contido material da mesma que situou aos concellos galegos nunha especie de limbo xurídico para determinar o réxime aplicable as actividades inocuas, producindo como resultado a convivencia das autorizacións, baixo forma de licenza, con comunicacións previas e declaracións responsables de distinto alcance, cuestión que non é fútil pois o efecto é xusto o contrario ao pretendido pola DIRSE, dificultando o cumprimento da obriga de contar con procedementos regulados, claros e inequívocos, obxectivos e transparentes, proporcionados ao obxectivo do interese xeral e previamente coñecidos.

## 5 Transposición no ámbito local: o exemplo de Vigo

O ámbito local aparece como o derradeiro chanzo nesta materia debido, por unha parte, á necesidade de coñecer a normativa de transposición tanto estatal como autonómica, e por outra, dada a escaseza de medios materiais e persoais con que contan os municipios españois para levar a cabo a súa propia tarefa de transposición<sup>16</sup>.

### 5.1 Cuestións xerais

Debemos lembrar, con carácter previo á análise da cuestión, que as EELL se ben gozan de potestade normativa, a devandita potestade ten carácter limitado respecto á dos poderes públicos autonómicos e estatais, pois é só regulamentaria<sup>17</sup>, o que as sitúa en clara po-

<sup>16</sup> A este respecto resulta de grande interese a consulta do número extraordinario, xa citado, da Revista de Estudios Locales, xullo-agosto 2009, dedicado monograficamente á “Transposición de la Directiva de Servicios”.

<sup>17</sup> O Tribunal Constitucional na súa Sentenza 214/1989, de 21 de decembro, sobre a Lei 7/1985 establece no seu fundamento xurídico sexto: *“... no concerner á organización municipal, a orde constitucional de distribución de competencias fúndase no recoñecemento de tres ámbitos normativos correspondentes á lexislación básica do Estado (Art. 149.1.18 da Constitución), a lexislación de desenvolvemento das Comunidades Autónomas segundo os respectivos Estatutos e a potestade regulamentaria dos Municipios, inherentes esta última á autonomía que a Constitución garante no seu Art. 140”*.





sición de dependencia respecto ao exercicio da devandita posición, sen prexuízo de que resulta indubidable a atribución legal ás EELL de potestade regulamentaria e de autoorganización atribuída ex art.4.1.a) LRBRL, todo iso intrinsecamente relacionado co réxime da autonomía local na configuración que do mesmo levou a cabo o Tribunal Constitucional nas súas sentenzas de 2 de febreiro de 1981 e de 27 de febreiro de 1981.

En relación coa súa posición respecto á DIRSE e as súas obrigas de transposición, debemos diferenciar dous tipos de normas locais. Por unha parte, aquelas que desenvolven ou complementan a normativa estatal ou autonómica, en cuxo caso haberá que estar ao disposto pola devandita normativa en virtude do principio de xerarquía normativa<sup>18</sup>, sendo precisamente este ámbito o máis afectado polo atraso das autoridades estatais e autonómicas na adaptación. Pero en paralelo podemos detectar a existencia dunha normativa autónoma, que desde a autonomía local, regula distintas cuestións de servizos afectados, como pode ser a venda ambulante, introducindo requisitos e procedementos específicos no termo municipal, que innovan o ordenamento xurídico e respecto das cales as EELL manteñen íntegra a súa obriga de transposición.

Polo que respecta á transposición no ámbito local, dáse a mesma dualidade que a anteriormente sinalada no ámbito estatal e autonómico, é dicir, ordenanza ómnibus e ordenanza paraugas. Coa técnica da ordenanza paraugas realízase unha transposición horizontal, incorporando os preceptos da Directiva a modo de grandes principios ou mandatos xerais que terá que sumar detalladamente a normativa municipal. Sobre a necesidade ou non de realizar esa incorporación dos principios comunitarios á normativa municipal, podemos falar do “efecto directo” das Directivas, resultando necesario citar as Sentenzas do Tribunal Constitucional de 8 de marzo e de 22 de abril de 1993, segundo as cales, non existe unha competencia específica de transposición das Directivas Europeas, polo que a execución do Dereito comunitario corresponderá a quen ostente a competencia da actividade ou norma afectada pola Directiva, tal e como sinala a propia Directiva cando remite ao dereito interno as cuestións de competencia. Así mesmo a Sentenza do Tribunal de Xusticia da UE de 2 de xuño de 2005 (*Koppensteiner GmbH*) pon de manifesto que cando unha norma comunitaria establece previsións que son incondicionais e suficientemente precisas para conferir un dereito a favor dun particular que este pode invocar fronte una institución pública, o órgano xurisdiccional competente debe inaplicar as normas nacionais que impidan o cumprimento do disposto nunha determinada Directiva, en relación co posible efecto directo das Directivas<sup>19</sup>, pero no caso que nos ocupa parece oportuno contar con normativa propia de transposición para posibilitar os dereitos concretos que deben materializarse. Non obstante, non son poucas as EELL que optaron polo sistema de ordenanza ómnibus, tras a revisión de toda a normativa local<sup>20</sup>.

18 O noso sistema xurídico de fontes do Dereito parte da necesaria existencia dunha xerarquía entre os diversos instrumentos normativos, xerarquía que plasma o noso texto constitucional no seu artigo 9. O propio artigo 1.2 do Código Civil recolle as consecuencias para a infracción do devandito principio, establecendo que “Carecerán de validez as disposicións que contradigan outras de rango superior”, tras enumerar no parágrafo anterior as fontes do ordenamento xurídico español, “a lei, o costume e os principios xerais do dereito”, do que se infire a nulidade daquelas formas regulamentarias locais que vulneren unha norma de superior xerarquía. EMBID IRUJO, A. “Ordenanzas y reglamentos municipales” “Tratado de Derecho Municipal I” AAVV, dirixido por MUÑOZ MACHADO, S.

19 O artigo 189.3 do Tratado da Comunidade Económica Europea límitase a dicir: “A Directiva vincula aos Estados membros destinatarios en canto ao resultado a alcanzar, deixando ás instancias nacionais a competencia en canto á forma e aos medios.” Sobre o efecto directo das Directivas podemos consultar a xurisprudencia comunitaria: Asunto 6/64: Costa/ENEL, Recompilación 1964, 1251, natureza xurídica do Dereito comunitario, aplicabilidade directa e primacía do Dereito comunitario; Asunto 41/74: van Duyn, Recompilación 1974, 1337, efecto directo das directivas. ALONSO GARCÍA, R. “Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, Civitas, Madrid 2006.

20 Esta liña foi a opción escollida polo Concello de Madrid coa aprobación da Ordenanza pola que se adaptan ao ámbito da cidade de Madrid as previsións contidas na normativa estatal e autonómica de transposición da Directiva 2006/123/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, de 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior.



Nesa mesma liña pronúnciase o Manual práctico de avaliación para as Entidades Locais elaborado polo Ministerio de Economía e Facenda e o Ministerio de Política Territorial en colaboración coa FEMP e COSITAL, coa finalidade de axudar ás Entidades Locais a adaptar a súa normativa á Directiva de Servizos, cando sinala:

*“Nesta tarefa na que as Autoridades españolas se ven inmersas para levar a cabo a aplicación do anteproxecto de lei, as Entidades Locais teñen un papel especialmente relevante posto que elas son as autoridades competentes en grande parte da normativa afectada. De feito, a Lei de Bases do Réxime Local ao atribuír no seu artigo 4 apartado 1a) o exercicio da potestade regulamentaria ás Entidades Locais, convérteas nos suxeitos obrigados a modificar as súas propias normas para adaptalas ao Dereito comunitario.”*

Sen prexuízo da existencia de numerosos sectores afectados pola DIRSE no ámbito local, serán as licenzas de actividade e as autorizacións para a utilización do dominio público local as que deberán ser obxecto de revisión íntegra nos seus procedementos para determinar, á luz do novo marco regulatorio, os cambios que haberán de efectuarse. Todo iso sen prexuízo da repercusión que terá tanto no ámbito fiscal como urbanístico, a pesar de tratarse de materias inicialmente excluídas pola propia normativa comunitaria.

Non cabe dúbida de que o sector das licenzas de actividade constitúe o sector afectado pola excelencia dentro do ámbito local, dado o volume de expedientes existentes na materia, de ahí que os principais cambios normativos existentes no ámbito local se concentrasen nesta materia. A tal efecto, debemos distinguir entre as licenzas de actividade inocuas e as licenzas de actividade clasificadas.

No suposto das licenzas de actividade inocuas, cuxa configuración se leva a cabo basicamente por exclusión ao tratarse de actividades que potencialmente non van presentar efectos significativos sobre o medio ambiente ou sobre terceiros, non parece existir dúbida sobre a aplicación do cambio de modelo, no sentido de que, dada a súa escasa ou nula incidencia ambiental, non existe xustificación para manter un réxime de autorización previa, debendo suxeitarse ao réxime de comunicación previa ou declaración responsable<sup>21</sup>. Non obstante, e pese á aparente unanimidade doutrinal sobre a devandita conclusión, hai que precisar que as distintas interpretacións formuladas polas EELL levan a que cada concello aplique o sistema que teña por conveniente, e así no momento actual atopámonos con que en función do lugar onde se queira exercer a actividade o prestador terá que tramitar un tipo de expediente ou outro, é dicir, que se creou un escenario de inseguridade xurídica<sup>22</sup>.

Dentro das licenzas de actividades clasificadas atopámonos con aquelas que reciben a consideración de molestas, insalubres, nocivas e perigosas<sup>23</sup>, debemos lembrar que se-

21 CHOLBI CACHÁ, F.A., formúlase a necesidade de fixar, no caso de declaracións responsables ou comunicacións previas, dun prazo breve transcorrido o cal o interesado podería dar comezo ao exercicio da actividade, prazo durante o cal a Administración podería pronunciarse desfavorablemente sobre a comunicación ou declaración presentada en relación coa actividade ou requirir ao interesado para que procedese a emendar a documentación defectuosamente presentada, tras o cal se podería iniciar o exercicio da actividade. Vid. CHOLBI CACHÁ, F.A. “El régimen de la comunicación previa, las licencias de urbanismo y su procedimiento de otorgamiento”, LA LEY, Madrid, 2010. Con esa formulación atopámonos ante unha especie de comunicación ou declaración con efectos diferidos, debendo preguntarnos se dilatar no tempo os seus efectos non contradi o espírito e letra da DIRSE.

22 A existencia no noso Estado de máis de 8.000 municipios, cada un decidindo o seu réxime de transposición, moitos deles mantendo a autorización previa, faría conveniente, ao meu xuízo, a adopción de medidas que unifiquen o criterio, evitando a creación dun clima de inseguridade xurídica.

23 Segundo a tradicional distinción establecida polo Decreto 2414/1961, de 30 de novembro, polo que se aproba o Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas, materia hoxe na súa maioría regulada polas CCAA.



gundo o propio RAMINP se trataría daquelas actividades que *“produzan incomodidades, alteren as condicións normais de salubridade e hixiene do medio ambiente e ocasionen danos ás riquezas pública ou privada ou impliquen riscos graves para as persoas ou os bens”* se ben haberá que acudir á lexislación que en cada caso ditasen as CCAA24. Non cabe dúbida respecto a este tipo de actividades sobre a incidencia ambiental que as mesmas teñen, por tanto a posible concorrencia dunha RIIG, se ben a devandita incidencia se graduará en función da gravidade. Unha vez fixada a devandita premisa, haberá que determinar se para o exercicio das actividades denominadas *“molestas”* será suficiente a declaración ambiental e posteriormente a comunicación previa ou declaración responsable do prestador, pois o principio de control posterior se revela nese caso como suficientemente eficaz para a consecución dos obxectivos perseguidos ou se, dada a concorrencia dunha RIIG, protección do medio ambiente, se xustifica o mantemento do réxime autorizador<sup>25</sup>. Poderíamos dicir que a política de policía administrativa ou de intervención en xeral deben adaptarse aos principios e filosofía dimanante do novo marco normativo, especialmente respecto daquelas actividades que carecen ou teñen escasa incidencia ambiental, que constitúen terreo aboado ao réxime de control posterior. Na mesma liña, o xa citado novo artigo 84 bis LRBRL, na redacción dada pola LES, establece que en caso de existencia de licenzas ou autorizacións concorrentes entre unha Entidade local e algunha outra Administración, a Entidade local deberá motivar expresamente na xustificación da necesidade da autorización ou licenza o interese xeral concreto que se pretende protexer e que este non se atopa xa cuberto mediante outra autorización xa existente, por tanto, se o único interese a protexer é o medio ambiente, nada impide nestes casos suprimir o control anterior. Cuestión distinta é se se invocan cuestións de seguridade pública ou orde pública, cualificadas tamén como RIIG, distintas á xa mencionada que poderían xustificar o seu mantemento.

## 5.2 Actuacións xenéricas de transposición

A integración do Concello de Vigo no grupo de traballo<sup>26</sup> constituído no seo do Ministerio de Política Territorial<sup>27</sup> en xullo de 2009 para o pulo da adaptación da normativa local á Directiva de Servizos, determinou o inicio das actuacións municipais de transposición. Por Resolución da Alcaldía de data 21 de xullo de 2009 procedeuse a constituir, na organización municipal, unha Comisión Técnica de Adaptación da normativa local á Directiva de Servizos, coa finalidade de proceder á identificación, avaliación e modificación da normativa municipal que permita a súa adaptación á DIRSE. A devandita Comisión, de composición xurídica transversal, procedeu ao inicio das súas tarefas e tras un traballo exhaustivo por parte dos seus compoñentes realizouse unha primeira análise cuxos resultados foron postos en coñecemento da Xunta de Goberno Local en sesión de data 24 de agosto de 2009 para a súa comunicación ao Ministerio de Política Territorial.

24 CANO MURCIA, A. na súa obra *“El nuevo régimen jurídico de las licencias de apertura”*, LA LEY, Madrid, 2010 defende que no caso de actividades cualificadas xenéricamente como medioambientais, debería existir unha acción preventiva, suxeita a control a priori, e unha acción inspectora, suxeita a control a posteriori, como consecuencia da previa presentación da comunicación ou declaración responsable.

25 A Disposición Adicional Oitava da Lei 1/2010, relativa aos proxectos que deban someterse a avaliación de impacto ambiental establece unha regulación do réxime de declaración responsable ou comunicación para o acceso a unha actividade ou o seu exercicio suxeita ao RDL 1/2008, de 11 de xaneiro, de impacto ambiental de proxectos ou a normativa autonómica de desenvolvemento ao dicir que *“a declaración responsable ou a comunicación non poderán presentarse ata ter levado a cabo a devandita avaliación de impacto ambiental e, en todo caso, deberá dispoñerse da documentación que así o acredite”*.

26 O devandito grupo estaba formado por interlocutores únicos dos distintos Departamentos Ministeriais, de cada unha das Comunidades Autónomas e da FEMP, así como un grupo representativo de 28 municipios de grande poboación.

27 Considerando a Presidencia da Unión Europea polo Estado español durante o primeiro semestre do ano 2010 decidiuse que serían os devanditos concellos os que serían obxecto de estudo para determinar o cumprimento dos labores de transposición no ámbito local.

Como continuación destes traballos de adaptación realizouse unha proposta de dous proxectos normativos e como consecuencia da mesma o Pleno do Concello de Vigo adoptou, en sesión ordinaria de data 30 de novembro do ano 2011, acordo de aprobación de senllas ordenanzas en cumprimento do mandato de traspoñer a DIRSE no seu ámbito territorial.

As ordenanzas obxecto de aprobación seguían, por unha parte, o modelo da lei paraugas<sup>28</sup>, "*Ordenanza municipal reguladora do libre acceso ás actividades de servizos e ao seu exercicio no concello de Vigo*<sup>29</sup>", constituíndo así unha norma horizontal na que quedaban recollidos os principios previstos na norma comunitaria que debían guiar a regulación municipal das actividades de servizos, non só no momento da súa entrada en vigor, senón tamén no futuro e, polo tanto, nas propostas regulatorias que no sucesivo puidesen impulsarse. Todo iso, sen prexuízo de que, tras a aprobación da referida ordenanza, unha vez públicas e en vigor as adaptacións legislativas efectuadas polo Estado e a Comunidade Autónoma, non fose necesaria a realización de modificacións normativas específicas. É dicir, o Concello de Vigo optou, por evidentes razóns de prudencia e seguridade xurídica, por agardar á promulgación da correspondente normativa, tanto estatal como autonómica, en base ao principio de xerarquía. Así mesmo na devandita sesión plenaria foi obxecto de aprobación a "*Ordenanza específica de adaptación básica da tramitación de licenzas urbanísticas e medioambientais*"<sup>30</sup>, na que se procede a unha regulación parcial dos procedementos regulados polo ámbito normativo do Plan Xeral de Ordenación de Vigo, establecendo unha serie de medidas de simplificación administrativa.

Entre outras actuacións e dentro do ámbito plural que constitúe o obxecto da DIRSE o Concello acordou a súa integración no Portelo Único da Directiva de Servizos (PUDS), así como no sistema IMI ou a integración no Comité para a mellora da regulación das actividades de servizos<sup>31</sup>.

### 5.3 Novo réxime para o exercicio de actividades inocuas

Como consecuencia da nova regulación autonómica en materia de actividades comerciais o Concello de Vigo, dentro dun proxecto máis ambicioso, comezou o proceso para a aplicación dun novo réxime en materia de actividades inocuas.

#### 5.3.1 Xénese

Máis alá da substitución do control anterior polo control posterior, a DIRSE, así como a normativa de transposición tanto estatal, como autonómica e local, conteñen un manda-

28 Naquel momento aínda proxecto de lei que incluía na súa disposición final cuarta unha advertencia sobre o incumprimento das obrigas de transposición ao establecer que "*As Administracións Públicas que, no exercicio das súas competencias, incumprisen o disposto nesta lei ou no Dereito comunitario afectado, dando lugar a que o Reino de España sexa sancionado polas institucións europeas asumirán, na parte que lles sexa imputable, as responsabilidades que de tal incumprimento se tivesen derivado. A Administración do Estado poderá compensar a devandita débeda contraída pola administración responsable coa Facenda Pública estatal coas cantidades que deba transferir a aquela, de acordo co procedemento regulado na Lei 50/1988, de 30 de decembro, de Medidas Fiscais, Administrativas e de Orde Social*".

29 B.O.P. nº 46, de 9 de marzo de 2010.

30 B.O.P. nº 77, de 26 de abril de 2010.

31 A creación do devandito Comité vén establecida pola Disposición Adicional Terceira da Lei 17/2009 que dispón: "*Para facilitar a participación das Administracións Públicas no proceso de transposición ao ordenamento interno da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, de 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior e no marco do establecido no artigo 5, apartados 1 e 7, da Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo Común, créase un comité de cooperación multilateral, do que formarán parte a Administración Xeral do Estado, as Comunidades e Cidades Autónomas e representantes da Administración Local. Este Comité terá como obxecto facilitar a cooperación para a mellora da regulación das actividades de servizos e, en particular, o seguimento e a coordinación das actuacións que se leven a cabo nas diferentes administracións para a correcta transposición da directiva*".



to de simplificación administrativa e para iso as Administracións Públicas deberán revisar os procedementos e trámites aplicables ao establecemento e a prestación de servizos co obxecto de impulsar a devandita simplificación.

Dentro da devandita liña de simplificación o Concello de Vigo en setembro de 2010 procedeu á aprobación dun “Programa de Mellora de Procesos” de intervención limitada a aqueles servizos máis sensibles ás demandas cidadás e que permitan obter con carácter inmediato un elevado nivel de calidade na prestación de servizos. No devandito sentido, e a efectos de proceder a unha significativa redución de cargas administrativas, deberán eliminarse aquelas obrigas innecesarias ou repetitivas, proceder a eliminar ou simplificar os trámites duplicados, simplificación documental, substitución do réxime de autorización por comunicación previo ou outros.

Dos devanditos ámbitos de intervención abordaremos o relativo ao exercicio de actividades inocuas e actividades de escasa incidencia ambiental, postos en relación coas condicións necesarias para o exercicio das actividades no termo municipal. A devandita iniciativa representa unha importante redución de cargas administrativas<sup>32</sup> desde a óptica da substitución do control anterior a control posterior, se ben combinada coa defensa do interese xeral, que supón unha oportunidade para os emprendedores, especialmente para o sector pemes.

### **5.3.2 Réxime de comunicación previa**

Como consecuencia de PMP constituíuse no seo da Xerencia Municipal de Urbanismo<sup>33</sup> un grupo de traballo sectorial coa finalidade específica de adaptación dos procedementos de tramitación de licenzas de actividade á normativa europea e ao establecemento de medidas urxentes tendentes á simplificación administrativa que redunden nun incentivo á actividade económica e empresarial.

Tras levar a cabo unha análise doutras experiencias municipais e da propia sistemática de traballo por resolucións do Delegado de Urbanismo e Vivenda<sup>34</sup> procedeuse á aprobación, tomando como base a proposta formulada polo grupo de traballo, do réxime de comunicación previa, tanto para o exercicio de actividades inocuas, relacionadas no catálogo anexo, cambio de titularidade das licenzas de actividade ou apertura de establecementos e actividades comerciais, así como actividades e instalacións eventuais e desmontables. Fixábase nas referidas resolucións municipais, en atención ao significativo cambio que se introducía, a publicación das devanditas resolucións no Boletín Oficial da Provincia e na sede electrónica do Concello co obxecto de acadar o obxecto de máxima información e transparencia.

Para o mandato recollido en toda a normativa citada de asegurar a efectividade dos principios de libre establecemento dos prestadores de servizos e libre prestación de servizos, é clave a aplicación do principio de proporcionalidade, principio positivizado no artigo 5.c) LLAASE seguindo fielmente a regulación da DIRSE de tal modo que a elección de l medio de intervención na actividade dos administrados en materia de servizos ten que garantir *“que o devandito réxime sexa o instrumento máis axeitado para garantir a consecución do obxectivo que se persegue porque non existen outras medidas menos restritivas que per-*

32 O método simplificado de medición de cargas administrativas e da súa redución aprobado polo Ministerio de Administracións Públicas como sistema compartido das Administracións Públicas e baseado no Modelo de Custos Estándar (MCE), cuantifica o establecemento de resposta inmediata nun procedemento no importe de 200 €.

33 A xestión urbanística no Concello de Vigo realízase a través do Organismo Autónomo Municipal “Xerencia Municipal de Urbanismo”, creado por acordo plenario de data 29 de xullo de 1996. (Estatutos publicados no BOP nº 193, de 6/10/2010).

34 Boletín Oficial da Provincia nº 130, de 7 de xullo de 2011.

mitan obter o mesmo resultado, en particular cando un control a posteriori se producise demasiado tarde para ser realmente eficaz". Conscientes no ámbito municipal da obriga da administración de elixir o medio menos gravoso para o prestador de servizos e postas en valor as vantaxes e desvantaxes que ofrecían as técnicas de "declaración responsable" e "comunicación previa" decidiuse no seo da organización municipal que a elección da técnica da comunicación previa respondía mellor a conxugar o devandito principio e a protección do interese xeral, dada a posibilidade de exixir a presentación de canta documentación se considere necesaria para acreditar estar en posesión dos requisitos legalmente previstos.

En relación co devandito proceso a primeira pregunta que se debe responder é por que se optou polo sistema de "comunicación previa" fronte ao sistema de declaración responsable, e a resposta á devandita cuestión é a consideración, ao noso xuízo, da comunicación previa como un<sup>35</sup> medio de intervención máis garantista para o interese xeral. Partindo da óptica da implantación dun cambio de modelo radical fronte ao anterior, así como da necesidade de conxugar o respecto ás liberdades de establecemento e prestación de servizos coa defensa do interese xeral, tras un estudo en profundidade da definición que de ambas figuras leva a cabo no artigo 71 bis<sup>36</sup>, esa foi a conclusión á que se chegou para a súa posta en funcionamento, partindo da posibilidade de combinar as devanditas figuras.

A declaración responsable<sup>37</sup> configúrase como documento subscrito por un interesado no que manifesta, baixo a súa responsabilidade, que cumpre cos requisitos establecidos na normativa vixente para acceder ao recoñecemento dun dereito ou facultade ou para o seu exercicio, que dispón da documentación que así o acredita e que se compromete a manter o seu cumprimento durante o periodo de tempo inherente ao devandito recoñecemento ou exercicio. Non obstante, a comunicación previa<sup>38</sup> é aquel documento mediante o que os interesados poñen en coñecemento da Administración Pública competente os seus datos identificativos e demais requisitos exhibibles para o exercicio dun dereito ou o inicio dunha actividade, de acordo co establecido no artigo 70.1 LRJ-PAC<sup>39</sup>.

Aínda que a diferenza puidese parecer de matiz, non o é, pois a declaración responsable só habilita á administración para exixir a presentación da mesma situando os termos da relación do cidadán con aquela en termos de confianza absoluta no cidadán, pois non será ata que a administración proceda ao seu requirimento o momento no cal poderá comprobar o cumprimento dos requisitos necesarios para o acceso á actividade; en cambio a comunicación previa habilita á administración á exixencia fronte ao administrado de comunicar os "demais requisitos exhibibles para o exercicio dun dereito ou o inicio dunha

35 LOZANA CUTANDA, B. "Ley ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa", Diario La Ley, nº 7339, xa conclúe que se ben a propia Lei 25/2009 aplica as novas figuras en diversos sectores optando por unha delas en substitución da autorización previa, nalgúns supostos exixense conxuntamente a comunicación previa acompañada dunha declaración responsable. Non obstante, outros autores como BAUZÁ MARTORELL, J. en "Declaración responsable y comunicación previa. Consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus", Diario La Ley, nº 7419, opina que o lexislador reserva a comunicación previa aos procedementos iniciados a instancia de parte e neles límitase ao inicio do procedemento.

36 O artigo 3.9 LLAASE contén así mesmo unha definición da técnica de "declaración responsable".

37 Artigo 71 bis apartado 1 LRX-PAC.

38 Artigo 71 bis apartado 2 LRX-PAC.

39 Art. 70.1 Lei 30/1992 As solicitudes que se formulen deberán conter:

- A) Nome e apelidos do interesado e, no seu caso, da persoa que o represente, así como a identificación do medio preferente ou do lugar que se sinala a efectos de notificacións.
- B) Feitos, razóns e petición en que se concrete, con toda claridade, a solicitude.
- C) Lugar e data.
- D) Sinatura do solicitante ou acreditación da autenticidade da súa vontade expresada por calquera medio.
- E) Órgano, centro ou unidade administrativa á que se dirixe.



actividade”, é dicir, que acompañando á comunicación previa se pode exixir a presentación dunha serie de documentación complementaria sobre as condicións determinadas legal e regulamentariamente para o acceso ao exercicio da actividade<sup>40</sup>.

A presentación da comunicación realízase en modelo normalizado accesible e público a través da páxina web<sup>41</sup>, e ao mesmo tempo incorpórase unha declaración responsable comprensiva de distintos compromisos relativos entre outros ao cumprimento das condicións relativas a instalacións eléctricas, maquinaria, instalacións de climatización, así como os requisitos exixibles en materia de accesibilidade, medidas hixiénico-sanitarias, tratamento de residuos, ao tempo que compromisos de carácter xenérico sobre a dispoñibilidade de licenza de primeira ocupación, autorizacións sectoriais ou cumprimento íntegro da normativa municipal e a presentación da documentación íntegra, así como a reprodución do preceptuado no artigo 71 bis, apartado 4<sup>42</sup>.

O feito de incluír as devanditas declaracións permite que no momento de presentación da documentación se realice unha verificación formal sobre a integridade da documentación presentada, de tal modo que de non verificarse positivamente a devandita integridade non sexa aconsellable a presentación da mesma pois da combinación das declaracións anteriormente referidas atopámonos cunha falsidade na presentación da mesma xa que a súa presentación exixe a manifestación de acompañar toda a documentación preceptiva.

Así mesmo en función da actividade a desenvolver deberá achegarse a documentación complementaria que no mesmo se sinala.

A determinación daquelas actividades que poderían ser obxecto de control posterior mediante a presentación de comunicación previa contense no propio modelo normalizado para o seu xeral coñecemento, e concréntanse nas seguintes:

1. Comercio alimentario
  - 1ª. Establecementos de produtos alimenticios non perecedoiros e envasados ata 400 m<sup>2</sup>.
2. Outras actividades de servizos:
  - 2.a) Almacéns cunha carga de lume de ata 40.000 Mjoules ata 300 m<sup>2</sup> (agás produtos químicos, farmacéuticos, combustibles, lubricantes, fertilizantes, praguicidas, herbicidas, pinturas, vernices, ceras ou pneumáticos).
  - 2.b) Establecementos comerciais (Tendas de roupa ou boutiques, mercería, obxectos de agasalho, bixería ou similares) cunha superficie de ata 400 m<sup>2</sup>.
  - 2.c) Talleres de reparación de reloxos, xoias, calzados, chaves, pequena maquinaria, electrodomésticos e similares, cunha superficie de ata 200 m<sup>2</sup>, sen maquinaria específica.
  - 2.d) Oficinas bancarias cunha superficie de ata 200 m<sup>2</sup>.
  - 2.e) Oficinas administrativas cunha superficie de ata 200 m<sup>2</sup>.

40 Os modelos aprobados e accesibles na páxina web recollen para cada un deles a documentación complementaria exixible.

41 O apartado 5 do artigo 71 bis impón ás Administracións Públicas a obriga de manter permanentemente publicados e actualizados modelos de declaración responsable e de comunicación previa, os cales se facilitarán de forma clara e inequívoca e que, en todo caso, se poderán presentar a distancia e por vía electrónica.

42 A inexactitude, falsidade ou omisión, de carácter esencial, en calquera dato, manifestación ou documento que se acompañe ou incorpore a unha declaración responsable ou unha comunicación previa ou a non presentación ante a Administración competente da declaración responsable ou comunicación previa, determinará a imposibilidade de continuar co exercicio do dereito ou actividade afectada desde o momento en que se teña constancia de tales feitos, sen prexuízo das responsabilidades penais, civís ou administrativas a que houbese lugar.

- 2.f) Axencias de viaxes, inmobiliarias, aseguradoras, cunha superficie de ata 200 m<sup>2</sup>.
- 2.g) Academias non reguladas, agás as de música, cante ou baile, cunha superficie de ata 200 m<sup>2</sup>.
- 2.h) Estudos fotográficos cunha superficie de ata 200 m<sup>2</sup> e sen revelado.
- 2.i) Servizo de copistería, cunha superficie de ata 200 m<sup>2</sup>, sen imprenta.
- 2.j) Cambios de uso entre calquera das actividades anteriormente indicadas.

A determinación das actividades incluídas no catálogo lévase a cabo en función de diversos parámetros que son o resultado da incidencia de diversa normativa sectorial na materia, así como do propio plan municipal. Non obstante, a maior limitación que nos atopamos vén dada, unha vez máis, pola normativa autonómica na materia que non foi obxecto de modificación para a súa adaptación á DIRSE. O Decreto 133/2008<sup>43</sup>, de 12 de xuño, polo que se regula a avaliación de incidencia ambiental no seu Anexo III, no que se recollen as actividades excluídas do procedemento de avaliación de incidencia ambiental<sup>44</sup>, establece no seu apartado 3 que tan só serán excluídas aquelas actividades de comercio “polo miúdo”, agás os vehículos de motor, motocicletas e ciclomotores; reparación de efectos persoais e aparatos domésticos, sempre que a potencia mecánica instalada non supere os 15 kW e a súa superficie non supere os 400 m<sup>2</sup>. É dicir, a “sensu contrario”, todas aquelas cuxa potencia mecánica instalada supere os 15 kw, ou cuxa superficie supere os 400 m<sup>2</sup>, si estarán suxeitas a procedemento de avaliación ambiental e por tanto excluídas, de conformidade co disposto no artigo 28.4 da Lei 13/2006, da aplicación do control anterior.

En canto ao redeseño do procedemento efectuado, o seguinte esquema é significativo da simplificación administrativa efectuada:

PROCEDEMENTO ANTERIOR	PROCEDEMENTO ACTUAL
Solicitude licenza actividade	Presentación comunicación previa
Informe técnico	Inicio de actividade
Informe xurídico	
Proposta resolución	
Ditame Consello XMU	
Resolución de outorgamento	
Prazo medio de resolución: 1-3 meses	Prazo: Inmediato (sen prexuízo da suspensión derivada das comprobacións)

Tamén hai que salientar que foi obxecto de normalización a comunicación previa para a transmisión das licenzas de actividade, cuxa presentación baixo a fórmula de comunicación xa viña establecida polo RSCL, pero que se suxeita a resolución administrativa.

43 DOG nº 126, de 1 de xullo de 2008. Debemos lembrar que tal e como sinala a Exposición de Motivos os graos de intervención nas actividades con repercusión medioambiental artículáanse en avaliación de impacto ambiental, de efectos ambientais e de incidencia ambiental.

44 Non obstante, a posible incidencia ambiental da actividade non debería constituir por si mesma un obstáculo ao exercicio da actividade mediante medios de intervención “ex post”, pois a devandita posibilidade xa se prevía na propia Lei 1/2010, de 1 de marzo, de reforma da Lei 7/1996, de 15 de xaneiro, de Ordenación do Comercio Minorista, ao dispoñer na súa Disposición Adicional Oitava “Proxectos que deban someterse a avaliación de impacto ambiental” que “*Cando, de acordo con esta lei, se exixa unha declaración responsable ou unha comunicación para o acceso a unha actividade ou o seu exercicio e unha avaliación de impacto ambiental, conforme ao texto refundido da Lei de Impacto Ambiental de proxectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de xaneiro, ou á normativa autonómica de desenvolvemento, a declaración responsable ou a comunicación non poderá presentarse ata rer levado a cabo a devandita avaliación de impacto ambiental e, en todo caso, deberá dispoñerse da documentación que así o acredite*”, é dicir permite a conxugación da protección do medio ambiente co libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio.





### 5.3.3. Licenzas suxeitas a procedemento simplificado

Xunto á implantación do sistema de comunicación previa o proxecto municipal incluía medidas específicas de simplificación administrativa en materia de servizos, medidas que significativamente se concretan no que se denominou “Licenzas suxeitas a procedemento simplificado”.

Así, coa presentación da solicitude de licenza suxeita a procedemento simplificado, e tras a verificación formal sobre a integridade da documentación adxunta á mesma, faise entrega ao cidadán dun xustificante da devandita presentación. Este xustificante contén a esencia mesma do procedemento, ao sinalar expresamente que a presentación da solicitude de licenzas suxeitas ao procedemento simplificado permite á persoa titular da mesma o inicio da actividade solicitada transcorrido o prazo dun mes sen recibir notificación en sentido contrario por parte da Xerencia de Urbanismo, segundo o disposto no artigo 42 da LRJ-PAC, sen prexuízo de conter así mesmo a advertencia de que en ningún caso poderán levarse a cabo actividades que non se axusten aos parámetros e características solicitadas, nin que contraveñan as normas ou usos establecidos na lexislación e normativa urbanística aplicable.

Así pois o núcleo fundamental do procedemento radica na celeridade na tramitación do procedemento así como na certeza para o cidadán de que se transcorrido un mes non recibiu comunicación municipal pode contar co recoñecemento do dereito solicitado.

En canto á *relación de actividades de servizos consideradas inocuas, suxeitas ao procedemento simplificado*, son as seguintes:

- 1.a) Almacéns con carga de lume ata 125.000 Mjoules e superficie ata 500 m<sup>2</sup> (agás produtos químicos, farmacéuticos, combustibles, lubricantes, fertilizantes, praguicidas, herbicidas, pinturas, vernices, ceras ou pneumáticos).
- 1.b) Cristalería, talleres de encadernación e afíns, con superficie ata 400 m<sup>2</sup> e potencia mecánica inferior a 10 V.
- 1.c) Talleres de reparación de reloxos, xoias, calzados, chaves, pequena maquinaria, electrodomésticos e similares con superficie ata 400 m<sup>2</sup> e potencia mecánica inferior a 10 CV.
- 1.d) Talleres de confección, calzado, marroquinería e similares, con superficie ata 400 m<sup>2</sup> e potencia mecánica inferior a 10 CV.
- 1.e) Oficinas bancarias e administrativas con superficie entre 200-1000 m<sup>2</sup>.
- 1.f) Axencias de viaxes, inmobiliarias, aseguradoras e afíns, con superficie entre 200-1000 m<sup>2</sup>.
- 1.g) Academias non reguladas, agás as de música, cante ou baile, cunha superficie entre 200 e 1000 m<sup>2</sup>.
- 1.h) Estudos fotográficos, sen revelado, con superficie de 200 ata 1000 m<sup>2</sup>.
- 1.i) Locutorios telefónicos, con superficie de ata 400 m<sup>2</sup>.
- 1.j) Servizo de copistería, sen servizo de imprenta, con superficie de ata 400 m<sup>2</sup>.
- 1.k) Cambios de uso entre calquera das actividades anteriormente indicadas.

### 5.3.4. *Exercicio de actividades vinculadas á execución de obras*

Non pode escaparse a problemática que subxace respecto a aquelas actividades para cuxa posta en funcionamento sexa necesaria a realización de obras, pois o artigo 22 RSCL<sup>45</sup>, na redacción dada ao mesmo polo Real Decreto 2009/2009, de 23 de decembro, mantén intacta a prohibición de conceder o permiso de obras sen o outorgamento da licenza de apertura, se fose procedente.

Conscientes da devandita problemática e en tanto en canto a normativa autonómica non ofrezca os instrumentos normativos que permitan resolver a devandita cuestión, os modelos aprobados conteñen a dobre posibilidade:

- a) Que fosen necesarias as obras necesarias para o acondicionamento do local, en cuxo caso será necesaria a referencia explícita ao devandito expediente.
- b) Que non fosen necesarias obras de acondicionamento, en cuxo caso se subscribirá a declaración responsable nos termos anteriormente indicados.

Non obstante, fórmase o difícil encaixe do sistema de control posterior nos casos de necesidade de obras xa que o RSCL fai referencia expresa ao outorgamento da licenza de apertura, se ben considerando o último inciso do devandito precepto “se for procedente” permitiríanos combinar ambas figuras, a reservas da posible responsabilidade patrimonial que se derivaría nun hipotético caso de realización de obras de acondicionamento por entender que a actividade se suxeita ao réxime de comunicación previa, se finalmente non se dese a devandita circunstancia.

Como sinalamos esta, como outras cuestións, haberán de ser obxecto de solución na normativa municipal reguladora do control posterior, podendo implantar nos expedientes de licenza de obras vinculados a establecementos de características determinadas a emisión de informe sobre a tramitación da actividade, de tal modo que se garantisen os intereses do cidadán á vez que se salvagarda o procedemento.

### 5.3.5. *Cuestións pendentes*

- a) De ámbito local

A aplicación do novo réxime abre multitude de interrogantes ante un sistema imperfecto que require unha regulación específica, toda vez que non debemos esquecer que a LRX-PAC se remite á lexislación sectorial que no noso caso non ofrece maior cobertura que a sinalada. Por iso, ante aqueles temas que no proceso de posta en marcha e funcionamento do novo sistema para o acceso e exercicio de actividades inocuas se formularon e se seguen formulando, cómpre a aprobación dunha ordenanza reguladora que ofrezca respostas á problemática derivada da aplicación dalgunha das novas técnicas de intervención, como pode ser a presentación da documentación, efectos, réxime sancionador, plan de inspección, entre outros.

Unha vez aprobados os modelos e iniciado o novo sistema, procedeuse a unha revisión da normativa municipal concluíndo a necesidade de dotarse dunha nova norma, fase na que agora se está traballando co obxecto de proporcionar á administración municipal e aos

<sup>45</sup> Todo iso sen prexuízo das dúbidas que formulou sempre la competencia do Estado para derrogar determinadas normas do Regulamento de Servizos, especialmente en conexión coa doutrina do Tribunal Constitucional afirmada na sentenza de 21 de marzo de 1997 sobre a constitucionalidade do Texto Refundido da Lei de réxime de solo e ordenación urbana de 1992, o Estado non ten, naquelas materias sobre as que perdeu a súa competencia a favor das CCAA, nin sequera a posibilidade de derrogar as normas ditas antes da constitución destas. Non debemos esquecer que esta materia nas CCAA foi obxecto de regulación en normas con rango de lei.



cidadáns as ferramentas necesarias para garantir o correcto funcionamento en materia de acceso ás actividades inocuas de servizos.

Entre aquelas cuestións de maior relevancia que se formulan como consecuencia da aplicación do novo modelo de intervención podemos apuntar entre outras:

- \_ Obriga de ditar un acto administrativo
- \_ Posición dos terceiros<sup>46</sup> fronte ao exercicio destas actividades
- \_ Necesidade de establecer control posterior obrigatorio ou control posterior aleatorio<sup>47</sup>
- \_ Necesidade de adaptación das ordenanzas fiscais

#### b) De ámbito autonómico

A lexislación autonómica en materia de urbanismo constitúe a día de hoxe un importante obstáculo para a correcta transposición da DIRSE sen que existan razóns, considerando ademais a existencia de distintas normativas autonómicas que previamente á propia Directiva xa recollían o control posterior como medio de intervención<sup>48</sup>, que xustifiquen a devandita resistencia.

A Lei 9/2002, de 30 de decembro, de Ordenación Urbanística e Protección do Medio Rural de Galicia, no seu Título VI "Intervención na edificación e uso do solo e disciplina urbanística", Capítulo II "Intervención na edificación e uso do solo", Sección I "Licenzas", artigos 194 e seguintes, suxeita a previa licenza municipal, sen prexuízo das autorizacións que fosen procedentes, os actos de edificación e uso do solo e do subsolo. En canto ao procedemento, tras establecer que a competencia para o seu outorgamento corresponderá aos municipios segundo o procedemento previsto na lexislación de réxime local, sinala que para o outorgamento da licenza solicitada serán preceptivos os informes técnicos e xurídicos sobre a súa conformidade coa legalidade urbanística.

A devandita regulación haberá de completarse co Decreto 28/1999 de 21 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento de disciplina urbanística para o desenvolvemento e aplicación da Lei do Solo de Galicia, que no seu artigo 10 suxeita a previa licenza, sen prexuízo das autorizacións, licenzas ou concesións que foren procedentes de acordo coa lexislación específica aplicable, entre outros, os seguintes actos:

*"9. A utilización do solo para o desenvolvemento de actividades mercantís, industriais, profesionais, de servizos ou outras análogas.*

*11. A modificación do uso dos edificios e instalacións en xeral."*

46 Non podemos deixar de lembrar que a aparición dos novos medios de intervención como actos xurídicos privados con eficacia xurídico-pública sitúa aos terceiros nunha difícil posición, tanto pola súa non participación nos devanditos actos, como polos medios de reacción que poidesen ter fronte aos efectos dos devanditos actos, dada a dificultade para inserilos no actual réxime de recursos administrativos e contencioso-administrativos. A este respecto pode consultarse RAZQUIN LIZARRAGA, J. A. "De la intervención administrativa previa al control a posteriori: la reforma del procedimiento administrativo común a consecuencia de la directiva de servicios", Revista Aranzadi Doctrinal, nº 2/2010.

47 VIDA FERNÁNDEZ, J. "Cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores de servicios", AAVV "La ordenación de las actividades de servicios: comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre", Dir. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. Aranzadi, Madrid, 2010, sostén que os mecanismos de control non desaparecen senón que simplemente se transforman, e que as novas técnicas de intervención deben garantir un control efectivo e eficiente que, sen prexuízo de non obstaculizar o libre desenvolvemento das actividades de servizos, deben garantir a súa suxeición á normativa e principios exixibles.

48 Decreto lexislativo 1/2005, de 26 de xullo, polo que se aproba o texto refundido da lei de urbanismo de Cataluña. Lei 15/2001, de 14 de decembro, do solo e ordenación territorial de Extremadura, entre outros.

Actos que evidentemente están directamente vinculados ao acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, requiríndose por tanto a adaptación desta normativa á situación actual. Falta de adaptación que resulta mesmo máis chamativa pola ausencia de modificación desta normativa cando a LOUGA foi obxecto de modificación pola Lei 2/2010<sup>49</sup>, de 25 de marzo, de medidas urxentes de modificación da Lei 9/2002, de 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia, na cal se abordaban outro tipo de cuestións.

Evidentemente a suxeición ao principio de xerarquía normativa por parte das Entidades Locais supón un grave obstáculo para poder adoptar, no seo da administración municipal, decisións sobre o novo modelo de intervención na materia, ao que hai que engadir o xa indicado respecto ao Decreto 133/2008, polo que procedería que desde unha institución como a FEGAMP ou outras de similar índole, se reivindicase a adecuación definitiva da normativa autonómica a tal fin.

## 6 Conclusións para unha reflexión

Como se puxo de manifesto a entrada en vigor da DIRSE supuxo unha auténtica revolución administrativa, pero a pesar de ter transcorridos xa máis de dous anos desde que expirou o prazo de transposición aínda son moitas as tarefas que es cómpre abordar para completar as obrigas de transposición.

### 6.1 Reformas organizativas

Un dos principais desafíos que formula a DIRSE é evitar que a supresión dos controis previos produza como resultado o descoido dos intereses públicos ou a desprotección dos dereitos dos usuarios dos servizos. Para iso, cómpre realizar fondas reestruturacións organizativas no seo das AAPP con funcións executivas de control. Reformas que pasan cabalmente por situar efectivos, ata o de agora destinados ás tarefas de comprobación documental e realización de controis ex post: a policía administrativa, non debe desaparecer, senón adaptarse nun sentido máis favorecedor do crecemento económico.

A posta en marcha deste novo sistema polos seus efectos e complexidade no cambio de modelo exixiu a implicación e proactividade por parte do persoal implicado na mesma, requirindo especial dedicación polas responsables de licenzas, sen prexuízo de que o funcionamento do mesmo require que absolutamente todos os servizos implicados colaboren na consecución dos obxectivos fixados que requiren conxugar os intereses dos prestadores de servizos co interese público.

### 6.2 Reformas normativas

Dada a distribución constitucional de competencias resulta fundamental o papel das Comunidades Autónomas que ante a atomización municipal deben converterse nunha ferramenta que ofrezca solucións homoxéneas e integrais fronte ao actual panorama no que o prestador de servizos non pode ter garantías de acceso e exercicio nun mesmo ámbito autonómico, reivindicando que as devanditas administracións leven a cabo labores de homoxeneización e normalización do acceso ás actividades de servizos no ámbito local.

49 D.O.G. Nº 61, de 25 de marzo de 2010.



Procede pois que por parte das distintas entidades implicadas na consecución dos obxectivos da DIRSE, tanto as Administracións públicas, no ámbito estatal, autonómico e local, así como Colexios Profesionais, Cámaras de Comercio e demais entidades afectadas, sigan dando cumprimento aos compromisos adoptados a tal fin. Nesa liña insírese a aprobación do Real Decreto-lei 8/2011, de 1 de xullo, de medidas de apoio aos debedores hipotecarios, de control do gasto público e cancelación de débedas con empresas e autónomos contraídas polas entidades locais, de fomento da actividade empresarial e pulo da rehabilitación e da simplificación administrativa, en vigor desde o pasado 7 de xullo de 2011 no que o Goberno, en relación coa obriga imposta polo artigo 40 da LES e a nova redacción do artigo 84 bis LRRL procedeu a avaliar, no seu ámbito competencial, a concorrencia dos motivos que xustifican a opción polo sentido desestimatorio do silencio, así como a existencia de referencia a licenzas locais de actividade na lexislación estatal<sup>50</sup>. Deste modo, a actividade dos cidadáns poderá desenvolverse nos ámbitos afectados, sen que o eventual atraso na actuación administrativa se configure como un obstáculo e, á vez, garantindo que a tutela do interese público nos aspectos fixados pola Lei de Economía Sostible, se mantén inalterada.

### 6.3 O portelo electrónico: unha asignatura pendente

Como se sinalou anteriormente o portelo electrónico está directamente relacionado co principio de simplificación administrativa<sup>51</sup>, na medida en que facilitará aos prestadores o inicio de actividades mediante a realización de trámites vía telemática, ao tempo que podería facilitar prácticas disuasorias para os prestadores que desexen desenvolver as súas actividades noutros Estados membros, sen prexuízo de que o establecemento do portelo único non modificará en caso ningún a competencia da autoridade responsable do trámite ou procedemento.

Así mesmo a devandita cuestión está en conexión coa implantación definitiva e integral da administración electrónica, pois a dispoñibilidade de medios persoais e materiais para chegar ao obxectivo da tramitación telemática resulta fundamental para o funcionamento da PUDS<sup>52</sup>. Así grazas ao PUDS, e sen prexuízo doutras vantaxes derivadas da súa utilización, elimínanse as barreiras territoriais e poténciase a igualdade entre os cidadáns da UE.

### 6.4 Un proceso en evolución

Transcorrido xa case un ano desde a posta en marcha do novo sistema procedé facer unha lectura positiva sobre a súa implantación, lectura positiva grazas ao labor realizado polo

50 Tras o proceso de avaliación levado a cabo por parte dos diferentes Departamentos Ministeriais, co citado Real Decreto-lei cúmprese o mandato de proceder a modificar os preceptos de múltiples leis, propiciando que en máis dun cento de procedementos a Administración se vexa agora sometida ao réxime do silencio positivo e que desaparezan as mencións ás licenzas locais nos seguintes textos normativos: Real Decreto-Lei 4/2001, de 16 de febreiro, de Réxime de intervención administrativa aplicable á valorización enerxética de fariñas de orixe animal procedentes da transformación de despoños e cadáveres de animais; o Texto Refundido da Lei de Augas, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 1/2001, de 20 de xullo; a Lei 37/2003, de 17 de novembro, do Ruido; a Lei 16/2002, de 1 de xullo, de Prevención e control integrados da contaminación; a Lei 26/2007, de 23 de outubro, de Responsabilidade medioambiental; a Lei 34/2007, de 15 de novembro, de Calidade do aire e protección da atmosfera e a Lei 42/2007, de 13 de decembro, do Patrimonio natural e da biodiversidade.

51 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. "De la simplificación de la Administración Pública", Revista de Administración Pública, nº 147, setembro-décembro, Madrid 1998, Páx. 27. O devandito autor abordaba xa a cuestión desde o punto de vista da procedementalización da actuación da Administración, relacionando directamente a mesma como exigencia constitucional que ten a súa orixe no principio de legalidade.

52 GAMERO CASADO, E. "Los municipios y la ventanilla única de la directiva de servicios" no monográfico da Revista de Estudios Locales xa citado [Op. Cit.], lémbraos que a implantación do procedemento administrativo electrónico integral require da intervención sobre toda a lexislación sectorial que regula procedementos administrativos especiais, adaptando a súa estrutura á xestión electrónica para o cal será necesario levar a cabo unha tarefa de redeseño funcional dos procedementos administrativos con criterios de simplificación administrativa. Ambas as dúas cuestións encaixan perfectamente cos obxectivos sinalados de eliminación de obstáculos para facilitar o libre acceso ás actividades de servizos.

persoal municipal, sen prexuízo de que en todo momento se procedese coas cautelas procedementais e xurídico-administrativas que se consideraron convenientes.

O enfoque adaptado foi en todo momento o de considerar este proceso como un proceso vivo en contínua evolución e suxeito a aquelas modificacións que por razóns de distinta orde se puidesen estimar convenientes, así como a imperfección do sistema existente con anterioridade. Non se nos pode escapar que a suxeición das actividades a un sistema de control anterior non é un sistema perfecto, como o puxo de manifesto a acción de protección da legalidade urbanística, e por tanto a experiencia nese campo pode servir de guía para o camiño iniciado. Agora será a ordenanza reguladora dos medios de intervención a que nos dará as pautas para continuar o proceso iniciado.

## 7 Bibliografía

- AAVV "La ordenación de las actividades de servicios: comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre", Dir. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. Aranzadi, Madrid, 2010.
- VIDA FERNÁNDEZ, J. "Cuestiones generales sobre la incorporación de la Ley 17/2009 al ordenamiento jurídico: significado, ámbito de aplicación y encaje competencial"
- VIDA FERNÁNDEZ, J. "Cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores de servicios"
- AAVV "La transposición de la Directiva de Servicios", Revista de Estudios Locales, ARANZADI, número extraordinario julio-agosto 2009.
- GAMERO CASADO, E. "Los municipios y la ventanilla única de la directiva de servicios"
- AAVV "Tratado de Derecho Municipal I" dirigido por MUÑOZ MACHADO, S., ARANZADI, Madrid, 1988.
- EMBID IRUJO, A. "Ordenanzas y Reglamentos municipales"
- BAUZÁ MARTORELL, J. en "Declaración responsable y comunicación previa. Consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus". Diario La Ley, nº 7419.
- BORRAJO INIESTA, I. "Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma" Tomo II do Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Ed. Civitas, Madrid, 1986. Directores E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GONZALEZ CAMPOS e S. MUÑOZ MACHADO.
- CHOLBI CACHÁ, F.A. "El régimen de la comunicación previa, las licencias de urbanismo y su procedimiento de otorgamiento", LA LEY, Madrid, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. "Curso de Derecho Administrativo II", 11ª edición, Civitas, 2008.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. La incorporación de la Directiva de Servicios al derecho interno", Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 2010.
- LOZANA CUTANDA, B. "Ley ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa", Diario La Ley, nº 7339.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. "De la simplificación de la Administración Pública", núm 147, setembro-desembro, Madrid, 1998.
- PARADA VÁZQUEZ, R. "Derecho Administrativo I", Marcial Pons, Madrid, 1994.
- PELLICER ZAMORA, R.C. "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea", en R. ILLESCAS e CARLOS J. MOREIRO, Derecho Comunitario Económico, Vol. I, Las Libertades Fundamentales, Madrid, Colex, 2001
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. "Comentarios sobre la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, en la apertura de establecimientos comerciales". El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, nº 6, quincena do 30 de marzo ao 14 de abril. Edit. La Ley.



PELLICER ZAMORA, R.C. "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea", en R. ILLESCAS y CARLOS J. MOREIRO, Derecho Comunitario Económico, Vol. I, Las Libertades Fundamentales, Madrid, Colex, 2001

VELASCO CABALLERO, F. SCHNEIDER, JENS-PETER, Coords: "La unión administrativa europea", Marcial Pons, Madrid, 2008.

URRUTIA LIBARONA, I. "Marco jurídico del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio en la Comunidad Autónoma del País Vasco", Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2010.



# Reflexións sobre a revisión de oficio dos actos administrativos

MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO

Catedrática de Dereito Administrativo  
Universidade de Jaén

MARÍA LUISA ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS

Pfra. Contratada Doutora de Dereito Administrativo  
Universidade de Almería

42 Regap

Regap

ESTUDIOS E NOTAS

**Resumo:** Neste traballo inténtase matizar e poñer fin a algúns mitos que acompañaron a potestade revisoria das Administracións públicas: a revisión de oficio que prevén o art. 102 LRPAC non resulta tan imprescritible como parece extraerse do seu tenor literal e non constitúe unha acción do particular senón unha auténtica potestade administrativa. Pola súa parte, o art. 103 LRPAC non é tan garantista como parece desprenderse do precepto, posto que permite alegar un vicio a quen o provocou, coloca á Administración autora do acto nunha certa posición de privilexio e desigualdade respecto dos destinatarios do acto, que resulta atentatoria á seguridade xurídica posto que permite á Administración volver sobre os seus actos durante un longo período de catro anos a diferenza do prazo impugnatorio con que contan os interesados. Ao propio tempo, o traballo analiza as cuestións atentes á lexitimación, actuacións revisables e procedemento de revisión.

**Palabras clave:** Revisión de oficio. Declaración de lesividade. Procedemento revisorio. Nulidade de pleno dereito. Anulabilidade.

**Abstract:** The aim of this paper is to analyze the requirements of Administrative acts, debunking some of the most extended myths about the so-call ex officio review. A carefully reading of article 102 of the Spanish Law 30/1992, turns out that ex officio review is non-lapsable as it seems, and, also, that it is not a right of the citizen but a power of Administration. Besides, Article 103 is not as rights-based because allow to adduce defects to whom has caused them, placing, thus, Administration in a privileged position that could reduce the citizens rights. Finally, deals with other problems concerning legitimation, acts that may be revised and procedure to do so.

**Key words:** Ex officio review. Harmfulness Declaration. Procedure of revision. Nullity ab initio Acts. Relatively null Acts.

**Índice:** I. A revisión de oficio dos actos nulos de pleno dereito. I.1. Algunhas consideracións previas. I.2. Ámbitos subxectivo e temporal. I.3. Ámbito obxectivo. II. A revisión dos actos anulables. II.1. A declaración de lesividade como presuposto procesal de impugnación dos actos anulables declarativos de dereitos. II.2. Lexitimación. II.3. Ámbito obxectivo. II.3.1. Actos revisables por esta vía. II.3.2. Actuacións non revisables por esta vía. II.4. A xustificación da declaración de lesividade. II.5. Prazo para formular a declaración de lesividade e prazo de duración do procedemento. III. Límites da revisión.



# I A revisión de oficio dos actos nulos de pleno dereito

## I.1 Algunhas consideracións previas

Sabido é que unha das manifestacións máis sobresaíntes da autotutela declarativa é a revisión de oficio dos actos administrativos<sup>1</sup>. A súa regulación atópase contida no Título VII LRPAC, xunto coa declaración de lesividade e a revogación. Non obstante, estas dúas últimas non constitúen manifestación ningunha da potestade revisora da Administración, non é propiamente un suposto de revisión de oficio: a lesividade porque abre paso á revisión xurisdiccional e a revogación, porque, se ben se efectúa de oficio, non é un suposto de auténtica revisión que requira fundamentarse en motivos de legalidade, senón en motivos de oportunidade.

Por outra parte, as diferenzas entre estas tres técnicas tamén son notables en canto ao seu obxecto e finalidade: a revisión de oficio alcanza ás disposicións administrativas e aos actos administrativos en xeral, tanto declarativos como non declarativos de dereitos; a declaración de lesividade só alcanza aos actos favorables e a revogación, aos actos desfavorables ou de gravame.

## I.2 Ámbitos subxectivo e temporal

A iniciativa para proceder á revisión de oficio pode partir tanto do particular interesado como da propia Administración. En principio, pois, ten que recoñecerse lexitimación para instar e para participar no procedemento a todos os afectados, o que nos remite ás clases e categorías de interesados que se conteñen no art. 31 LRPAC. Máis concretamente, poderán solicitar das Administracións públicas o exercicio da potestade de revisión de oficio os que fosen destinatarios directos do acto administrativo ditado, podendo distinguirse o suposto de actos favorables e actos desfavorables, se ben no primeiro caso é dificilmente imaxinable que o favorecido polo acto inste a revisión do mesmo, polo que o máis frecuente será que o soliciten terceiros interesados; no segundo, unha vez recibida a solicitude pola Administración, é esta a que deberá decidir se procede á revisión vía art. 102 LRPAC ou por vía da revogación do art. 105.1 LRPAC. E en calquera caso en modo ningún será admisible a acción pública por máis que se considere que os vicios que dan lugar á nulidade de pleno dereito son susceptibles de cualificarse como de orde pública. Requírese lexitimación e esta só a ostentan os interesados nos termos do art. 31 LRPAC.

Agora ben, ¿que é o que se configura no art. 102 LRPAC: unha auténtica acción de nulidade e, polo tanto, un dereito estrito a todo un procedemento revisorio ou un simple poñer en coñecemento da Administración unha presunta nulidade de pleno dereito, pero quedando á súa discrecionalidade o impulsar ou non o procedemento revisorio? A resposta a esta cuestión require da análise previa deo ámbito temporal para exercitala. O art. 102 LRPAC dispón que pode accionarse en calquera tempo, sen o condicionante, pois, da eventual prescrición. Non obstante, e contrariamente ao que se desprende do tenor literal do precepto, iso non significa que a acción sexa imprescritible ou eterna, dado o límite que aparece no art. 106 LRPAC, por cuxa virtude “as facultades de revisión non poderán ser exercitadas cando por prescrición de accións, polo tempo transcorrido ou por

1 BOCANEGRA SIERRA, R. *La anulación de oficio de los actos administrativos*. Oviedo, Academia Asturiana de Jurisprudencia, 1998. ALONSO GARCIA, M.C. “La revisión de los actos administrativos tras la Ley 4/1999, de 13 de enero”, en *Justicia Administrativa*, núm. 6, 2000. DE PALMA DEL TESO, A. “La acción de nulidad frente a los actos desfavorables o de gravamen”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 159, 2002.

outras circunstancias, o seu exercicio resulte contrario á equidade, á boa fe, ao dereito dos particulares ou ás leis”, o que obviamente resulta de aplicación aínda tratándose de actos nulos de pleno dereito, posto que o carácter imprescritible da acción entraña un risco evidente para a estabilidade ou a seguridade xurídica. As razóns que aboan esta conclusión, segundo se desprende das SSTs de 24 de abril (RX 1993\2863) e de 16 de decembro de 1993 (RX 1993\9747) e de 30 de maio de 1994 (RX 1994\4460), son as seguintes:

En primeiro lugar, a simple contraposición entre acción de nulidade, sen submisión a prazo, e recurso administrativo sometido a el, implicaría deixar en mans do administrado o someterse a un prazo na defensa do seu interese ou, pola contra, prescindir de todo límite temporal e proceder á impugnación en calquera momento, o que non parece avirse cunha lóxica de conxunto do sistema legal. Item máis, mesmo desde a perspectiva do administrado, interesado en impugnar un acto administrativo que lle afecta, resulta en certo modo forzada a distinción usual entre acción de nulidade e recurso administrativo, pois é indubidable que a acción se manifesta en ambos os dous casos a constituir senllas vías canles para exercitar a pretensión impugnatoria. Así a diferenza real entre acción impugnatoria, ex art. 102 LXPAC, e a que se canaliza a través dos recursos administrativos, maniféstase máis ben polo dato de que na primeira non existe un dereito do administrado a impoñer non só xa a declaración de nulidade á Administración senón acordar o inicio mesmo do procedemento, pois este e aquela só é consecuencia do exercicio dunha potestade administrativa, a potestad de revisión de oficio, que é o elemento clave, en cuxo exercicio non conta só o interese do accionante e o puro valor da legalidade do acto impugnado, senón tamén outros elementos a ponderar pola Administración, dados os límites imperativos do art. 106 LXPAC. Direino doutro xeito: na estrutura do art. 102 LXPAC, o interesado que pode instar a acción de nulidade é un dos posibles elementos determinantes do exercicio da potestade administrativa, pero a clave non se atopa tanto na acción de nulidade instada polo interesado canto na potestade mesma, de onde pode deducirse que a expresión “en calquera momento” que emprega o precepto ten como referencia e destinataria inmediata a Administración e non tanto o administrado. ¿Que se deriva de todo iso? Que, pese á literalidade dos seus termos, o art. 102 LXPAC non consagra unha acción con todas as súas consecuencias e coa que, sen limitación de prazo, se poida forzar á Administración a declarar a nulidade de pleno dereito dun determinado acto nulo de pleno dereito.

Entón, ¿que sentido ten que o art. 102 LXPAC manteña a inveterada expresión “en calquerz momento” que aboou a idea da imprescritibilidade do exercicio desta potestade e da acción de nulidade? Evidentemente evitar as fatais consecuencias da inminente caducidade dos breves prazos de interposición dos recursos administrativos, transcorridos os cales, de non existir esta vía do art. 102 LXPAC, non cabería corrixir as maiores irregularidades cometidas pola Administración nos seus actos administrativos por topar para iso coa firmeza do acto.

Agora ben, xunto a iso ten que engadirse outro problema adicional: interposto extemporeamente un recurso polo que se impugna un acto administrativo no que se aleguen razóns de nulidade de pleno dereito, ¿cabería reconducir a pretensión anulatoria pola vía do art. 102 LXPAC e, polo tanto, admitilo dada a imprescritibilidade da acción ou cabería decretar a súa inadmisión pola súa tardía interposición? A Xurisprudencia ao respecto é vacilante: a STS de 20 de xaneiro de 1999 (RX 1999\32) considera, dunha parte, absolutamente imprescindible fundamentar a acción no art. 102 LXPAC se pretende aproveitarse



a súa imprescritibilidade, polo que o recurso interposto fóra de prazo habería que enténdelo inadmisíbel por extemporáneo. Os termos da sentenza son tallantes:

“é farto reiterada a xurisprudencia desta Sala en torno á necesidade de apreciar a extemporanidade dos recursos articulados contra unha decisión administrativa, sequera se baseen na suposta nulidade radical da mesma, a non ser no caso de que se acudise á vía de instar a revisión do acto viciado a través da vía que posibilita o artigo 109 da Lei de 1958. Mentres neste último suposto non existe prazo perentorio ningún, xa que se outorga unha acción para solicitar que a Administración inicie o procedemento revisorio, o siga por todos os seus trámites e o conclúa por medio dunha decisión -favorable ou adversa á nulidade- que poderá dar lugar á interposición do recurso contencioso xudicial, no caso de intentarse a vía xudicial directa contra o acto supostamente nulo está obrigado o impugnante a atermos aos prazos legais de interposición dos recursos que pretenda exercer, sen que lle dispense diso a absoluta falta de validez do acto. Así o viñeron declarando as Sentenzas deste Tribunal, entre as que merecen ser lembradas as de 25 de marzo e 27 de xullo de 1992 (RX 1992\3391 e RX 1992\6177), e nos últimos tempos a de 2 de decembro de 1998 (RX 1998\10266)”.

Pola contra, a STS de 26 de outubro de 2001 (RX 2001\ 9208) entendeu, que en aplicación do art. 110.2 LRPAC, podía entenderse instada a revisión de oficio aínda que se tivese viabilizado a través dun recurso de reposición e este fose extemporáneo, pois “o erro na cualificación dun recurso non será obstáculo para a súa tramitación, sempre que se deduza o seu verdadeiro carácter” e a STS de 16 de decembro de 1997 (RX 1998\251), con cita das SSTs de 24 outubro 1994 (RX 1994\10116), de 8 abril 1995 (RX 1995\3228), de 7 novembro 1995 (RX 1995\8131), de 20 febreiro 1996 (RX 1996\1274) e de 1 febreiro 1997 (RX 1997\743), chegou a similar conclusión ao considerar que fronte ás alegacións de extemporanidade na formulación dos recursos en vía administrativa ou xurisdiccional ten que prevalecer o principio xeral de ineficacia insubsanable dos actos e disposicións xerais que sexan nulos de pleno dereito, recollido nas coñecidas máximas *quod nullum est nullum producit effectum* e *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convallescere*.

### 1.3 Ámbito obxectivo

Son revisables en aplicación do art. 102 LRPAC todos os actos administrativos –expresos, presuntos estimatorios, por ter a consideración de acto finalizador do procedemento (art. 43.3 LRPAC) e actos de trámite cualificados-, salvidade feita aos actos de trámite por carecer de eficacia externa.

O procedemento de revisión do art. 102 LRPAC non alcanza só aos actos administrativos, senón tamén aos actos relativos á preparación e adxudicación dos contratos administrativos que merecen a consideración de actos separables, así como dos actos que resulten dos acordos, pactos e convenios celebrados polas Administracións públicas con persoas de Dereito privado, en virtude da denominada “terminación convencional”.

Non o son, porén, os actos privados da Administración nin os contratos privados celebrados por ela por corresponder en exclusiva a decisión sobre o fondo aos Xulgados e Tribunais da orde correspondente (Ditame do Consello de Estado 701/1991).

Tamén o son as disposicións administrativas de carácter xeral, se ben neste caso non se admite a iniciación co carácter de acción de nulidade a solicitude do interesado (SSTS de 28 de novembro de 2001 [RX 2002\2730] e 20 de marzo de 2003 [RX 2003\2914]). As razóns desta exclusión atópanse, dunha parte na propia Exposición de Motivos da Lei 4/1999, que nega o carácter de acción de nulidade neste caso, e, doutra, na imposibilidade de impugnación dos Regulamentos mediante recursos administrativos. En consecuencia, estimado un recurso polo que se insta a impugnación indirecta, é dicir, anulado un acto por causa da nulidade do Regulamento do que constitúe a súa aplicación, a Administración deberá iniciar o procedemento de revisión de oficio contra a mesma.

Pero volvamos aos actos administrativos como obxecto do procedemento revisorio do art. 102 LXPAC. O precepto exige que se trate de actos que esgotasen a vía administrativa ou contra os que non se interpuxese recurso en prazo, o que, en principio, puidese interpretarse como unha limitación que mal se avén co tipo de vicio afectante a estes actos. Porén, a mesma encerra unha sorte de condicionantes non carentes de certa lóxica: en primeiro lugar, ten que tratarse de actos definitivos –non de trámite- por ser o resultado dunha vontade concluínte da Administración; en segundo lugar, que non sexan susceptibles de ser cuestionados mediante a interposición dos recursos administrativos pertinentes ou do contencioso-administrativo pois, se así é, o procedente é empregar esta vía por ser a máis sinxela, a máis rápida e a ordinaria; e, en terceiro lugar, respecto de actos que non fosen impugnados con idéntico fundamento e motivos e desestimados por sentenza xudicial firme pois nin cabe a declaración de nulidade de actos administrativos confirmados en vía xudicial (SSTS de 29 de xaneiro de 1975 [RX 1975\146 RX 1975\146] e de 30 de novembro de 1984 [RX 1984\6560]), nin é admisible reabrir a cuestión tantas veces queiran os interesados (STS de 1 de abril de 2002 [RX 2002\3388]).

Todo iso deriva, ademais, da consideración deste mecanismo como excepcional e en modo ningún alternativo á vía da impugnación mediante recursos e moito menos simultáneo. Iso responde á idea de subsidiariedade fronte á vía dos recursos: como afirma Aguiló Monjo<sup>2</sup>, mentres exista recurso administrativo pendente, a súa resolución é o camiño máis curto e axeitado para a anulación do acto que o de iniciar unha redundante e alternativa vía de revisión de oficio. E se existe recurso contencioso-administrativo en trámite tamén o aplazamento será o camiño máis axeitado que iniciar, de oficio, a vía revisoria: en definitiva, insisto, a existencia de esgotamento da vía administrativa non está exenta de lóxica, porque en tanto o acto sexa susceptible de recurso non ten sentido que se siga un procedemento de revisión, máis complexo que o que permite alcanzar o recurso. E o mesmo sucede coa existencia de que o acto sexa firme por consentido (non así os firmes por rer interposto todos os recursos dispoñibles, incluído o contencioso, porque en tal caso existe cousa xulgada), dada, se non a imprescritibilidade da acción polas razóns máis arriba expostas, a inexistencia de prazo para exercitala.

Agora ben, ¿ten algún sentido manter esta exigencia cando o procedemento revisorio foi iniciado de oficio?, ¿para que agardar a Administración a que o acto sexa definitivo ou que esgotase a vía administrativa? Entendo que se ben o art. 102 LXPAC contén tanto unha acción de nulidade *stricto sensu* –coas matizacións, iso si, referidas máis arriba- como unha habilitación para que a Administración revise de oficio os seus actos nulos de pleno dereito, o requisito exposto só se entende exixible cando a revisión se inicia a instancia de interesado e non cando se inicia de oficio.

2 AGUILÓ MONJO, P.A. "Especialidades de la revisión de oficio a instancia de parte", en *Revista Española de la Función consultiva*, nº 1, 2004, páx. 19.



## II A revisión dos actos anulables

### II.1 A declaración de lesividade como presuposto procesal de impugnación dos actos anulables declarativos de dereitos.

A declaración de lesividade é tan só un presuposto procesal ou trámite previo para o exercicio de accións contra os seus propios actos por parte da Administración e, máis en concreto, para que esta poida interpoñer recurso contencioso-administrativo, sendo no proceso que se promova con base nesa declaración de lesividade onde se dilucidará se efectivamente concorre causa de anulabilidade no acto declarado lesivo que se converte, así, no árbitro que resolve sobre a procedencia ou improcedencia da declaración de lesividade do acto de que se trate. En definitiva, este procedemento de revisión que se desenvolve en dúas fases, a Administración limitarase nunha primeira a formalizar este presuposto procesal en que declarará lesivo ao interese público o acto administrativo cuxa anulación pretende e a Xurisdición Contencioso-Administrativa, nunha segunda, que será a que virá proclamar a xuridicidade ou desconformidade co ordenamento xurídico do acto declarado lesivo, enuizando a cuestión á marxe do criterio da Administración, que poderá ser ou non aceptado e no que o beneficiado polo acto poderá concorrer ao proceso como demandado para defender a legalidade do acto administrativo.

Polo tanto, a declaración de lesividade non ten máis efecto que o de permitir á Administración instar a impugnación xurisdiccional dun acto ditado por ela mesma, e é dentro do proceso xurisdiccional que así se inicie onde teñen que ser emprazados todos os que estean interesados en manter a validez do devandito acto e onde poden facer valer, en beneficio dos seus dereitos e intereses, todo o que estimen conveniente en contra daquela declaración de lesividade e da nulidade pretendida fronte ao acto que fose obxecto da mesma. A cuestión non é fútil pois dela se extraen dúas consecuencias: Primeira, que esa declaración administrativa de lesividade carece de virtualidade para incidir na situación xurídica preexistente da recorrente; é dicir, por si soa nin altera, nin modifica ou priva de dereito ningún que tivese adquirido fronte á Administración (STS de 23 de abril de 2004 [RX 2004\2649]). E segunda, o acordo que declara a lesividade dun acto administrativo non é susceptible de impugnación, polo que, interposto este, habería que declarar a súa inadmisibilidade (SSTS de 18 de xullo de 2000 [RX 2001\4627] e 26 de xuño de 1984 [RX 1984\3650]). A razón é obvia: non ten sentido admitir a interposición dun recurso contra a Administración que non tería máis obxecto que evitar que a mesma Administración interpoña un recurso, no cal a parte poderá facer plena defensa dos seus dereitos, incluída a argumentación en que intenta fundar a súa pretensión (STS de 18 de xullo de 2000 [RX 2001\4627]).

Con todo, a declaración de lesividade e, no seu conxunto, o chamado “recurso de lesividade” previsto nos arts. 103 LRXPAC e 43 LXCA ten un carácter marcadamente extraordinario por canto, dunha parte, non deixa de supoñer alegar un vicio por quen o provocou e, doutra, constitúe un grave risco ao principio de seguridade xurídica, pois permite volver sobre declaracións de vontade de efectos favorables durante un longo período de 4 anos, o que impón unha interpretación restritiva das normas que o regulan (STS de 31 de marzo de 2008 [RX 2008\3743]).

Por iso, como ben afirma Cuchillo Foix<sup>3</sup>, contrariamente ao manifestado na Exposición de Motivos da LRXPAC, e aínda que a naturalidade con que afronta a regulación do art. 103

3 CUCHILLO FOIX, M. “La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC”, na obra colectiva dirixida por TORNOS MAS, J. *Administración Pública y Procedimiento administrativo*, Barcelona, Bosch, 1994, páxs. 398 e 399.

pode dar lugar a manter o contrario, sobre todo pola indubidable garantía que supón a intervención xudicial na decisión última da anulación do acto, esta posibilidade de revisión coloca á Administración autora do acto nunha certa posición de privilexio e desigualdade respecto dos particulares, o que parece incompatible cos trazos configuradores da institución revisora, cos principios informadores da LRXPAC e cos postulados constitucionais, e iso por varios motivos: primeiro, porque os actos anulables que non fosen recorridos polos interesados nos brevísimos prazos previstos para a impugnación, en vía administrativa ou ante a Xurisdición contencioso-administrativa, deberían ser entendidos firmes e consentidos. Non obstante, a Administración continúa dispoñendo de 4 anos para reaccionar contra os mesmos. E segundo, polos evidentes perigos para a seguridade xurídica que provoca tan dilatado prazo de inestabilidade das situacións nadas ao abeiro de actos anulables.

## II.2 Lexitimación

No proceso de lesividade, como proceso excepcional que é, a lexitimación activa resérvaa para si a propia Administración que, contra os seus propios actos, pretenda a anulación dun acto declarativo de dereitos. E sendo a Administración autora do acto parte demandante, conforma a parte demandada os titulares de dereitos derivados do acto que se pretende anular.

É máis, este presuposto procesal que constitúe a declaración de lesividade ten o importante efecto de delimitar, cuantitativa e cualitativamente, as posibilidades da acción a postular, de forma que consolida a posición xurídica tanto da Administración como do destinatario do acto declarado lesivo, pois a Administración non poderá formular, ao longo do proceso, pretensións que non se refiran aos aspectos e cuestións indicadas na declaración de lesividade, nin das demais partes poderá alterar as súas respectivas posicións procesais. Por esta razón, tanto demandados como codemandados, en lóxica coherencia procesal, haberán de pretender o mantemento do acto administrativo, non procedendo nunha instancia superior que ningún deles manteña unha tese impugnatoria da sentenza que confirme o acto impugnado, dando así as costas ao principio de que a única posición que poden manter o demandado e o codemandado ten que ser a de mantemento do acto impugnado (STS de 22 de novembro de 2007 [RX 2008\276]).

Esta posición da Administración como parte demandante neste proceso de lesividade fai que o interese lexitimo dos administrados non lles permita neste proceso outra intervención que a de actuar en forma subordinada á da parte principal que, do mesmo xeito que é libre para formular a declaración de lesividade do acto e a súa posterior impugnación, éo para desistir do proceso iniciado á súa instancia, o que provoca que este desistimento alcance a estes, que nin poderán substituír á parte principal nin poderán continualo sen ela, pois non debe esquecerse que o mecanismo ordinario de impugnación é a interposición de recursos –cuxos prazos xa transcorreron- e non agarrar a eventual presentación dun recurso de lesividade pola Administración autora daqueles para eles (STS de 18 de novembro de 1998 [RX 1998\9515]).

Do anterior debe deducirse unha consecuencia clara: que o proceso de lesividade non supón para o interesado na anulación dos actos declarados lesivos a reapertura dos prazos de impugnación daqueles, polo que no proceso de lesividade non poden senón simplemente cooperar ao éxito das pretensións exercitadas pola Administración (STS de 29 de abril de 2004 [RX 2004\3292]).





## II.3. Ámbito obxectivo

### II.3.1. Actos revisables por esta vía

Malia a aparente claridade con que se expresa o art. 103 LRXPAC, a sobriedade da súa regulación e da súa posta en práctica ao poñelo en contacto coa realidade obriga a poñer de manifesto algunhas consideracións acerca do ámbito obxectivo de aplicación:

En primeiro lugar, han teñen que selo só e exclusivamente os actos que sexan declarativos de dereitos. Agora ben, o criterio do carácter favorable ou desfavorable do acto non resulta seguro nin definitivo, xa que existe un *tertius genus*, os actos cuxos efectos xurídicos alcanzan a distintos suxeitos e que teñen “o dobre efecto” de producir efectos declarativos ou favorables para uns e de gravame ou desfavorables para outros.

Pero unha vez superada esta dificultade inicial, o certo é que, tamén contrariamente ao que puidese parecer, o ámbito de acción deste mecanismo de revisión non só alcanza aos actos anulables senón aos nulos de pleno dereito, posto que cabe a posibilidade de que a Administración empregue esta vía para lograr a anulación daqueles actos –iso si, favorables– cuxa anulación de oficio ou ben se viu truncada ao non se ter obtido o preceptivo informe favorable do órgano consultivo, ou ben a Administración non considerou oportuno iniciar o procedemento que lle brinda o art. 102 LRXPAC. En definitiva, o proceso de lesividade preséntase como unha alternativa á revisión de oficio do art. 102 LRXPAC, o cal permite que a Administración autora do acto poida solicitar a actuación xurisdiccional en postulado anulatorio dun acto ditado por ela aínda cando este sexa susceptible de cualificarse nulo de pleno dereito e non anulable. ¿Por que é posible aboar esta solución? Por unha parte, porque esta posibilidade non está prohibida polo ordenamento xurídico, e, pola outra, porque o proceso de lesividade extrema as garantías en beneficio do particular que poida resultar afectado pola pretendida nulidade (STS de 24 de setembro de 1999 [RX 1999\8033]).

Por último e superando a tese inicial contida nas SSTS de 10 de decembro de 1934 e 25 de marzo de 1941, a Xurisprudencia, desde a STS de 13 de novembro de 1974 (RX 1974\4500), estendeu a lesividade á contratación administrativa sen que esta posibilidade sexa asimilable a unha libre facultade resolutoria por parte da Administración. A razón é obvia: a impugnación dun contrato en base ao seu carácter lesivo non ten o seu fundamento no incumprimento das obrigas contractuais contraídas polo contratista que dan lugar á resolución do contrato, senón en constatar se a Administración vulnerou disposicións polas que ten que rexerse, repercutindo desfavorablemente nos intereses económicos ou doutra orde da Administración.

### II.3.2. Actuacións non revisables por esta vía

En primeiro lugar, se se acepta como principio válido que o proceso de lesividade unicamente se pode dirixir fronte a actos administrativos que padezan defectos constitutivos de anulabilidade e mesmo, actos nulos de pleno dereito –é dicir, que transgredan o ordenamento xurídico– non é difícil deducir que non debe predicarse a invalidación respecto dun acto xurídico que sexa reputado inicialmente como válido.

En segundo lugar, a declaración de lesividade resulta ser a vía improcedente nos casos de actos administrativos afectados de nulidade sobrevida derivada dun acto que declare un dereito cando tal declaración resulte incompatible co recoñecemento dun dereito declarado por outro acto anterior (STS de 22 de novembro de 2007 [RX 2008\276]).

Tampouco é susceptible de declaración de lesividade (e, conseguintemente, é inadmisíbel o recurso contencioso-administrativo) o acordo ditado pola Administración en execución dunha anterior sentenza firme, non só por impedilo en principio de *cousa xulgada*, senón tamén porque se trata de acto administrativo adoptado en cumprimento dunha decisión xudicial á que debe conformarse. En consecuencia, non se debe poñer en cuestión mediante a declaración de lesividade os pronunciamentos firmes recaídos ao levar a cabo a fiscalización xurisdiccional de tales actos nin pode, polo tanto, xerarse outro proceso distinto que faría, mediante a sucesiva adopción de actos non conformes co mandato xudicial, inoperante o proceso xa rematado (SSTS de 6 de marzo de 1989 [RX 1989\1736] e de 27 de abril de 1999 [RX 1999\4685]). Agora ben, nin é procedente nin se require a declaración de lesividade cando se trata dunha simple modificación, novación dunha cláusula contractual (STS de 26 de xuño de 2000 [RX 2000\6702])

Cando do que se trata é do reintegro ou denegación de subvencións por incumprimento dos requisitos ou indebida utilización das cantidades recibidas, isto é, por incumprimento da finalidade para a que se conceden ou outórganse abondando para iso a comprobación administrativa do debandito incumprimento para acordar a denegación da subvención ou a devolución do percibido, non se está en presenza propiamente da revisión dun acto nulo que requira a aplicación do establecido no art. 102 LRPAC ou unha declaración de anulabilidade do acto que requira una declaración de lesividade do art. 103 LRPAC. O acto de outorgamento da subvención, que é *prima facie* acorde co ordenamento xurídico, non se declara ineficaz por motivo que afecte á validez da súa concesión, senón que despreza todos os seus efectos, entre os que se atopa, precisamente, a posibilidade de declarar a improcedencia do outorgamento e o reintegro ou devolución das cantidades cando non se cumpriu a condición ou a finalidade para a que se outorgou a subvención. É este un efecto inherente ao acto de outorgamento da subvención que nin se revisa, nin se anula nin se revoga, en sentido propio, senón que ou ben a denegación ou devolución representa a eficacia que corresponde ao incumprimento da condición resolutoria con que se concede a axuda. (STS de 16 de maio de 2007 [RX 2007\5855]) ou ben se trata dun acto administrativo que resolve denegar as axudas solicitadas de forma definitiva e que establece a obriga de reintegrar os anticipos percibidos en tal concepto (STS de 26 de xuño de 2007 [RX 2007\3925]).

Aínda que non se estableza expresamente na LRPAC, o ámbito obxectivo do art. 103 LRPAC non alcanza aos Regulamentos, senón só os actos administrativos definitivos –non de trámite– que puxesen fin á vía administrativa e respecto dos que non se atope pendente resolución de recurso administrativo algún nin xurisdiccional interposto con eles, pois sería absurda a simultánea pendencia de dous procesos en que a Administración postulase a anulación do acto e a súa conformidade a Dereito.

#### II.4 A xustificación da declaración de lesividade

Para que poida prosperar o proceso de lesividade haberá de acreditarse pola Administración a procedencia da lesividade en si, para o que abondará a proba de que o acto produce lesión, xa sexa esta xurídica, económica ou doutra índole (prexuízos urbanísticos, sanitarios, culturais...) e que o acto incorra en calquera infracción do ordenamento xurídico, sen prexuízo, no seu caso, da axeitada indemnización dos prexuízos causados a terceiros e das responsabilidades exixibles como consecuencia do acto que se declare nulo (STS de 23 de



abril de 2002 [RX 2002\4610]). Esta dobre exigencia (de lesión e de infracción do ordenamento xurídico) –que non a tradicional dobre exigencia de lesión, económica e xurídica que se exixía tradicionalmente- implica que a declaración de lesividade e a subseguinte anulación do acto declarado lesivo non poderá fundamentarse en simples razóns de pura conveniencia ou oportunidade política, posto que o Xuíz ou Tribunal deberá fundarse en motivos de legalidade e no seu impacto antixurídico ao interese público. Porén, a Xurisprudencia suavizou considerablemente esta exigencia de lesión aos intereses económicos, considerando que esta se presupón se o acto quebranta o ordenamento xurídico (SSTS de 14 de marzo de 1980 [RX 1980\2190], 22 de xaneiro de 1988 [RX 1988\326], 28 de febreiro de 1994 [RX 1994\1465] e 6 de xuño de 1995 [RX 1995\4944])

## II.5 Prazo para formular a declaración de lesividade e prazo de duración do procedemento

A LRPAC na súa redacción orixinaria e antes da reforma operada pola Lei 4/1999 previu a necesidade de iniciación do procedemento de lesividade antes dos 4 anos desde que o acto se tivese ditado. A diferenza respecto da LPA de 1958 era substancial: no derogado art. 110 a revisión debía producirse –por tanto, con resolución incluída-, e non só iniciarse, “dentro” dese prazo.

A reforma de 1999 volveu, para maior seguridade xurídica dos beneficiados por un acto administrativo, ao sistema da LPA de 1958 ao establecer no apartado 2º do art. 103 que a declaración de lesividade “non poderá adoptarse unha vez transcorridos 4 anos desde que se ditou o acto administrativo”, polo que dentro dese periodo ten que incluírse non só o inicio do procedemento para realizala, senón a propia declaración. E aínda que o silencio a Lei, non cabe falar de interrupción do cómputo do devandito prazo porque, como veu declarando a Xurisprudencia con reiteración, trátase dun prazo de caducidade e non de prescrición. En consecuencia, transcorrido o devandito prazo o acto non pode declararse lesivo e considérase, a todos os efectos, irremediabilmente firme.

Mais, ¿como se realiza o cómputo? A STS de 10 de outubro de 2000 (RX 2000\8245) afirmou que o mesmo ten que partir, sen dúbida, da data de tal acto, e non da de ningún outro posterior, xa sexa complementario, derivado ou de execución.

Xunto a este prazo, prevese outro, o que corresponde á duración do procedemento, que desde a Lei 62/2003, de 30 de decembro, se fixa en seis meses desde a iniciación do procedemento. A Xurisprudencia sinala como dies ad quem para o cómputo deste prazo –tamén de caducidade- o da notificación da resolución que lle pon fin (SSTS de 25 de maio de 2004 [RX 2004\4729], de 18 de xaneiro de 2005 [RX 2005\896], de 24 de outubro de 2007 [RX 2007\7497] e de 21 de xullo de 2004 [RX 2004\5569]). Se a Administración non ultima o procedemento coa correspondente resolución terá que declarar a caducidade do procedemento e o seu correspondente arquivo, podendo obviamente iniciar outro procedemento co mesmo fin, sempre e cando, claro está, non transcorrese o de 4 anos, podendo en tal caso, aproveitar os trámites realizados no procedemento inicial.

A declaración do acto como lesivo abre a vía á súa impugnación, por parte da Administración, ante os Tribunais contencioso-administrativos, para o que terá que realizarse o cómputo para a interposición do contencioso, que será de dous meses desde o día seguinte á data en que se ditou tal declaración (art. 46.5 LXCA).

### III Límites da revisión

O art. 106 LRPAC engade unha serie de límites aos xa existentes á potestade revisora da Administración e faino da man de conceptos xurídicos sumamente indeterminados e difíciles de determinar na aplicación práctica a un caso concreto (boa fe ou equidade) e de elementos que non remata de perfilar (o tempo transcorrido -¿canto?-, outras circunstancias -¿que circunstancias?-, o dereito dos particulares -¿do interesado ou de terceiros?...), deixando así unha ampla marxe de discrecionalidade á Administración que poderá atopar neste precepto o fundamento recorrente tanto para proceder a revisar –considerando que non se dan estas circunstancias- ou para non facelo. Por iso e porque a propia potestade revisora da Administración xa vén acompañada de importantes límites e restricións, é polo que este precepto ten que aplicárselle de forma verdadeiramente excepcional e tras valorar coidadosamente a concorrencia de tales circunstancias. É máis, como expresou a STSX de Cataluña de 14 de xuño de 2002 (AS 2002\2947), non cabe acudir a tan xenérico precepto cando existe unha norma específica que regula a materia. É máis, á vista do significado inequívoco dos termos nel empregados, o xulgador non dispón de marxe ningunha para a ponderación de tales consideracións, en detrimento doutras igualmente dignas de ser tidas en conta, en tanto que está vedado que a resolución xudicial, por imperativo do art. 3.2 C.c., descanse de xeito exclusivo nunha valoración de equidade.

O certo é que ao conxugar a regulación da revisión de oficio e o art. 106 LRPAC, pode deducirse que para proceder a ela se require, dunha parte, apreciar a ilegalidade do acto que pretende revisarse e, doutra, que tal revisión non veña impedida por circunstancia ningunha que produza como resultado da anulación unha lesión doutras leis, da equidade, da boa fe ou do dereito doutros particulares ou interesados, circunstancias todas elas que ofrecen unha ampla marxe de discrecionalidade ao órgano administrativo actuante pero ten que manexalas e ponderalas debidamente en cada caso para non condenar á inoperancia o temperamento que a devandita norma implica para a revisión de oficio (STS de 5 de decembro de 1995 [RX 1995\9936]).

Malia as dificultades que presenta calquera intento de fixación do significado de conceptos tan inasibles como os que emprega o precepto, da Xurisprudencia pode extraerse unha consideración que puidese resultar útil á hora de determinar se un proceder administrativo é contrario ou non á boa fe. Segundo a STS de 27 de decembro de 2006 (RX 2006\10062) éo cando a Administración fai calquera clase de manifestación sobre a validez dun concreto aspecto ou elemento da súa actuación administrativa, ou que xerese a aparencia de que esa era xa unha cuestión previamente analizada e valorada por ela e que, posteriormente, promova a revisión de oficio con base na invalidez dese mesmo elemento e en contradición coa súa anterior manifestación sobre esa concreta cuestión. E infrínxese, tamén a boa fe por parte da Administración cando “se finxe ignorar o que se sabe (...), se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente dunha dubidosa significación ou se crea unha aparencia xurídica para contradicila despois en prexuízo de quen puxo a súa confianza nela” (STS de 29 de xaneiro de 1965 [RX 1965\262]).

No que fai a equidade, a Xurisprudencia declarou que “hai circunstancias en que a xustiza e o dereito teñen que auxiliarse da equidade” (STS de 10 outubro 1955 [RX 1955\2800]), posto que a equidade é un principio xeral do Dereito que pode operar como supletorio do mesmo (STS de 21 outubro 1957 [RX 1957\2810]) e que resulta de aplicación en diversidade de ocasións (SSTS de 3 xuño 1960 [RX 1960\2218], de 3 outubro 1974 [RX 1974\3571])



e 2 maio 1978 [RX 1978\1646]). Por outra parte, a STS de 26 de decembro de 1995 (RX 1995\9529) afirma que non cabe confundir equidade con igualdade, xa que aquel ten un compoñente de moderación e este de conformidade absoluta, entre dous ou máis termos comparativos. O principio da equidade non significa outra cousa que dar ao caso unha solución máis xusta, por máis axeitada ás súas esenciais características (STSX de Canarias de 14 de abril de 2000 [XT 2000\1167]). Como certeramente ten afirmado a STS de 20 de maio de 1987<sup>4</sup>, “aplicar unha solución de equidade non significa en modo ningún empregar un criterio de benevolencia. Trátase, simplemente, de facer xustiza, ou se se quere, de chegar á xustiza do caso. A equidade é unha forma de normatividade non xerarquizada”.

---

4 Citada por GONZÁLEZ NAVARRO, F. *Derecho administrativo español*. Pamplona, Eunsa, 1994, pg. 1171.

# A reordenación das técnicas preventivas de intervención administrativa en materia ambiental. Unha proposta para Galicia

**Índice:** I. *Introdución.* II. *A necesidade de aprobar unha nova Lei de prevención e control ambiental de Galicia que regule de forma integrada e coordinada todos os instrumentos preventivos de autorización e avaliación de proxectos (e eventualmente de plans e programas).* III.1. *Consideracións previas sobre os diferentes modelos de normas autonómicas de protección ambiental.* II.2. *Formulación xeral da proposta de Lei de prevención e control ambiental de Galicia.* II.3. *Réxime xurídico de intervención administrativa da proposta de Lei de prevención e control ambiental de Galicia.* III.3.A. *Ámbito de aplicación.* III.3.B. *Primeiro nivel de intervención: a autorización ambiental integral, desenvolvemento e clarificación da Lei 16/2002 de prevención e control integrado da contaminación.* III.3.C. *Segundo nivel de intervención: a autorización ambiental única.* III.3.D. *Terceiro e cuarto nivel de intervención: a licenza municipal de incidencia ambiental, con ou sen intervención autonómica vía informe vinculante. O papel da comunicación previa.* III.3.E. *Técnicas de avaliación de proxectos: a avaliación de impacto ambiental de proxectos.* IV. *Bibliografía.*

## I Introducción

A Lei 1/1995, de 2 de xaneiro, de Protección Ambiental de Galicia<sup>1</sup> tivo un período de vixencia moi dilatado no tempo, sen sufrir modificacións no seu contido. Dese o ano 1995 foron aprobadas numerosas e relevantes leis básicas do Estado en materia ambiental<sup>2</sup>. O

1 Véxase, sobre esta lei, NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La protección ambiental en Galicia (Lei 1/1995 de Protección Ambiental)”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 24, 1996; SANZ LARRUGA, F.J., “A Lei de protección ambiental de Galicia: as súas bases xurídicas e principios ordenadores” (I), *Revista Xurídica Galega*, núm. 28, 2000, e “A Lei de protección ambiental de Galicia: as súas bases xurídicas e principios ordenadores” (II), *Revista Xurídica Galega*, núm. 29, 2000.

2 Particularmente, a Lei 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; a Lei 16/2002, de 1 de xullo, de Prevención e Control Integrados da Contaminación; a Lei 9/2006, de 28 de abril, sobre avaliación dos efectos de determinados plans e programas no medio ambiente; a Lei 27/2006, de 18 de xullo, pola que se regulan os dereitos de acceso á información, de participación pública e de acceso á xustiza en materia de medio ambiente; a Lei 26/2007, de 23 de outubro, de Responsabilidade Medioambiental; a Lei 34/2007, de 15 de novembro, de Calidade do Aire e Protección da Atmosfera; e o Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de xaneiro, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de Avaliación de Impacto Ambiental de Proxectos.



desenvolvemento da regulación ambiental foi froito do arranque do Dereito comunitario, que actuou como punta de lanza no desenvolvemento do Dereito ambiental.

A Lei 1/1995 quedou, en consecuencia, obsoleta. Cómpre substituíla por unha nova Lei de prevención e control ambiental de Galicia que sistematice, actualice e integre as técnicas de prevención ambiental. Unha norma que recolla os novos instrumentos de control ambiental, como a autorización ambiental integrada (ou mesmo a avaliación de plans e programas), que revise e actualice o réxime dalgúns xa existentes, como a avaliación de incidencia ambiental e a avaliación de impacto ambiental, e que elimine os que se consideren innecesarios. Esa reordenación debe afectar tamén a parte das normas de desenvolvemento regulamentario da Lei 1/1995, como ao Decreto 442/1990, de 13 de setembro, de avaliación de impacto ambiental, o Decreto 327/1991, de 4 de outubro, de avaliación de efectos ambientais ou o Decreto 133/2008, de 12 de xuño, que regula a avaliación de incidencia ambiental.

O obxectivo deste artigo é propoñer por tanto a aprobación dunha Lei de prevención e control ambiental de Galicia, que derroque a Lei 1/1995 e que regule de forma integrada e coordinada todos os instrumentos preventivos de autorización e avaliación de proxectos<sup>3</sup>. Son consciente que esta formulación pode ser pretencioso. Non obstante, o lexislador autonómico e a Administración autonómica galega levan anos facendo desleixo da súa responsabilidade de ofrecer un marco normativo claro en materia de intervención ambiental. Ante este panorama, con este breve traballo pretendo chamar a atención sobre a necesidade de dispoñer dunha regulación ambiental actualizada, integral, precisa e coherente. Esta pasividade do lexislador non pode estar xustificada pola situación actual de crise económica xa que se algo demanda este contexto é precisamente unha mellor lexislación, a eliminación de duplicidades innecesarias e de incoherencias na intervención administrativa e, en definitiva, a seguridade xurídica necesaria para administracións e operadores económicos.

## II A necesidade de aprobar unha nova Lei de prevención e control ambiental de Galicia que regule de forma integrada e coordinada todos os instrumentos preventivos de autorización e avaliación de proxectos (e eventualmente de plans e programas)

### 1 Consideracións previas sobre os diferentes modelos de normas autonómicas de protección ambiental

Durante os últimos anos boa parte das Comunidades Autónomas actualizaron as súas normas de intervención administrativa ambiental ou aprobáronas *ex novo* naqueles casos que non dispuxesen dela. Todas estas normas atenden á necesidade de establecer un marco coordinado e integrado de técnicas de prevención ambiental, axeitado ás exixencias

<sup>3</sup> Esta proposta non é novedosa. Véxase, neste mesmo sentido, NOGUEIRA LÓPEZ, A., e SANZ LARRUGA, F. J., "Política ambiental de Galicia", en LÓPEZ RAMÓN, F., *Observatorio de Políticas Ambientales, 1978-2006*, Aranzadi, 2006, p. 689. Véxase tamén, en parecidos termos, CALATAYUD ÁLVAREZ, Alejo, "Situación de la normativa ambiental de Galicia y prioridades normativas", en PERNAS GARCÍA (coord.), *Análisis e reflexións sobre o Dereito ambiental en Galicia*, Universidade da Coruña, 2009, p. 19.

do Dereito comunitario e da lexislación básica do Estado. Así mesmo, a tendencia cara a simplificación e clarificación de procedementos motivaron a revisión dalgunha delas e inspirado a redacción das máis recentes.

O panorama do Dereito ambiental autonómico ofrécenos diferentes tipos de leis de protección ambiental, que sintetizamos, de forma moi xenérica, do seguinte xeito:

1. Normas de intervención ambiental de proxectos. Trátase de Leis autonómicas centradas na regulación das autorizacións, licenzas e avaliacións de proxectos. É o caso da Lei 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castela e León, da Lei 2/2006 de 5 de maio, de Prevención da Contaminación e Calidade da Comunidade Valenciana ou da Lei 20/2009, de 4 de decembro, de Prevención e Control Ambiental das Actividades de Cataluña.
2. Normas de intervención ambiental de proxectos e de plans e programas. Ademais de regular os instrumentos preventivos que actúan sobre proxectos, algunhas normas regulan a avaliación de impacto ambiental de plans e programas. Neste grupo atopámonos a Lei 4/2005, de 22 de marzo, de Protección Ambiental de Navarra, a Lei 17/2006, 11 de decembro, de Control Ambiental Integrado de Cantabria, a lei 7/2006, de 22 de xuño, de Protección Ambiental de Aragón e a Lei 4/2009, de 14 de maio, de Protección Ambiental Integrada de Murcia.
3. Normas de intervención ambiental con previsións sobre instrumentos horizontais de apoio e/ou económicos e de xestión. Estas normas ademais de regular as autorizacións, licenzas e avaliacións, desenvolven unha regulación básica de instrumentos horizontais de apoio (difusión da información, participación pública, investigación, educación ambiental, etc.) e/ou económicos e de xestión (sistemas de xestión ambiental, fianzas, canons, incentivos, seguros de responsabilidade, fondos, ecoetiquetaxe, acordos ambientais, contratación pública verde, etc.). Este é o caso, por exemplo, da Lei 5/2002, de 8 de outubro, sobre Normas Reguladoras de Protección do Medio Ambiente da Ríoxa ou da Lei 4/2009, de 14 de maio, de Protección Ambiental Integrada de Murcia.
4. Normas que poderíamos denominar "codificadoras". Estas leis non se conforman coa regulación marco dos instrumentos preventivos de protección ambiental, horizontais de apoio e económicos e de xestión. Estenden o seu réxime ao ámbito sectorial (contaminación atmosférica, contaminación acústica, contaminación lumínica, calidade das augas, solos contaminados e residuos, etc.) e á responsabilidade ambiental (que regulan de forma xenérica). Son normas que aglutinan as regras básicas de todos os ámbitos de regulación ambiental. Nesta liña están a Lei 7/2007, de 9 de xullo, da calidade ambiental de Andalucía ou a Lei 5/2010, de 23 de xuño, de prevención e calidade ambiental da Comunidade Autónoma de Extremadura.

Tendo en conta o desolador panorama do Dereito ambiental de Galicia, consideramos fundamental a aprobación dunha Lei de prevención e control ambiental de Galicia que responda particularmente ao modelo 1, e mesmo 2, das normas autonómicas de intervención ambiental. Esta norma podería regular a autorización ambiental integral, unha autorización ambiental única –segundo o modelo dalgunhas leis autonómicas citadas-, a licenza municipal de actividades clasificadas ou de incidencia ambiental (e no seu caso un réxime de comunicación para as actividades de menor impacto) e a avaliación de impacto





ambiental de proxectos. Nesta lei tamén podería regular a avaliación ambiental de plans e programas, aínda que non sería imprescindible, podéndose optar por unha regulación separada por vía legal ou regulamentaria, que desenvolva a lexislación básica estatal. Non obstante, a súa introdución na lei proposta se ben non é imprescindible, si daría un carácter máis pleno á norma.

A lei proposta podería incluír un título referido aos instrumentos económicos e de xestión, que identifique os mecanismos deste tipo e que permita manter, se se considera pertinente en atención á experiencia adquirida na súa aplicación, instrumentos xa existentes no noso ordenamento ambiental, como o pacto ou a fianza ambiental, ou poñer o acento noutros complementarios das técnicas de intervención, como os sistemas de xestión ambiental. Malia a existencia, como vimos, de leis autonómicas de prevención ambiental que regulan tamén a parte sectorial (contaminación atmosférica, residuos, augas, ruído, contaminación lumínica, etc.), creo que esta perspectiva non achega gran cousa e dota ás normas de declaracións xenéricas e programáticas de escasa utilidade. Nada engade, senón complexidade innecesaria, á lexislación estatal e autonómica xa existente.

Desenvolvemos a continuación a formulación xeral da norma que propoñemos, tomando como referencia as leis autonómicas de prevención ambiental máis recentes.

## 2 Formulación xeral da proposta de Lei de prevención e control ambiental de Galicia

A Lei 1/1995 de protección ambiental de Galicia foi, no seu momento, unha referencia no panorama do Dereito ambiental autonómico. Non obstante, as novidades do extenuante dinamismo do dereito ambiental e a experiencia adquirida na aplicación da Lei galega, aconsellan a aprobación dunha nova regulación que redeseñe o panorama das técnicas preventivas de protección ambiental. Como se sinalou, propoñemos a elaboración e aprobación dunha Lei de prevención e control ambiental de Galicia sobre todos os instrumentos preventivos de avaliación e autorización de proxectos e, se se quere alcanzar maiores niveis de integración e plenitude normativa, de plans e programas.

Á hora de desenvolver unha norma deste tipo cómpre valorar se pretendemos desenvolver unha norma completa, exhaustiva e regulamentista, ou una norma de contido básico desenvolvida por vía regulamentaria que lle dea carácter operativo ás súas previsións<sup>4</sup>. Esta segunda opción parécenos máis pertinente. Garante a pervivencia no tempo dunha norma marco, con visos de permanencia, para o control do impacto ambiental de proxectos (e, no seu caso, de plans e programas) en Galicia. As cuestións de detalle quedarían remitidas ao posterior desenvolvemento regulamentario, cuestión que sería preciso planificar con realismo para evitar expectativas de desenvolvemento normativo que non se levan a cabo, como aconteceu no seu momento coa Lei 1/1995<sup>5</sup>. Isto permite ademais a flexibilidade necesaria para adaptar a regulación autonómica ao dinamismo propio do Dereito ambiental. En definitiva, sería recomendable desenvolver unha lei non excesivamente longa nin regulamentista, que defina obxectivos precisos e realistas de desenvolvemento regulamentario *a posteriori*.

4 É o caso por exemplo da Lei 17/2006, 11 de decembro, de control ambiental integrado de Cantabria, cuxas previsións básicas sobre as técnicas de intervención administrativa ambiental, foron desenvolvidas por Decreto 19/2010, de 18 de marzo.

5 Véxase tamén unha formulación crítica sobre o escaso desenvolvemento regulamentario da Lei 1/1995, NOGUEIRA LÓPEZ, A., "Evolución e deficiencias do Dereito ambiental en Galicia", en PERNAS GARCÍA (coord.), *Análise e reflexións sobre o Dereito ambiental en Galicia*, Universidade da Coruña, 2009, pp. 78 e 79.

Ademais consideramos que hai que reducir, senón eliminar, ao indispensable a reiteración de previsións da lexislación básica do Estado e, en todo caso, evitar as declaracións programáticas de obxectivos e principios baleiros de contido (prácticas moi habituais no Dereito ambiental autonómico). A norma (e, no seu caso, o desenvolvemento regulamentario posterior) debe completar as previsións básicas do Estado para facelas máis funcionais e operativas e para adaptalas ás particularidades ambientais e socioeconómicas de Galicia.

A Lei que propoñemos deseñaría un marco xurídico claro e preciso que outorgue seguridade xurídica aos operadores económicos, algo que non garante o réxime xurídico das técnicas de intervención administrativa actualmente vixente en Galicia. A norma debería servir para aclarar os procedementos e reducir as cargas administrativas innecesarias de acordo coas actuacións comunitarias e estatais dirixidas a simplificar os procedementos ambientais, sen mingua do nivel de protección ambiental. Neste sentido será preciso tomar en consideración a tendencia actual cara a redución das cargas administrativas para a posta en marcha de actividades empresariais ou profesionais, derivada non só da Directiva de servizos, senón tamén das modificacións máis recentes que están sendo levadas a cabo en diferentes normas autonómicas de protección ambiental.

Outro dos obxectivos da nosa proposta normativa sería adaptar e actualizar o Dereito ambiental de Galicia ás novidades lexislativas comunitarias e estatais producidas desde o ano 1995, particularmente en materia de control integrado da contaminación<sup>6</sup>, avaliación de impacto ambiental<sup>7</sup> e avaliación de plans e programas<sup>8</sup>. Estas disposicións prevén un enfoque máis exixente, integral e participativo que a Lei 1-2/1995 de protección ambiental de Galicia e o resto do desactualizado Dereito ambiental de Galicia.

A aprobación da ley proposta permitirá poñer o ordenamento ambiental de Galicia á altura das leis de protección ambiental autonómicas máis recentes e innovadoras. Neste sentido parécennos particularmente interesantes a Lei 4/2005, de 22 de marzo, de Intervención para a Protección Ambiental da Comunidade Foral de Navarra; a Lei 2/2006, de 5 de maio, de Prevención da Contaminación e Calidade Ambiental da Comunidade Autónoma de Valencia; a Lei 20/2009, de 4 de decembro, de Prevención e Control Ambiental das Actividades de Cataluña; e a Lei 4/2009, de 14 de maio, de Protección Ambiental Integrada de Murcia. Trátase de normas que ofrecen modelos axeitados de referencia e que se caracterizan por unha idónea técnica xurídica no seu desenvolvemento.

Esta nova norma regularía de forma coherente, coordinada e, no seu caso, integrada os procedementos autorizatorios e de avaliación ambiental. Cómpre ordenar, regular e sistematizar estas formas de intervención administrativa. En concreto a lei que propoñemos podería regular catro técnicas de intervención administrativa de carácter integral e que afectarían ás instalacións ou actividades dependendo do seu maior ou menor impacto ambiental. Os instrumentos preventivos poderían ser os seguintes:

- 6 Directiva 96/61/CEE, de 24 de setembro de 1996, relativa á Prevención e Control Integrado da Contaminación (substituída inicialmente pola Directiva 1/2008, de 15 de xaneiro, que á súa vez queda derrogada pola Directiva 2010/75, de 24 de novembro de 2010, de emisións industriais, con efectos a partir de 1 de xaneiro de 2016), e Lei 16/2002, de 1 de xullo, de Prevención e Control Integrado da Contaminación.
- 7 Directiva 85/337/CEE, de 27 de xuño, relativa á Avaliación das Repercusións de determinados Proxectos Públicos e Privados sobre o Medio Ambiente (modificada, entre outras, pola Directiva 97/11/CE, de 3 de marzo), e Real Decreto Lexislativo 1/2008, de 11 de xaneiro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Avaliación de Impacto Ambiental de Proxectos, que foi modificado pola Lei 6/2010, de 24 de marzo, para articular o procedemento de EIA cos réximes de comunicación previa ou declaración responsable.
- 8 Directiva 2001/42/CE, de 27 de xuño de 2001, relativa á Avaliación de determinados Plans e Programas no Medio Ambiente, e Lei 9/2006, de 28 de abril, sobre Avaliación dos Efectos de determinados Plans e Programas no Medio Ambiente.



1. A autorización ambiental integral de competencia autonómica.
2. A autorización sectorial única de competencia autonómica.
3. A licenza municipal de incidencia ambiental, con informe autonómico vinculante.
4. A licenza municipal de incidencia ambiental, sen informe vinculante autonómico, que afectaría ás instalacións de menor repercusión ambiental, non sometidas a ningún outro dos niveis de intervención anteriores, nin a avaliación de impacto ambiental. Nestes supostos poderíase prever alternativamente un réxime de comunicación ambiental, ou manter a existencia xeral de licenza municipal pero deixando aberta a posibilidade aos municipios de someter estas actividades ao réxime de comunicación previa.

A norma proposta regularía tamén o réxime básico sobre avaliación de impacto ambiental de proxectos. Naqueles casos en que os proxectos sexan instalacións ou actividades sometidas tamén a autorización ambiental integrada ou licenza municipal ou á obriga de comunicación previa, a lei debería incidir especialmente na coordinación e integración de procedementos, coa finalidade de evitar trámites e duplicidades innecesarias. Tamén consideramos favorable que a Lei regule a avaliación de impacto ambiental de plans e programas, para establecer un marco de mecanismos preventivos o máis completo e coordinado posible, aínda que como xa sinalamos non é imprescindible.

No desenvolvemento desta norma cómpre tomar en consideración a incidencia da normativa de servizos, fundamentalmente a Lei 17/2009, de 23 de novembro, sobre libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio e as súas normas de desenvolvemento<sup>9</sup>. Esta regulación tivo un efecto limitado no réxime de intervención ambiental. Algunhas Comunidades Autónomas xa realizaron, de modo total ou parcial, a operación de avaliación e de modificación da lexislación sectorial en materia ambiental (Andalucía, Aragón, Castela-A Mancha, Castela e León, Cataluña, Galicia, Illas Canarias, Illas Baleares, A Rioxa e Madrid). Non obstante, como punto de partida, cómpre sinalar a supresión das autorizacións ou a súa conversión en comunicacións previas foi absolutamente excepcional e reducida ás actividades “inocuas” ou de impacto reducido<sup>10</sup>. O carácter do medio ambiente como “razón imperiosa de interese xeral”, excepción ao principio xeral de libre prestación de servizos, impediu que o proceso desregulador aberto pola Directiva de servizos teña un impacto considerable no Dereito ambiental.

### 3 Réxime xurídico de intervención administrativa da proposta de Lei de prevención e control ambiental de Galicia

#### A Ámbito de aplicación

Un dos obxectivos da norma proposta será definir de forma máis precisa o ámbito de aplicación de cada unha das técnicas autorizatorias e de avaliación. Cada proxecto estaría sometido a un único procedemento de autorización, licenza (ou, no seu caso, comunica-

<sup>9</sup> Estas normas estatais traen causa da Directiva 2006/123/CE do Parlamento e do Consello, de 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior. A nivel regulamentario e no específico ámbito ambiental, foi aprobado o Regulamento 367/2010, de 26 de marzo, relativo á modificación de diversos regulamentos da área de medio ambiente para a súa adaptación á Lei 17/2009 e á Lei 25/2009.

<sup>10</sup> SANZ RUBIALES, I., “Medio Ambiente y Directiva de Servicios en Castilla y León”, en VICENTE BLANCO, Dámaso-Javier, RIVERO ORTEGA, Ricardo (dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León), núm. 13, 2010, p. 604. Sobre esta cuestión desenvollei un traballo específico “La incidencia de la normativa de servicios en el derecho ambiental”, que será publicado nun libro colectivo sobre a normativa de servizos dirixido por NOGUEIRA LÓPEZ, A.

ción previa) ou avaliación ambiental. Isto simplifica a aplicación da lei e evita duplicidades administrativas de intervención sobre a posta en marcha de actividades ou proxectos. Para iso cómpre realizar unha avaliación previa da repercusión ambiental das actividades e proxectos, coa finalidade de identificar as técnicas de intervención ás que deberían estar sometidos cada un dos proxectos. Neste labor poden ser de utilidade as recentes leis autonómicas de prevención ambiental, aínda que a definición do ámbito de aplicación das técnicas de intervención exige, loxicamente, tomar en consideración as particularidades socioeconómicas e ambientais de Galicia.

Nesta proposta normativa os anexos cobran por tanto especial importancia, xa que indicarían de modo taxativo e indubitado os proxectos sometidos a cada unha das técnicas de intervención, en atención á intensidade do seu impacto ambiental. Sería bo que a Lei realizase este labor e non deixase tal cuestión ao posterior desenvolvemento regulamentario. Isto outorgaría un amplo nivel de seguridade aos operadores económicos e aos órganos ambientais das administracións autonómicas e, especialmente, locais. Estas últimas que obterían resposta á inseguridade xurídica creada polo Decreto 133/2008, de 12 de xuño, que regula a avaliación de incidencia ambiental, e polas incertezas derivadas da incidencia da normativa de servizos nas técnicas de intervención municipal. Non obstante, se se quere dar unha maior flexibilidade e evitar que queden fóra algunhas actividades non expresamente previstas, no nivel menor de intervención (licenza municipal sen informe autonómico ou comunicación previa), pódese deixar aberta a posibilidade de que os municipios poidan someter este réxime ás actividades non incluídas nos anexos que se consideren, no caso concreto, molestas, insalubres, nocivas e perigosas, como foi tradicional na regulación das actividades clasificadas.

## B Primeiro nivel de intervención: a autorización ambiental integral, desenvolvemento e clarificación da Lei 16/2002 de prevención e control integrado da contaminación

Esta proposta de lei aprobaría un réxime autonómico galego en materia de prevención e control integrado da contaminación que desenvolva e clarifique a aplicación da regulación básica do Estado en Galicia. Pasaron case dez anos desde a aprobación da Lei estatal e non dispoñemos polo momento de normas de desenvolvemento ou adicionais de protección neste ámbito.

Este sería o primeiro nivel de intervención ambiental. A norma autonómica debería precisar aspectos que deixa pendente a norma básica do Estado, o que contribúe a clarificar a súa aplicación e, en consecuencia, a outorgar máis seguridade xurídica ás empresas afectadas.

A norma proposta pode concretar algúns aspectos da Lei 16/2002<sup>11</sup>, como a solicitude e o contido do informe ou cédula de compatibilidade urbanística, a participación municipal no procedemento e os seus efectos ou o desenvolvemento do procedemento de outorgamento da autorización ambiental integrada, de acordo coas recentes modificacións sufridas pola normativa regulamentaria estatal nesta materia.

<sup>11</sup> Esta Lei traspón a Directiva 96/61 de prevención e control integrados da contaminación. Esta directiva sufriu varias modificacións, que foron refundidas na actual Directiva 2008/1/CE, de 15 de xaneiro de 2008. A Comisión Europea quixo ir máis alá en atención á experiencia adquirida na aplicación da Directiva. Así a finais de 2007, a Comisión Europea presentou unha proposta de Directiva de emisións industriais, coa finalidade de simplificar e clarificar o seu contido e intensificar a súa aplicación. Esta norma foi formalmente aprobada mediante a Directiva 2010/75/UE, de 24 de novembro, sobre as emisións industriais, que derroga a Directiva 2008/1 con efectos a 1 de xaneiro de 2016.



O obxectivo da Lei 16/2002 é integrar nun só acto de intervención administrativa, a autorización ambiental integrada, todas as autorizacións ambientais sobre produción e xestión de residuos, verteduras (a augas continentais intracomunitarias ou intercomunitarias, a augas marítimas e ao sistema integral de saneamento) e emisións á atmosfera previstos na lexislación sectorial ambiental. A Lei estatal supuxo, neste sentido, un paso cara adiante na integración de procedementos autorizatorios, aínda que de todas formas ese obxectivo non se conseguiu de forma plena. A lei galega que propoñemos podería formularse a necesidade de integrar ou polo menos coordinar o procedemento de concesión da autorización ambiental, con outros procedementos autorizatorios ambientais, como o de outorgamento do permiso de emisións de gases de efecto invernadoiro (posibilidade prevista na lei 1/2005), ou da autorización para a utilización da zona de servidume de protección do dominio público marítimo-terrestre. Así mesmo, a norma proposta debería integrar o procedemento de avaliación do impacto ambiental (de competencia autonómica) e as exigencias da normativa de riscos de accidentes graves –Real Decreto 1254/1999, de 16 de xullo, sobre medidas de control dos riscos inherentes aos accidentes graves nos que interveñan substancias perigosas-, no procedemento de outorgamento da autorización ambiental integrada<sup>12</sup>. A técnica dos informes preceptivos e, no seu caso, vinculantes pode ser unha vía axeitada para levar a cabo esta integración e simplificación procedemental, tal e como ocorre coa Lei 2/2006 da Comunidade autónoma Valenciana.

Para mellorar o nivel de simplificación e claridade do procedemento, a norma proposta podería integrar as obrigas documentais da lexislación sectorial estatal e autonómica na solicitude de autorización ambiental integrada, máis alá das propias previsións da Lei 16/2002. A solicitude de autorización ambiental integrada pode recoller entre outras cuestións, ademais do estudo de impacto ambiental e as exigencias documentais da normativa de riscos graves, outras obrigas documentais como o estudo acreditativo do impacto acústico previsto na Lei 7/1997, de 11 de agosto, os informes preliminares de situación do solo do Decreto autonómico 60/2009, de 26 de febreiro –ou o que a Directiva 2010/75 de emisións industriais denomina “informe da situación de partida”-, ou a documentación exigida para a solicitude do permiso de emisións de gases de efecto invernadoiro previsto na Lei 1/2005, de 9 de marzo, se se opta pola integración deste procedemento. Esta integración, se se leva a cabo, debe supoñer a ampliación do contido da autorización ambiental integrada, de modo que recolla as exigencias derivadas da aplicación destas normas sectoriais.

A nova normativa debe ter en conta a interrelación existente entre os instrumentos de intervención administrativa da normativa urbanística e a ambiental. Así consideramos conveniente, por razóns de eficacia e de simplificación administrativa, a integración da autorización previa autonómica en solo rústico no procedemento de concesión da autorización ambiental integrada, mediante a técnica do informe vinculante. Con relación á licenza de obras nada impide que se poida levar a cabo unha integración similar á proposta para a autorización autonómica en solo rústico, mediante a técnica do informe vinculante sobre a competencia municipal; aínda que iso quizais poida atopar reticencias importantes desde o ámbito municipal. Así mesmo, se aspiramos a alcanzar maiores niveis de simplificación procedemental, debe ser considerada a relación entre o procedemento de autorización

<sup>12</sup> Esta integración veuse realizando *de facto* pola Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestruturas, como se pode apreciar nas resolucións de outorgamento das autorizacións ambientais integradas. Non obstante, as prácticas administrativas non cumpren coas exigencias de seguridade xurídica que debe ofrecer o ordenamento xurídico aos operadores económicos.

ambiental integrada e as exigencias de ordenación administrativa doutros ámbitos como o sanitario<sup>13</sup>.

## C Segundo nivel de intervención: a autorización ambiental única

O Dereito comparado autonómico ofrécenos outras alternativas de interese para a integración e simplificación procedemental para a posta en marcha de actividades non sometidas a autorización ambiental integrada, pero si obrigadas a dispoñer de autorizacións sectoriais ambientais. Este sería o segundo nivel de intervención, que permitiría trasladar o beneficioso efecto integrado da normativa de control integrado (que afecta a un reducido grupo de actividades industriais), especialmente á pequena e mediana empresa sometida aos controis autorizatorios autonómicos da lexislación sectorial. A Lei estatal 30/2007 de protección do ambiente atmosférico recolle a posibilidade de integrar a autorización de emisións nunha autorización integrada autonómica.

Así a Lei 4/2009 de Murcia suxeita a “autorización ambiental única” as actividades e instalacións non sometidas a autorización ambiental integrada, pero si a avaliación de impacto ambiental, ou a algunha das autorizacións ambientais específicas de competencia autonómica (autorizacións en materia de produción e xestión de residuos, de verteduras desde terra ao mar, e de actividades potencialmente contaminadoras da atmosfera, incluídas as referentes aos compostos orgánicos volátiles). Doutra parte, a Lei 5/2010 de Estremadura ofrece unha solución similar, a “autorización ambiental unificada”. Esta integra as exigencias ambientais sobre contaminación atmosférica, incluídas as determinacións referentes a compostos orgánicos volátiles, verteduras ao sistema integral de saneamento, produción e xestión de residuos, solos contaminados, contaminación acústica e contaminación lumínica.

O ámbito de aplicación desta autorización estaría claramente definido nun anexo pechado e exhaustivo. Seguindo a lóxica da nosa formulación, as actividades deste anexo non estarían sometidas a ningunha outra técnica de intervención da Lei. O grupo de actividades sometidas a licenza municipal de incidencia ambiental veríase reducido. De modo similar, a como se establecería no réxime da autorización ambiental integrada, a participación municipal quedaría garantida a través da vía dos informes vinculantes de compatibilidade urbanística e de competencia municipal.

A autorización ambiental única integraría, nos casos nos que sexa pertinente, o procedemento de avaliación de impacto ambiental no mesmo sentido que comentamos para a autorización ambiental integral.

## D Terceiro e cuarto nivel de intervención: a licenza municipal de incidencia ambiental, con ou sen intervención autonómica vía informe vinculante. O papel da comunicación previa

A nova norma pode establecer un réxime básico de outorgamento de licenzas municipais de incidencia ambiental (coñecida de forma clásica como “actividades clasificadas”) que se coordine co resto de técnicas autorizatorias e de avaliación. Trataríase do terceiro nivel

<sup>13</sup> Neste sentido destacan as obrigas de mantemento de instalacións exixidas ás instalacións industriais para a prevención da lexiónelose, previstas no Real Decreto 865/2003, de 4 de xullo, e no Decreto autonómico 9/2001, de 11 de xaneiro, para as instalacións térmicas. Esta opción de coordinación ou integración debe ser valorada igualmente no marco do procedemento de outorgamento da licenza municipal de incidencia ambiental.



de intervención ambiental que tería fins non estritamente ambientais, senón tamén urbanísticos, sanitarios e de seguridade.

Tras a derogación (un tanto confusa) do Decreto 2414/1961, de 30 de novembro, polo que se aproba o Regulamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas e Perigosas (coñecido como RAMINP), e a regulación do Decreto 133/2008, de 12 de xuño, que regula unicamente a avaliación de incidencia ambiental, como un trámite de competencia autonómica no marco do procedemento para o outorgamento da licenza municipal, parece conveniente establecer un réxime básico autonómico de actividades clasificadas que precise a intervención autonómica no devandito procedemento. Esta necesidade vese acrecentada pola ausencia de ordenanzas propias na materia nalgúns municipios e pola inseguridade que rodea á aplicación da normativa sobre libre acceso ás actividades servizos e ao seu exercicio.

A este réxime estarían sometidas as actividades non sometidas a autorización ambiental integral nin a autorización ambiental única e que, tras unha avaliación previa, se inclúan, de modo taxativo, no anexo (anexos) correspondente da norma, por entender que causen molestias, danos ou riscos á saúde humana ou ao medio ambiente. Existen abundantes leis autonómicas recentes que facilitarían o labor de determinación das actividades con incidencia ambiental.

Non someter a licenza municipal as actividades sometidas a autorización ambiental autonómica (integral ou única), xustifícase nas propias previsións da Lei 16/2002 (con relación ás actividades sometidas a control integrado) e polas exixencias da normativa de libre prestación de servizos, que está destinada a evitar cargas administrativas innecesarias e desproporcionadas. En consecuencia, con esta medida simplificaríanse e reducirían as cargas administrativas e os prazos para a posta en marcha de actividades, ademais de que se evitarían os eventuais conflitos e incoherencias que puidesen xurdir (pensemos no caso dunha actividade con autorización ambiental integrada, que se atopa con retencias locais para a concesión da licenza municipal). Como xa sinalamos anteriormente, a intervención municipal nos procedementos autonómicos debería quedar garantida a través dos preceptivos informes municipais vinculantes no marco do procedemento autonómico.

A norma proposta terá que articular a licenza municipal de incidencia ambiental coa licenza de obras. Non obstante, a xurisprudencia e o noso ordenamento xurídico xa prevé a tramitación e resolución conxunta dos procedementos de licenza de obras e de incidencia ambiental.

Seguindo a formulación do Decreto 133/2008, pódense prever dous niveis de intervención diferenciados:

1. Actividades sometidas a licenza municipal de incidencia ambiental, con informe vinculante autonómico.
  2. Actividades sometidas a licenza municipal de incidencia ambiental, exentas de informe vinculante autonómico.
- a) Terceiro nivel de intervención: actividades sometidas a licenza municipal de incidencia ambiental, con informe autonómico vinculante (ou declaración de impacto ambiental)

A intervención autonómica vía informe vinculante de incidencia ambiental (o que hoxe coñecemos como a avaliación de incidencia ambiental regulada no Decreto 133/2008) só



tería lugar nas actividades con maior impacto ambiental. Parécenos máis axeitada a denominación de “informe autonómico de incidencia ambiental” (que empregar a denominación de “avaliación de incidencia ambiental”) para non perdermos a perspectiva de que se trata dun trámite no marco do procedemento de outorgamento da licenza municipal. A súa denominación como avaliación de incidencia ambiental xera, ao meu xuízo, confusión e fai menos clara a comprensión do panorama das técnicas de intervención administrativa ambiental.

Na liña do fixado polo Decreto 133/2008, cando as actividades obrigadas a dispoñer de licenza municipal estean sometidas igualmente a avaliación de impacto ambiental, non sería necesario o trámite de informe de incidencia ambiental, xa que se entende que o procedemento de avaliación e a declaración de impacto ambiental exercen con maiores garantías ese labor. Neste caso deberían preverse as medidas procedementales axeitadas de coordinación, que garantan que ningunha actividade sexa autorizada sen a preceptiva avaliación. A licenza municipal só podería ser concedida en caso de outorgamento de previa declaración de impacto ambiental positiva e, nese caso, debería integrar obrigatoriamente as condicións da declaración que eventualmente se fixaran.

b) Cuarto nivel de intervención: Actividades sometidas a licenza municipal de incidencia ambiental, sen informe autonómico vinculante. O papel da comunicación previa.

As actividades de incidencia ambiental residual ou menor estarán sometidas a licenza municipal, pero quedan eximidas de intervención autonómica vía informe. Este enfoque entronca perfectamente coa liña marcada polo Decreto 133/2008, que recolle un anexo de actividades excluídas de avaliación de incidencia ambiental. Sería o cuarto nivel de intervención, que non afectaría ás actividades sometidas a autorización ambiental autonómica (integral ou única) ou a avaliación de impacto ambiental.

Neste sentido interesa destacar que o actual Decreto 133/2008 exclúe de intervención autonómica as “actividades de ocio, entretemento e de restauración previstas no Catálogo de espectáculos públicos e actividades recreativas da Comunidade Autónoma de Galicia, aprobado polo Decreto 292/2004, de 18 de novembro”; razón pola que recibiu as críticas do *Valedor do Pobo*<sup>14</sup>. É dicir estas actividades estarán sometidas á exigencia de licenza municipal se así o establece unha ordenanza municipal –ou polo menos esa parece a interpretación máis probable dun Decreto realmente confuso e innecesariamente complexo. Este Decreto crea un panorama municipal de excesiva diversidade de réximes de intervención para este tipo de actividades. Unha Lei, como a proposta, podería outorgar esa seguridade xurídica necesaria tanto para os promotores destas actividades como para os municipios.

Así mesmo entendemos que na definición do ámbito de aplicación e o réxime da licenza municipal de incidencia ambiental sería conveniente tomar en consideración o réxime de ordenación administrativa en materia de espectáculos, establecementos públicos e actividades recreativas, aos efectos dunha maior coordinación e mesmo integración dos réximes respectivos.

Con relación a todas ou a algunhas das actividades que propoñemos someter a licenza municipal de incidencia ambiental, sen informe vinculante autonómico, podería formularse a

14 DE ANDRÉS ALONSO considera que “[e]sta exclusión é inexplicable; con ela decae a garantía preventiva máis importante dos cidadáns cando no seu medio se pretende instalar unha sala de festas, unha discoteca, un pub ou calquera outra actividade deste tipo, o que se daba mediante a exigencia de licenza específica que analizara, entre outras cousas, as repercusións na calidade de vida, a intimidade persoal e familiar, a saúde ou o descanso dos veciños” (“O medio ambiente en Galicia á luz dos informes do Valedor do Pobo”, PERNAS GARCÍA (coord.), *Análise e reflexións sobre o Dereito ambiental en Galicia*, Universidade da Coruña, 2009, p. 44).





posibilidade alternativa de sometelas a réxime de comunicación ambiental, coa finalidade de reducir, no seu caso, as cargas administrativas innecesarias ou desproporcionadas. Algunhas normas autonómicas interiorizaron esta técnica de intervención, como é o caso da Lei 2/2006, Comunidade Valenciana, Lei 20/2009 de Cataluña<sup>15</sup> ou a Lei 5/2010 de Estremadura.

A exigencia de comunicación previa ás actividades de menor impacto require establecer as oportunas cautelas documentais. Neste sentido a normativa autonómica máis recente, como a Lei 20/2009, dispuxo que a comunicación previa debe ir acompañada de proxecto con memoria ambiental, dunha certificación acreditativa do personal técnico competente da execución do proxecto de cumprimento do proxecto presentado e da normativa ambiental e, no seu caso, da declaración de impacto ambiental. Sobre esta última cuestión habería que valorar que entidade se encargaría da emisión de tal certificación, unha entidade pública (órganos ou servizos autonómicos ou municipais) e/ou unha entidade colaboradora da administración. Apréciase claramente na lexislación autonómica unha tendencia a externalizar estas funcións ás entidades colaboradoras da Administración, nas que os promotores de actividades privadas atopan unha nova fonte de seguridade xurídica<sup>16</sup>, ante a desaparición do control público previo.

A comunicación será posterior ao outorgamento das licenzas urbanísticas ou sectoriais que sexan precisas. No caso de que a instalación non estea sometida a exigencia de licenza urbanística, algunhas normas autonómicas optaron por exigir, dentro da documentación que acompañe á comunicación, un certificado de compatibilidade urbanística.

A exigencia legal de comunicación debe ir acompañada dun conxunto de cautelas destinadas a potenciar a información documental complementaria á comunicación, a reforzar os medios materiais e humanos no desenvolvemento da actividade de inspección e a prever un réxime sancionador para disuadir o falseamento das informacións e o incumprimento das condicións ambientais legalmente establecidas.

## E Técnicas de avaliación de proxectos: a avaliación de impacto ambiental de proxectos

A Lei proposta debería aprobar o réxime de avaliación de impacto ambiental de proxectos. Esta norma tería que desenvolver o procedemento da lexislación básica do Estado -Real Decreto Lexislativo 1/2008, de 11 de xaneiro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Avaliación de Impacto Ambiental de Proxectos-, con relación aos proxectos de competencia autonómica.

O Real Decreto Lexislativo foi modificado pola Lei 6/2010, de 24 de marzo. Esta norma clarificou as fases do procedemento e reduciu os prazos dos seus diferentes trámites. Así tamén adaptou esta regulación ás novas previsións da regulación sobre libre acceso ás actividades de servizos, dando lugar a algunhas distorsións que non procede analizar neste artigo<sup>17</sup>.

A proposta normativa podería contribuir a precisar o concepto de órgano substantivo no procedemento de avaliación de impacto ambiental de proxectos, o cal é fundamental para

15 A Lei catalá prohibe aos municipios o sometemento a licenza municipal ás actividades incluídas dentro do réxime de comunicación definido pola norma.

16 Véxase neste sentido ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, 2009.

17 Esta cuestión tratámola en profundidade no artigo "Técnicas preventivas de protección ambiental y normativa de servicios. Análisis particularizado de la evaluación de impacto ambiental y de la ordenación administrativa de la gestión de residuos", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 2, 2010.

evitar descoordinacións entre administracións, e para determinar a incardinación e efectos do procedemento accesorio de avaliación de impacto ambiental. Non todas as actividades están obrigadas a dispoñer de autorización substantiva sectorial. Algunhas delas están afectadas por un mero réxime de comunicación previa. Dependendo dos supostos o papel de órgano substantivo pode ser desempeñado, polo tanto, polo órgano ambiental para a concesión da autorización ambiental autonómica, o órgano sectorial competente para autorizar o proxecto (ou recibir a comunicación ou declaración responsable) ou o alcalde no marco do procedemento para a concesión da licenza municipal de incidencia ambiental. Cada unha destas situacións require de solucións de coordinación de procedementos diferentes, que é necesario prever normativamente.

Tras a incidencia da normativa de servizos, algúns proxectos pasaron a estar sometidos nos seus sectores respectivos á existencia de declaración responsable ou comunicación previa. Nesta orde de cousas, habería que desenvolver a nova regulación proposta de acordo coas previsións da Lei 25/2009 e o Regulamento 367/2010, de 26 de marzo, relativo á modificación de diversos regulamentos da área de medio ambiente para a súa adaptación á Lei 17/2009 e á Lei 25/2009. Estas normas dispoñen que a avaliación de impacto ambiental terá que realizarse con carácter previo á declaración responsable ou comunicación previa, cando esta sexa a forma de control da actividade. É dicir, a declaración responsable ou comunicación previa non poderá presentarse (e en consecuencia, non poderá iniciarse o desenvolvemento da actividade) ata que non fose emitida a declaración de impacto ambiental.

As autorizacións autonómicas e a licenza municipal, con informe autonómico vinculante, son exhibibles a determinadas actividades, instalacións ou establecementos. Este tipo de proxectos están sometidos nalgunhas ocasións a procedementos de avaliación de impacto ambiental, polo que habería que integrar estas previsións nos procedementos de outorgamento das autorizacións ambientais autonómicas e da licenza municipal, tal e como comentamos en apartados anteriores. Non obstante, nalgúns casos as instalacións sometidas a control integrado estarán sometidas a avaliación de impacto en todo caso e, noutras, haberá que realizar unha análise caso por caso. O mesmo ocorre coas actividades sometidas a autorización ambiental única ou licenza municipal de incidencia ambiental. Isto require que haxa que prever regras diferentes para articular estes diferentes escenarios posibles nos réximes da autorización ambiental integrada, da autorización ambiental única e da licenza municipal de incidencia ambiental, tal e como fai de forma moi clara a Lei 4/2005 de Navarra<sup>18</sup>.

A Lei proposta debería valorar, en atención á experiencia adquirida na súa aplicación, se é preciso manter o réxime de avaliación de efectos ambientais previsto na lei 1/1995 e desenvolvido por Decreto 227/1991, de 4 de outubro. En atención ao deseño proposto de técnicas de intervención administrativa, recomendamos a derogación da norma autonómica, ofrecendo, iso si, unha solución que clarifique os procedementos a aplicar nos supostos das obrigas de sometemento a avaliación de impacto ambiental previstas na lexislación sectorial.

Sería preciso tamén crear mecanismos xurídicos de coordinación dos procedementos de avaliación ambiental, coas técnicas de intervención da lexislación de ordenación do territorio, particularmente cos proxectos de incidencia supramunicipal, regulados a través de

<sup>18</sup> Véxase sobre esta Lei, ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.), *Comentarios a la ley Foral de Intervención para la Protección Ambiental (Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo)*, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006.



Decreto autonómico 80/2000, do 23 de marzo, que anula a capacidade de intervención administrativa dos municipios en relación con este tipo de proxectos. Algunhas recentes sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia fálannos da necesidade de clarificar esta cuestión; é o caso das sentenzas de setembro de 2008 (572/08), de 25 de febreiro de 2009 e de 20 de xaneiro de 2010. Nestes supostos prodúcese unha alteración da competencia local en materia de incidencia ambiental e urbanística, que exige de previsións específicas na regulación de control integrado da contaminación, avaliación de impacto ambiental de proxectos e licenza de incidencia ambiental.

Finalmente, a norma proposta podería prestar atención ás exigencias específicas de avaliación ambiental de proxectos (e tamén de plans) realizados en Rede Natura, coa finalidade de clarificar o procedemento aplicable e a posibilidade de desenvolver actividades con incidencia ambiental nestes espazos. Sería positivo integrar as limitacións e obrigas de avaliación do artigo 45 da Lei 42/2007, de 13 de decembro, do Patrimonio Natural e a Biodiversidade nos procedementos de avaliación de impacto ambiental de proxectos e de plans e programas.

## IV Bibliografía

- ALENZA GARCÍA, J. F. (Dir.), *Comentarios a la ley Foral de Intervención para la Protección Ambiental (Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo)*, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006.
- CALATAYUD ÁLVAREZ, A., "Situación da normativa ambiental de Galicia e prioridades normativas", en PERNAS GARCÍA (coord.), *Análise e reflexións sobre o Dereito ambiental en Galicia*, Universidade da Coruña, 2009.
- DE ANDRÉS ALONSO, Fernando, "O medio ambiente en Galicia á luz dos informes do Valedor do Pobo", en PERNAS GARCÍA (coord.), *Análise e reflexións sobre o Dereito ambiental en Galicia*, Universidade da Coruña, 2009.
- ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, 2009.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., "La protección ambiental en Galicia (Lei 1/1995 de Protección Ambiental)", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 24, 1996.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., e SANZ LARRUGA, F. J., "Política ambiental de Galicia", en LÓPEZ RAMÓN, F., *Observatorio de Políticas Ambientales, 1978-2006*, Aranzadi, 2006.
- PERNAS GARCÍA, J. J.:
- "Técnicas preventivas de protección ambiental y normativa de servicios. Análisis particularizado de la evaluación de impacto ambiental y de la ordenación administrativa de la gestión de residuos", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, núm. 2, 2010.
- "La incidencia de la normativa de servicios en el derecho ambiental", que será publicado nun libro colectivo sobre a normativa de servizos dirixido por NOGUEIRA LÓPEZ, A. (2011, en prensa).
- PERNAS GARCÍA (coord.), *Análise e reflexións sobre o Dereito ambiental en Galicia*, Universidade da Coruña, 2009.
- SANZ LARRUGA, F.J.:
- "A Lei de protección ambiental de Galicia: as súas bases xurídicas e principios ordenadores" (I), *Revista Xurídica Galega*, núm. 28, 2000.
- "A Lei de protección ambiental de Galicia: as súas bases xurídicas e principios ordenadores" (II), *Revista Xurídica Galega*, núm. 29, 2000.
- SANZ RUBIALES, I., "Medio Ambiente y Directiva de Servicios en Castilla y León", en VICENTE BLANCO, Dámaso-Javier, RIVERO ORTEGA, Ricardo (dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, Colección de estudios (Consejo Económico y Social de Castilla y León), núm. 13, 2010.

## Acerca do réxime económico matrimonial no dereito civil galego

**Resumo:** *A lei de Dereito Civil de Galicia contén a regulación legal do réxime económico matrimonial. Consta de tres capítulos, o primeiro deles dedicado ás disposicións xerais, o segundo ás capitulacións matrimoniais, e un terceiro e derradeiro capítulo que regula as doazóns por razón de matrimonio. No presente traballo analízase cada un deles por separado para unha mellor análise da regulación contida na lei 2/2006, comezando polo artigo 171: "O réxime económico matrimonial será o convido polos cónxuxes en capitulacións matrimoniais. En defecto de convenio ou ineficacia do mesmo, o réxime será a sociedade de gananciais". Noutros dereitos forais o sistema elixido foi o de separación de bens, como sucede en Cataluña e Baleares, algo que parece máis lóxico á vista dos problemas derivados da partición e disolución da sociedade familiar en caso de optar por unha sociedade de gananciais. A comisión superior de dereito civil de Galicia defiende a modificación da lei galega para optar polo réxime de separación de bens, o que refrenda a necesidade deste cambio legal.*

**Palabras clave:** *dereito civil galego, matrimonio, réxime patrimonial, capitulacións, doazóns*

**Abstract:** *The Galician civil law contains the legal regulation of matrimonial property. It consists of three chapters, the first of which is dedicated to the general provisions, the second to the marriage, and a third and final chapter governing gifts by reason of marriage. This paper examines each of them separately for a better analysis of the regulation contained in the law 2 / 2006, starting with Article 171: "The matrimonial property regime will be agreed by the spouses in a marriage contract. Failing agreement or ineffectiveness, the system shall be the conjugal partnership". In other foral legislation the system chosen was the separate property, as in Catalonia and the Balearic Islands, which seems more logical in view of the problems arising from the partition and dissolution of the family firm should opt for a society of property. The High Commission of Galician civil law defends Galician law change to choose the regime of separate property, which endorses the need for this legal change.*

**Key words:** *Galician civil law, marriage, property regime, capitulations, donations.*

**Índice:** *1. Antecedentes. 2. Lei 2/2006, de 14 de xuño, de Dereito Civil de Galicia. 3. Réxime económico matrimonial. 3.1 As capitulacións matrimoniais. 3.2. As doazóns por razón de matrimonio.*



# 1 Antecedentes

A realidade xurídica particular de Galicia aceptouse historicamente sen maiores inconvenientes no que respecta aos costumes presentes no seu territorio, aínda que non existise unanimidade doutrinal á hora de recoñecer un dereito civil propio máis alá do dereito consuetudinario de marcado carácter agrario. Con todo, a Lei de Bases do Código civil de 11 de maio de 1888, na súa Base 13, recoñecía expresamente a Galicia<sup>1</sup> como territorio foral conxuntamente con Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra e Provincias Vascas, mención que quedaría plenamente consolidada coa lei 147/1963, de 2 de decembro, que supuxo a aprobación da Compilación do Dereito civil especial de Galicia<sup>2</sup>.

A condición de territorio foral cun *corpus* normativo propio debería ter suposto un impulso claro á aplicación práctica deste dereito, non obstante, ao ser normas pertencentes case en exclusiva ao mundo agrario -como por exemplo a compañía familiar galega ou os “muíños de herdeiros”, cuxos conflitos chegaban en raras ocasións aos tribunais- e non de carácter xeral, reduciuse o ámbito de coñecemento e de aplicación deste dereito foral máis aparente que real<sup>3</sup>. A nova compilación galega non se convertiu nun estímulo para os que podían utilizala, posto que no núcleo da devandita lei non se atopaban as relacións de dereito privado utilizadas normalmente pola cidadanía. O reflexo normativo de institucións alonxadas da realidade daquela época, pertencentes a un ámbito case estritamente rural, fixeron da Compilación de Dereito civil de Galicia un corpo regulador incompleto, xa porque faltasen –segundo parte da doutrina<sup>4</sup>- algunhas figuras que deberan reflectirse no mesmo, xa porque se consideraba que algunhas institucións presentes na Compilación carecían de entidade suficiente para ter sido recollidas pola mesma<sup>5</sup>.

O marco constitucional previsto para o desenvolvemento da actividade lexislativa das CCAA é o constituído polo artigo 149.1.8 da Constitución Española, onde recolle a competencia exclusiva do Estado en distintas materias, como a “lexislación civil, sen prexuízo da conservación, modificación e desenvolvemento polas Comunidades Autónomas dos dereitos civís, forais ou especiais, alí onde existan. En todo caso, as regras relativas á aplicación e eficacia das normas xurídicas, relacións xurídico-cívís relativas ás formas de matrimonio, ordenación

- 1 Vid. ao respecto, RODRÍGUEZ ENNES, L., *Aproximación á historia xurídica de Galicia*, EGAP, Santiago de Compostela, 1999, p. 209 ss., onde realiza unha esexese histórica da lexislación galega ata converterse en compilación foral. Comeza coa Comisión Xeral de Codificación creada por decreto de 2 de febreiro de 1880, onde se prevé a presenza dun membro representante de cada territorio que teña institucións de dereito foral como era o caso de Galicia, ata o Código Civil de 1889, onde amosa a incompatibilidade do dereito galego co novo *corpus* normativo en p. 219: “Porén o principio xeral de respecto dos Dereitos forais, no caso particular de Galicia, a entrada en vigor do Código supuxo a práctica desaparición das especialidades forais precisamente fundamentadas nun dereito consuetudinario en grande parte contrario ás novas prescricións do Código sometidas á aplicación do artigo 5 do novo texto legal, que rexeitaba expresamente o costume contra lei, o que tiña especial relevancia no ámbito do dereito sucesorio intimamente unido á forma de posesión e explotación da terra”.
- 2 Moi cuestionada no seu momento, como pon de manifesto RODRÍGUEZ MONTERO R., “O Dereito Civil en Galicia, a lei de Dereito Civil de Galicia e o futuro Dereito Civil de Galicia: Apuntamentos, ideas e suxestións”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, p. 741: “A devandita Compilación non obtivo un xuízo unánime no seu momento, sinalándose opinións contraditorias, tanto polo que respecta á oportunidade da súa realización, como en relación ao seu contido”.
- 3 Cfr. REBOLLEDO VARELA, A. L., “Derecho civil de Galicia: presente y futuro”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 46, 2008, p. 13, onde engade: “En Galicia, por carecer de fondas raíces históricas na utilización das normas civís ou de dereito privado como motivo de identidade, tradicionalmente veuse aplicando o código civil polo que constituíu un territorio foral máis formal que real, simplemente froito de circunstancias políticas da época da codificación”.
- 4 CASTÁN TOBEÑAS, J., “A Compilación do Dereito Civil especial de Galicia”, en RGLX, núm. 46, 1963, p. 27 ss.
- 5 Vid. por todos, OTERO VARELA, A., “Sobre a Compilación do dereito foral galego”, en AHDE, núm. 35, 1965, p. 555-556, onde realiza un percorrido histórico para explicar a especial circunstancia de Galicia, ao dicir que quedou pronto á marxe da Reconquista e por iso: “Continuou o réxime señorial ata a súa recente abolición, o que deu lugar á persistencia das formas de entrega de terra típicas daquel réxime ata os nosos días, como acredita a presenza actual do foro”, engadindo que a Compilación galega recolle “o foro, a compañía familiar, a parzaría, etc. En conxunto non parecen ter entidade suficiente para xustificar a súa recompilación nin para constituir o problema xurídico de Galicia”, para concluir a continuación que o problema xurídico de Galicia é a dificultade á hora de aplicar o Código civil a un ambiente especial como é o económico galego.

dos rexistros e instrumentos públicos, bases das obrigas contractuais, normas para resolver os conflitos de leis e determinación das fontes do Dereito, con respecto, neste último caso, ás normas de dereito foral ou especial". De acordo coa regulación constitucional, a Comunidade Autónoma de Galicia recolleu no seu Estatuto de Autonomía de 1981 (artigo 27.4) a competencia exclusiva en materia de "Conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do Dereito civil galego". Do mesmo modo, o artigo 38 do Estatuto de Autonomía ten especial transcendencia en relación coas fontes de dereito propio de Galicia: "1. En materias de competencia exclusiva da Comunidade Autónoma, o Dereito propio de Galicia é aplicable no seu territorio con preferencia a calquera outro, nos termos previstos no presente Estatuto. 2. A falta de Dereito propio de Galicia, será de aplicación supletoria o Dereito do Estado. 3. Na determinación das fontes do Dereito civil respectaranse polo Estado as normas do Dereito civil galego". Posteriormente, en virtude da lei 7/1987, integrouse no Dereito civil galego a Compilación realizada en 1963 aínda que se derogasen institucións como a do Foro para adaptala aos principios constitucionais. Como consecuencia da entrada en vigor da lei 4/1995, novo espazo normativo regulador do Dereito civil de Galicia, a lei 7/1987 foi derogada.

A aparición da lei 4/1995 de 24 de maio, de "Dereito civil de Galicia", supuxo un avance<sup>6</sup>, por canto recollía novas figuras como a servidume de paso ou as serventías, o contrato de vitalicio, as doazóns por razón de matrimonio<sup>7</sup> (que a este tema en concreto obxecto do noso estudo interesan particularmente, como veremos a continuación), o usufruto universal do cónxuxe viúvo, o testamento mancomunado<sup>8</sup> ou os pactos sucesorios, aínda que a súa falta de claridade en temas tan importantes como o lugar do costume dentro das fontes do Dereito (art. 3.2), xerase tantos problemas de interpretación. En calquera caso, prevalecen os aspectos positivos sobre os negativos, como se deduce da inclusión de institucións antes prohibidas por constituir costumes *contra legem*, agora legalmente aceptadas grazas ao principio de competencia entre a lexislación estatal e a autonómica que as recolle.

Constaba de 170 artigos, 2 disposicións adicionais e 4 disposicións transitorias, sendo o Título VII o que regulaba o réxime económico familiar. No artigo 112 e 113 consagrábase o principio de liberdade en canto ás capitulacións matrimoniais, en cuxo defecto se aplicaría o réxime de gananciais<sup>9</sup>, e nos artigos 114 a 116 regulábanse as doazóns por razón de matrimonio, quizais o máis destacable desta lei no ámbito patri-

6 En opinión de BELLO JANEIRO, D., "Presente e futuro do Dereito civil de Galicia", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005, p. 1051: "A lei de 1995, de Dereito Civil de Galicia, pode ser, con toda xustiza, considerada como a máis importante norma xurídica da Comunidade Autónoma galega emanada do Parlamento despois do Estatuto de Autonomía", engadindo que ata a súa entrada en vigor, o dereito civil galego subsistía como simple costume en certo modo camuflada na práctica notarial.

7 REBOLLEDO VARELA, N., "Dereito civil de Galicia: presente e futuro", cit. p. 17, onde resalta a falta de previsión da lei 4/1995, poñendo como exemplo: "A regulación das doazóns por razón de matrimonio (art. 114) sen establecer a súa incardinación co réxime de gananciais que se declara supletorio (art. 112)", aínda que destaca que esta lei supuxo un "avance certamente significativo do dereito civil galego respecto da decadencia en que se atopaba inmerso durante a vixencia da Compilación de 1963 e constitúiu a base da que derivou a lei vixente 2/2006, de 14 de xuño".

8 ALONSO VISO, R., "O testamento mancomunado no dereito galego", en *Revista Xurídica Galega*, 14, 1996, p. 21, onde define o testamento mancomunado como "o outorgamento da última vontade de varias persoas nun único acto ou instrumento, incluíndo os patrimonios de todos os dispoñentes. Falta pois, a nota característica da individualidade ou unipersonalidade no seu outorgamento", e lembra que esta figura está recollida na lei 4/1995 no artigo 137, onde se lle outorga validez, aínda que no ordenamento xurídico español non existe unha solución única en canto ao modelo de testamento mancomunado.

9 Vid. ao respecto, GUTIÉRREZ ALLER, V., "Réxime económico-familiar e sucesorio na lei de Dereito civil de Galicia", en *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de maio)*, Santiago de Compostela, 1992, p. 354, onde destaca que a subsistencia do réxime de gananciais como supletorio en defecto de pacto "foi motivo de controversia nos traballos preparatorios da lei. A comunidade ganancial, como patrimonio autónomo mancomunado entre cónxuxes, sen atribución de cotas sobre cada un dos elementos que o compoñen, non encaixa coa concepción da comunidade matrimonial dos bens que predomina entre os cónxuxes galegos, especialmente no ámbito rural, concepción na que, aínda que está claro que bens compoñen esa comunidade (que bens son gananciais) esta se concibe como comunidade ordinaria por cotas sobre cada un deses bens", concluíndo que non resultaría estraño que se formulase a comunidade ordinaria en vez da sociedade de gananciais como réxime supletorio legal.



monial<sup>10</sup>. O réxime de doazóns resultaba máis amplo que o contido sobre as mesmas disposto no Código Civil, por canto o artigo 114 recollía a posibilidade de outorgarse antes ou despois de celebrado o matrimonio, virtualidade non recollida no artigo 1336 do Cc., que só contempla as doazóns outorgadas antes do mesmo. Ademais, as doazóns por razón de matrimonio tiñan o seu fundamento nun motivo causal, pero a dife- renza do Cc. no que a causa de tales doazóns era un matrimonio futuro, na lei galega considerábase como principal motivo o matrimonio en si mesmo, presente ou futuro.

Á marxe destas consideracións, a lei 4/1995 non suscitou unha opinión unanimemente favorable, por canto se entendía como un proxecto legislativo a curto prazo, pacato e en absoluto innovador, á marxe dos pequenos avances que sinalamos<sup>11</sup>. Con todo, negar a importancia desta lei sería inxusto<sup>12</sup>, por canto supuxo o punto de partida real ata chegar a un verdadeiro corpo normativo do dereito civil propio de Galicia. A incorporación de novas figuras xurídicas que demandaba a realidade xurídica e social galega, ao lado de institucións de indubidable valor etnográfico pero escasa efectividade práctica non restan valor ao empeño de procurar a convivencia xurídica de ambas as dúas, á marxe dos problemas de aplicación que xurdisen na práctica. Con todo, este modelo legislativo mostrou pronto as súas carencias, polo que se fixo necesario reformar a lei 4/1995, converténdose despois dos pasos necesarios na nova Lei de Dereito civil de Galicia 2/2006, de 14 de xuño, actualmente vixente<sup>13</sup>.

## 2 Lei 2/2006, de 14 de xuño, de Dereito Civil de Galicia

O texto legal entrou en vigor, de acordo coa súa disposición final, aos vinte días da súa publicación no DOG, o día 22 de xullo de 2006. É un texto regulador moito máis eficaz que os anteriores, por canto recolle os cambios sociais e estruturais da sociedade galega en institucións xurídicas acordes coa devandita realidade<sup>14</sup>, cunha lexislación unitaria total- mente alonxada da anterior -fragmentada e dispersa- para converterse nun corpo norma-

10 BUSTO LAGO, J.M., "As competencias lexislativas da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de Dereito civil", en *Revista Xurídica Galega*, 35, p. 27, cando sinala: "A determinación do sistema matrimonial e o recoñecemento da eficacia civil a determinados tipos de matrimonio é competencia exclusiva do Estado, mentres que a regulación das relacións patrimoniais entre os cónxuxes pode ser asumida, no marco da lexislación civil, polas CCAA. A reserva competencial a favor do Estado ten que entenderse restrinxida aos aspectos non patri- moniais do matrimonio, en conclusión á que se chega empregando o art. 13.1 CC (exceptúa expresamente as normas relativas ao réxime económico matrimonial da súa aplicación xeral e directa en todo o Estado) como criterio interpretativo".

11 BELLO JANEIRO, D., "Presente e futuro do Dereito civil de Galicia", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005, p. 1053, onde se amosa satisfeito dos contidos lexislativos incorporados á lei de 1995, aínda que recoñece a necesidade dunha ampla reforma: "Pois ben, respecto á actualización da nosa Lei de Dereito Civil de Galicia, cómpre ampliar con valentía o seu contido, con ocasión da súa revisión, unha vez transcorrido case o dobre do tempo de cinco anos que a propia norma de 1995 prevé para elaborar un informe parlamentario comprensivo das dificultades e dúbidas que se advirían na aplicación dos preceptos da Lei e das normas que se estimen necesarias para a conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil propio de Galicia".

12 Vid. ao respecto, PARDO GATO, J.R., "Pasado, presente e futuro do Dereito Civil de Galicia", en *Revista Xurídica Galega*, 47, 2005, p. 16, onde destaca a importancia da lei 4/1995: "Este dereito civil propio da nosa comunidade afectaba, e segue afectando, a amplas parcelas da vida dos cidadáns que repercuten directamente no seu contorno inmediato, como a propiedade, o aproveitamento da terra e os contratos, así como, de xeito singular, no referente aos arrendamentos de tipo rústico, a familia, os testamentos e as herdanzas. De todas estas materias xurídicas emerxeron figuras singulares que os galegos, sobre todo aqueles que gardan certa vinculación coas áreas rurais, coñecen por telas invocada e utilizado en numerosas ocasións para dirimir as súas controversias e litixios, e que, como se explicita na LDGC, deben aparecer integradas no noso dereito como creación xenuína do pobo galego, que xorde ao longo dos séculos na medida en que a súa necesidade se fai patente, fronte a un ordenamento estatal que, por ser común, viña negando as nosas especiais peculiaridades".

13 Á marxe da modificación sufrida na súa Disposición Adicional Terceira coa Lei 10/2007 de 28 de xuño, relativa á equiparación de parellas de feito, en cuxa exposición de motivos se explica que a intención do lexislador ao introducir no texto a disposición adicional terceira perseguía eliminar a discriminación que había entre matrimonios e unións análogas, sen querer "establecer a equiparación ope legis dos que non desexasen ser equiparados", de ahí a nova redacción prevista na lei 10/2007, que reflicte a verdadeira vontade do lexislador.

14 Vid. ao respecto, GARCÍA GARRIDO, M.J., "Consideracións sobre o patrimonio familiar na lei civil galega", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008, p. 350, onde destaca a importante ampliación das competencias lexislativas da Comunidade Autó- noma na lei 2/2006, ao tempo que declara: "Trátase dunha revisión do Dereito Civil aplicable en Galicia e aos galegos que comprende tan variados temas que o asemellan máis a un Código Civil que a unha Compilación foral".



tivo que intenta dar solucións aos problemas interpretativos que poidan xurdir, nun esforzo clarificador que merece ser destacado. De feito, no Preámbulo da lei recóllese a seguinte afirmación: “Malia o tempo transcorrido, a doutrina científica, a práctica forense e a xurisprudencia puxeron de manifesto a inexplicable repetición de dous artigos do texto legal, a introdución dalgúns preceptos superfluos e a regulación ambigua dalgunhas materias que xeraron conflitos na súa interpretación ou aplicación. Por estas razóns, aínda que agora se conserve a regulación existente de moitas das institucións tradicionais, unha eficiente política legislativa debe intentar mellorar algúns aspectos das institucións”, referíndose en particular ao réxime económico familiar.

Con todo, debe quedar claro que o dereito galego non ten vocación dun desenvolvemento exhaustivo nin o propósito de reinventar un dereito inexistente polo seu afán de diferenciarse co Dereito común<sup>15</sup>. É certo que se incrementa de forma considerable o número de artigos nesta nova lei, pasando de ter 170 na regulación anterior a 308 na lei 2/2006, pero todo iso como consecuencia do interese integrador unitario, especialmente en relación co Dereito de familia, que non do desenvolvemento *ad infinitum* da norma.

A lei 2/2006 consta de 308 artigos distribuídos en dez Títulos máis un preliminar, catro Disposicións Adicionais e tres Transitorias, así como unha Disposición Derrogatoria da lei do Parlamento de Galicia 4/1995, de 24 de maio, e una Disposición Final. No artigo primeiro relaciónanse as fontes do Dereito civil de Galicia: “a lei, o costume e os principios xerais que integran e informan o ordenamento xurídico galego<sup>16</sup>”, cun segundo parágrafo que nos lembra que o costume “rexerá en defecto de lei galega aplicable”, rematando o artigo 1.3 coa seguinte argumentación: “En defecto de lei e costume galegos, será de aplicación con carácter supletorio o dereito civil xeral do Estado, cando non se opoña aos principios do ordenamento xurídico galego”.

Polo que respecta ao ámbito territorial de aplicación, o artigo 3 determina que: “O dereito civil galego terá eficacia no territorio da comunidade autónoma. Exceptúanse os casos en que, conforme ao dereito interrexional ou internacional privado, teñan que aplicarse outras normas”. No que se refire ao ámbito persoal de aplicación, a regra vén recollida no artigo 4: “1. A suxeición ao dereito civil de Galicia determinarase pola veciñanza civil, de acordo co disposto no dereito civil común. 2. Os galegos que residan fóra de Galicia terán dereito a manter a veciñanza civil galega de acordo co disposto no dereito civil común e, en consecuencia, poderán seguir suxeitos ao dereito civil de Galicia<sup>17</sup>”.

En realidade, o que fai esta norma é repetir a disposición contida no artigo 14.1. do Código civil<sup>18</sup>, segundo a cal: “A suxeición ao dereito civil común ou ao especial ou foral determínase pola veciñanza civil”. O concepto de veciñanza débese poñer en relación co réxime eco-

15 Cfr. REBOLLEDO VARELA, A.L., “Dereito civil de Galicia: presente e futuro”, cit. p. 20.

16 SANDE GARCÍA, P., “Título preliminar”, en V.V.A.A., *Comentarios á lei de Dereito Civil de Galicia. Lei 2/2006, de 14 de xuño*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 63: “Desbotada a eficacia en xeral do costume *contra legem* dispositivo, tamén no específico campo das aparzárias, aínda que non no da compañía familiar, a enumeración das fontes do dereito civil de Galicia ex art. 1.1 LDCG/2006, de inconfundible sabor códigocivilístico e aragonés, vai agora seguida da afirmación da posición xerárquica da lei sobre o costume, que como tal costume rexerá, aínda que en realidade veu rexéndose entre nós baixo o imperio da LDCG/1995, *extra legem*”.

17 Vid. ao respecto, GARCÍA GARRIDO, M.J., “Consideracións sobre o patrimonio familiar na lei civil galega”, cit. p. 350: “Ofrece tamén dúbidas a concesión aos galegos que habitan o universo mundo de poder seguir suxeitos ao dereito civil de Galicia (artigo 4) e non ás leis dos países ou rexións onde residen”.

18 En íntima relación co disposto no artigo 16.1 do Cc: “Os conflitos de leis que poidan xurdir pola coexistencia de distintas lexislacións civís no territorio nacional resolveranse segundo as normas contidas no capítulo IV coas seguintes particularidades: 1º. Será lei persoal a determinada pola veciñanza civil”.





nómico matrimonial<sup>19</sup>, podendo traer a conto as doazóns feitas por razón de matrimonio, que se rexerán pola Lei de Dereito Civil de Galicia cando o doador posúa a veciñanza civil galega no momento do seu outorgamento. Con todo, non está de máis precisar que a efectos rexistrais, unha cousa é a veciñanza civil e outra diferente o réxime económico matrimonial, que non se presume polo só feito do lugar de outorgamento<sup>20</sup>. Polo que se refire aos pactos ou capitulacións matrimoniais, de acordo co disposto no artigo 9.3 do Código Civil: “Os pactos ou capitulacións polos que se estipule, modifique ou substitúa o réxime económico do matrimonio serán válidos cando sexan conformes ben á lei que rexa os efectos do matrimonio, ben á lei da nacionalidade ou da residencia habitual de calquera das partes ao tempo do outorgamento”, despréndese que se un dos outorgantes ten a residencia habitual en Galicia ou a veciñanza civil lles será de aplicación a normativa contida na lei galega vixente.

### 3 Réxime económico matrimonial

O Título IX da lei de Dereito Civil de Galicia contén a regulación legal do réxime económico matrimonial. Consta de tres capítulos, o primeiro deles dedicado ás disposicións xerais, o segundo ás capitulacións matrimoniais, e un terceiro e último capítulo que regula as doazóns por razón de matrimonio<sup>21</sup>. Vexamos a continuación cada un deles por separado para unha mellor análise da regulación contida na lei 2/2006, comezando polo artigo 171: “O réxime económico matrimonial será o convido polos cónxuxes en capitulacións matrimoniais. En defecto de convenio ou ineficacia do mesmo, o réxime será a sociedade de gananciais”. Noutros dereitos forais o sistema elixido foi o de separación de bens, como sucede en Cataluña e Baleares, algo que parece máis lóxico á vista dos problemas derivados da partición e disolución da sociedade familiar en caso de optar por unha sociedade de gananciais. Non obstante, do propio artigo 171 dedúcese a intención clara de que o réxime legal supletorio sexa en todo caso o de gananciais, sen chegar sequera a formularse o sistema de separación de bens<sup>22</sup>. En realidade, o que fai a norma galega é reproducir en grande medida os artigos 1315 e 1316 do Código Civil, onde se conteñen algunhas das disposicións xerais do réxime económico matrimonial. Así, o artigo 1315: “O réxime económico do matrimonio será o que os cónxuxes estipulen en capitulacións matrimoniais, sen outras limitacións que as establecidas neste Código”, e o artigo 1316: “A falta de capitulacións ou cando estas sexan ineficaces, o réxime será o da sociedade de gananciais<sup>23</sup>”.

19 Xa que se os cónxuxes teñen a veciñanza civil cando vaian contraer matrimonio, aplicaráselles o réxime económico matrimonial da Lei 2/2006, así como se é un deles o que ten a veciñanza ou a residencia habitual en Galicia e o decidan en documento público antes de celebrarse o matrimonio. Tamén cando os cónxuxes teñan a súa residencia habitual común en Galicia xusto despois de contraer matrimonio, cando o contraían en Galicia.

20 GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, 3ª ed. 2006, p. 310. A maior abondamento, a Sentenza de 20 de maio de 2008 da Sala Terceira do TS, respecto do artigo 161 do Regulamento Notarial e a súa redacción acorde co Real Decreto 45/2007, de 27 de xaneiro, afirma que non é acertado que a veciñanza civil contida en escritura pública poida resultar, en caso de silencio, polo só dato do lugar de outorgamento.

21 FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., *Las doazóns por razón de matrimonio no Código Civil*, Comares, Granada, 2006, p. 125: “As doazóns por razón de matrimonio non forman parte do réxime económico matrimonial propiamente dito, aínda que si teñen certa relación co mesmo, ao tratarse de aportacións económico-patrimoniais realizadas en consideración ao matrimonio. Certamente, as doazóns por razón de matrimonio non son un réxime matrimonial senón simplemente unhas doazóns como calquera outras nas que non é esencial, como logo veremos, que se fagan en capitulacións matrimoniais. Porén, a lei e a doutrina refírense a elas con ocasión de tratar o réxime económico”.

22 MARTÍNEZ HENS, H., “Do réxime económico familiar”, en V.V.A.A., *Comentarios á Lei de Dereito Civil de Galicia. Lei 2/2006, de 14 de xuño*, cit. p. 722: “É de advertir que na tramitación parlamentaria da Lei 2/2006 nin sequera chegou a formularse o debate sobre a oportunidade de aplicar supletoriamente o réxime de separación de bens en lugar do de gananciais, debido en parte quizais a unha maior dedicación do lexislador a outras materias distintas das que agora nos ocupan”.

23 Reflectida nos artigos 1344 a 1410 do Código Civil.

Por outro lado, a aplicación deste réxime económico non tería maiores dificultades se non fose pola relación deste precepto coa Disposición Adicional Terceira da lei 2/2006: “Aos efectos de aplicación da presente lei equipáranse ao matrimonio as relacións maritais mantidas con intención ou vocación de permanencia, co cal se estenden, por tanto, aos membros da parella os dereitos e obrigas que esta lei recoñece aos cónxuxes. Terá a consideración de relación marital análoga ao matrimonio a formada por dúas persoas que leven convivindo polo menos un ano, podéndose acreditar tal circunstancia por medio da inscrición no rexistro, manifestación expresa mediante acta de notoriedade ou calquera outro medio admisible en dereito. En caso de ter fillos en común será suficiente con acreditar a convivencia”.

O problema reside na equiparación automática que se fai cos matrimonios, sen contar co consentimento preceptivo, que debería de ser o elemento esencial á hora de establecer a equiparación entre matrimonio e parella non matrimonial. Esta falta de vontade expresa das relacións maritais constitúe un erro do lexislador<sup>24</sup>, que debería rer previsto os casos en que non se desexa a equiparación co matrimonio.

Como consecuencia deste erro, o lexislador optou por redactar de novo a norma na lei 10/2007, de 28 de xuño, en cuxa exposición de motivos explica a razón pola que se fixera tal equiparación na disposición adicional terceira da lei 2/2006: “Introduciuse no texto a disposición adicional terceira, en prol de eliminar no ámbito da lei a discriminación existente entre os matrimonios e as unións análogas á conxugal; non obstante, non foi intención do lexislador establecer a equiparación *ope legis* dos que non desexasen ser equiparados”, aclarando que a pretensión era que os membros duna unión puidesen expresar a súa vontade de ser equiparados ao matrimonio, sempre e cando acreditasen un tempo determinado de convivencia estable. Debido á confusa redacción de tal disposición, que “podería non reflectir a auténtica vontade do lexislador”, formulouse unha proposición de lei de modificación da disposición adicional terceira da Lei 2/2006, “apoiada en tres piares básicos do noso ordenamento: o libre desenvolvemento da personalidade, o principio de igualdade ante a lei e a salvagarda da seguridade xurídica”. Co cambio de redacción do precepto confuso, estableceuse un Rexistro de Parellas de Feito<sup>25</sup> de Galicia, non que as unións maritais análogas á conxugal, de dúas persoas maiores de idade<sup>26</sup> capaces e que convivan con

24 Vid. ao respecto, PÉREZ MARTÍN, A.J., *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Tomo 5, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 1833: “Aínda que só sexa a efectos meramente anecdóticos, hai que facer referencia ao disparate lexislativo en que incorreu o lexislador galego ao introducir na lei 2/2006, de 14 de xuño, de Dereito Civil de Galicia, na disposición adicional terceira, unha total equiparación entre os matrimonios e as relacións maritais mantidas con intención ou vocación de permanencia, e en virtude dela estendíase aos membros da parella os dereitos e obrigas que esta lei recoñece aos cónxuxes, e entre outras cuestións, como é obvio xa que non existía exclusión ningunha, ao réxime económico matrimonial, concretamente o de gananciais cando non existían capitulacións matrimoniais.

25 Na nova redacción da Disposición Adicional Terceira da lei 10/2007, de 28 de xuño, no segundo parágrafo faise mención dos excluídos da condición de parellas de feito: “a) Os familiares en liña recta por consanguinidade ou adopción. b) Os colaterais por consanguinidade ou adopción ata o terceiro grao. c) Os que estean ligados por matrimonio ou formen parella de feio debidamente formalizada con outra persoa”, de acordo co disposto para a institución do matrimonio no noso CC, concretamente nos artigos 46.2: “Non poden contraer matrimonio os que estean ligados por vínculo matrimonial”, e 47: “Tampouco poden contraer matrimonio entre si: 1º Os parentes en liña recta por consanguinidade e adopción. 2º Os colaterais por consanguinidade ata o terceiro grao. 3º Os condenados como autores ou cómplices da morte dolosa do cónxuxe de calquera deles”, aínda que o Ministerio de Xustiza pode dispensar, sempre a instancia de parte, o impedimento da morte dolosa do cónxuxe anterior, como se recolle no artigo 48 do CC; ademais, a continuación, no terceiro parágrafo engade que as parellas de feito “poderán establecer validamente en escritura pública os pactos que estimen convenientes para rexer as súas relacións económicas durante a convivencia e para liquidalas tras a súa extinción, sempre que non sexan contrarios ás leis, limitativos da igualdade de dereitos que corresponden a cada convivente ou gravemente prexudiciais para cada un dos mesmos”, reputándose nulos os pactos que contraveñan tal prohibición.

26 O artigo 46.1 do CC refírese á incapacidade de contraer matrimonio os menores non emancipados.



intención de permanencia se deben inscribir a efectos de expresar a súa vontade de ser equiparados ao matrimonio<sup>27</sup>.

A maior abundamento, na disposición final da lei 10/2007 de 28 de xuño introducíase un prazo dun mes como data na que a Xunta de Galicia debía aprobar un decreto que crease e regulase a “organización e xestión do Rexistro de Parellas de Feito de Galicia, que terá carácter constitutivo e non que se inscribirán necesariamente as declaracións formais de constitución de parellas de feito, as modificacións e as extincións, calquera que sexa a súa causa”. Este Rexistro foi creado pola Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza da Xunta de Galicia mediante o Decreto 248/2007, de 20 de decembro, sendo a inscrición voluntaria, gratuita e de natureza constitutiva. Así, só serán equiparadas ao matrimonio as situacións de convivencia inscritas<sup>28</sup>.

Non cabe dúbida de que o corolario lóxico a esta situación de incerteza legal anterior é permitir que as parellas que convivan de modo estable e teñan a intención de ser equiparadas ao matrimonio a efectos da Lei 2/2006 (coa reforma concretada na lei 10/2007) se inscriban se lles parece pertinente, deixando espazo á vontade de exercer ou non tal dereito de inscrición. Con todo, debe quedar claro que a equiparación será aos sós efectos de dereitos e obrigas regulados pola Lei de Dereito Civil de Galicia, sen incluír outros ámbitos nos que a convivencia recoñecida podería producir efectos<sup>29</sup>. Por outro lado, non que respecta ás parellas non inscritas, confirmado o carácter constitutivo da inscrición no Rexistro de Parellas de Feito, teranse como non equiparadas á situación de matrimonio e polo tanto non suxeitas ao seu réxime económico, séndolles de aplicación as solucións xurídicas existentes con anterioridade á promulgación desta lei.

Ademais, non podemos obviar os últimos acontecementos con respecto á regulación establecida sobre as parellas de feito<sup>30</sup>, a dúbida sobre a súa constitucionalidade. Xa ad-

27 Vid. ao respecto, RODRÍGUEZ PARADA, A.I., “O réxime económico matrimonial da Comunidade Autónoma de Galicia, Lei 2/2006, de 14 de xuño”, en GIMENO Y GÓMEZ-LAFUENTE J.L./RAJOY BREY, E., (ed.), *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial*, Tomo 1, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 258-259, onde pon a énfase na ausencia de calquera tipo de debate na tramitación parlamentaria desta lei -ao seu xuízo mellorable- producíndose o mesmo na práctica diaria forense, notarial, rexistral e doutrinal, ata chegar á reforma da disposición adicional terceira para cambiar os presupostos de equiparación entre matrimonio e convivencia non marital, “facéndoos máis restritivos: a) Debe de tratarse dunha relación marital, o que, con independencia do carácter homo ou heterosexual da relación, supón un vínculo sexual e afectivo. b) Con intención de permanencia no tempo, o que exclúe relacións ocasionais, conxunturais ou meramente transitorias. c) Teñen que cumprir determinados requisitos de capacidade, máis ríxidos que para contraer matrimonio, pois ao exixir maioría de idade de ambos os dous integrantes da relación, se exclúen os menores emancipados e a posibilidade de dispensa dos menores de máis de catorce anos; e ao requirir que sexan capaces, tamén quedan excluídos os que fosen incapacitados”.

28 DÍEZ-PICAZO GÍMENEZ, G./ARANA DA FUENTE, I., *Las nuevas estructuras familiares y su reflejo en los Tribunales de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 96 ss. onde traen a conto o problema dunha parella que convivira maritalmente durante catro anos, pero que ao tocarlle a lotaría a un deles non quere repartir o premio, o outro membro da parella reclama a súa parte como pensión compensatoria, pero o agraciado coa sorte da lotaría di que se tivese elixido a sociedade de gananciais, tería casado, e ao non facelo, non ten porque compartir nada coa outra parte. Se estivesen vivindo en Galicia, e estivesen inscritos no rexistro de parellas de feito, seguramente a solución xurisprudencial tería sido distinta. Como declaran en p. 96: “O recurso que se estuda a continuación é un asunto curioso polas alegacións que, en defensa dos seus intereses, realiza a parella de feito que o protagoniza: a liberdade de permanecer solteiro por parte do agraciado-recorrente; e a existencia de comunidade de bens, a aplicación analóxica do réxime ganancial, a natureza de pensión compensatoria da metade dun premio de lotaría e, en defecto de todo o anterior, enriquecemento inxusto”, deixando o fallo xudicial un sabor amargo ao non recoñecer o dereito da outra parte de percibir parte do premio.

29 A Lei 2/2006 recolle outros supostos nos que a convivencia sen matrimonio se equipara ao mesmo, como sucede por exemplo co disposto no artigo 36.1.1, o dereito a asentir á adopción realizada polo que convive co suxeito que asente; artigo 43.3, polo que o convivente pode ser posible delegatario da potestade de designación de tutor na autotutela, así como a preferencia na representación do ausente en caso de ausencia non declarada, como recolle o artigo 48.1.

30 Resulta interesante a esexese realizada por MATA DE ANTONIO, J.M., “Parellas de feito: ¿equiparación ou discriminación? (Análise da normativa autonómica)”, en *Accións e Investigacións Sociais*, 14, 2002, p. 185 ss. sobre as decisións xudiciais en tema de parellas de feito, reflexións que non perden vixencia á marxe do paso do tempo. Sirva de exemplo o contido na p.191: “A postura maioritaria que se veu observando nas resolucións dos Tribunais, no referente a aplicar analoxicamente a regulación prevista para as unións matrimoniais, nos supostos de unións de feito, e que chega a bastantes dos efectos persoais e patrimoniais da ruptura (pensións por alimentos, réxime de visitas, garda e custodia, atribución do uso do domicilio común, etc.), non o é tanto cando se trata de resolver sobre a liquidación do “patrimonio común”, ou sobre a solicitude de “pensións compensatorias”. En concreto, neste punto, atoparemos, desde sentenzas que manteñen a aplicación aos supostos de ruptura de unións de feito, das regras de disolución e liquidación da sociedade de gananciais, ata outras que acoden á figura do enriquecemento inxusto como base para fixar unha indemnización por vía de pensión compensatoria”.

vertiran algúns xuristas da colisión da Lei de Dereito Civil de Galicia do 2006 -en relación co tema das parellas de feito- coa Constitución Española, en concreto co artigo 149.1.8, posibilidade que o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia estimou como probable, o que lle levou a recorrer ao Tribunal Constitucional para que aclare se esta lei se axusta á Carta Magna ou pola contra está fóra da orde constitucional. De feito, o alto Tribunal xa admitiu a trámite as cuestións de inconstitucionalidade formuladas pola Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia en relación coa regulación das parellas de feito, por canto o TSXG entende que é o Estado e non a Comunidade Autónoma a que ten competencia para regular as unións matrimoniais. Non hai que esquecer que a equiparación das situacións convivenciais afecta a temas tan sensibles como o da herdanza, no que xa se presentaron numerosos conflitos<sup>31</sup> á hora de establecer que ordenamento regula os dereitos sucesorios, por exemplo, ante o falecemento dun dos membros da parella. O Tribunal Superior de Xusticia de Galicia basea a súa oposición á lei aprobada no Parlamento Galego en que estaríamos ante unha nova forma de matrimonio, o que sen dúbida quebra a unidade do sistema matrimonial garantido pola Constitución. Nese exceso cometido pola Cámara Autonómica percíbese unha intención clara de equiparar legalmente as parellas de feito aos matrimonios, algo que non é da súa competencia, nin se pode entender como desenvolvemento do dereito civil galego. Resta por coñecer a decisión do Tribunal Constitucional, que fixará a posición legal en todo este asunto, e que aclarará dunha vez por todas cal é o réxime que se debe adoptar con respecto ás unións convivenciais estables que non optaran polo matrimonio formal por non ser esta a súa opción de vida en común.

### 3.1 As capitulacións matrimoniais

O artigo 172 da lei 2/2006 contempla a posibilidade de pactos nas capitulacións matrimoniais<sup>32</sup>, referidos á futura liquidación da sociedade de gananciais: “Os cónxuxes poderán pactar en capitulacións matrimoniais a liquidación total ou parcial da sociedade e as bases para realizala, con plena eficacia ao disolverse a sociedade conxugal”, refrendando de forma expresa a licitude de levarlos a cabo. Este precepto, que estuda o contido que pode ser factible nas capitulacións outorgadas, supón unha proposta novidosa e sen precedentes, ao non atoparse na lei galega anterior nin no Código civil. Permite aos cónxuxes adoptar acordos previos sobre a liquidación futura da sociedade conxugal, se chegasen á situación de ter que liquidala.

Evidentemente trátase dun suposto preventivo<sup>33</sup>, que busca evitar maiores problemas se se tivese que disolver unha sociedade previa existente, xa que ter as bases para realizala diminúe a tensión posible entre os contendentes e aclara desde o principio cales son as condicións nas que se debe levar a cabo a disolución da sociedade conxugal. A eficacia

31 DÍEZ-PICAZO GÍMENEZ, G./ARANA DA FUENTE, I., *As novas estruturas familiares e o seu reflexo nos Tribunais de xustiza*, cit. p. 19: “Pois ben, os tribunais de xustiza non se quedaron á marxe desta realidade, xa que cada vez son máis numerosas as resolucións xudiciais que abordan os conflitos que xorden destas novas formas de convivencia social e que ata hai algúns anos tería sido imposible que se ventilaran nos nosos tribunais... En todo caso, no fondo da inmensa maioría destes litixios descubrimos un enfrontamento, xa sexa encuberto ou patente a todas luces, pola defensa dos respectivos intereses económicos das partes”.

32 GARRIDO MELERO, M., “Reflexiones sobre algunos supuestos de reorganización patrimonial y el valor da intervención notarial”, *no patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, IX Congreso Notarial español, 2005, 3, p. 192, onde propoñía utilizar a escritura de capitulacións para regular o réxime económico da parella, sexa matrimonial ou non matrimonial, así como a súa liquidación, propoñendo a constitución das parellas de feito. Mesmo suxire a denominación de “capítulos relativos á convivencia”, fronte ao de “capitulacións matrimoniais”.

33 Vid. ao respecto, MARTÍNEZ HENS, H., “Del réxime económico familiar”, cit. p. 729, onde se pregunta se non tivese sido mellor que o artigo 172 se atopase a continuación do 174, “xa que nel se recolle o contido das capitulacións, e do mesmo forman parte estes pactos de futura liquidación da sociedade de gananciais. Probablemente este tería sido o lugar máis axeitado, pero quizais o lexislador preferise evitar certas dificultades na interpretación desta norma, xa que estes pactos do art. 172 non deben confundirse con aqueloutros, que adoitan reflectirse nas capitulacións e a través dos cales os cónxuxes autorregulan os efectos da crise matrimonial con miras a unha liquidación inmediata da sociedade conxugal”, resaltando a diferenza dos acordos do art.172 que se celebran “cando non existe unha relación de conflitividade entre os cónxuxes”.



deste precepto está fóra de toda dúbida xa que imprime confianza aos que van levar a cabo un acto xurídico de resultado indefinido no momento final da sociedade se non se levan a cabo actuacións preventivas como a que recolle o artigo citado. Unha medida legal de indubidable acerto, que recolle dúas situacións posibles: a primeira, unha crise matrimonial ou un cambio no réxime económico elixido, e a segunda, que se produza o falecemento dun dos cónxuxes ou de ambos os dous.

No primeiro caso, cando estamos ante unha crise matrimonial, ter pactado previamente en capitulacións matrimoniais as bases para liquidar a sociedade, imprime tranquilidade no resultado da disolución e evita a confrontación negativa propia de todo procedemento xudicial, á marxe dos gastos económicos que iso puidese supoñer. Con todo, estaríamos ante unha liquidación parcial, porque de ser total a liquidación pretendida só cabería no caso de disolución da sociedade por ter decidido os cónxuxes adoptar un réxime económico distinto<sup>34</sup>. Naturalmente os pactos estarán limitados en canto non poden ser contrarios á lei, limitativos da igualdade de dereitos que corresponda a cada cónxuxe ou gravemente prexudiciais para un deles.

Polo que se refire á posibilidade de establecer estes pactos en documento privado, dedúcese do artigo 172 que a intención do legislador aposta claramente pola forma pública, ao nomear expresamente os pactos “en capitulacións matrimoniais”, seguramente en prol da seguridade xurídica que mire polos intereses de ambos os dous contraentes (ou membros da unidade de convivencia estable, cos reparos xurídicos que expuxemos anteriormente, á espera do ditame do Tribunal Constitucional).

No segundo caso, non estamos ante unha partición de herdanza senón ante pactos de liquidación de bens gananciais con plena eficacia ao ser recoñecidos pola lei 2/2006 no suposto de disolución da sociedade conxugal, podendo dirixirse a determinar a masa total dos bens ou tan só unha determinación parcial dos mesmos.

O artigo 173 inicia o Capítulo II do Réxime económico familiar, que leva por título “Das capitulacións matrimoniais”: “As capitulacións poderán outorgarse antes ou durante o matrimonio e haberán de formalizarse necesariamente en escritura pública”. Esta confirmación do principio de mutabilidade das capitulacións matrimoniais demostra o respecto á autonomía da vontade dos contraentes, independentemente dos requisitos formais e temporais que veremos a continuación. Se as capitulacións se outorgan antes de contraer matrimonio, serán eficaces cando este se celebre, pero se non se contrae antes dun ano, caducan, de acordo co prazo fixado polo artigo 1334 do Código Civil, aquí aplicado supletoriamente: “Todo o que se estipule en capitulacións baixo o suposto de futuro matrimonio quedará sen efecto no caso de non contraerse no prazo dun ano”. Se as capitulacións se outorgan durante o matrimonio a súa eficacia será total cando se cumpra co requisito constitutivo de formalizar as mesmas en escritura pública. Por último, se os pactos son de modificación de capitulacións anteriores, deberán cumprir coa obrigatoriedade da escritura pública, coa nota que corresponda nas capitulacións orixinarias<sup>35</sup>.

34 RODRÍGUEZ PARADA, A.I., “O réxime económico matrimonial da Comunidade Autónoma de Galicia, Lei 2/2006, de 14 de xuño”, cit. p.255, no caso de pactar unha liquidación total, “dada a dubidosa eficacia de tales pactos debido á consubstancial alteración que experimenta a composición patrimonial da sociedade matrimonial, haberá que enténdelos referidos ao suposto dunha inmediata disolución da sociedade”, por acordar os cónxuxes un réxime matrimonial diferente.

35 Vid. ao respecto, o artigo 1332 do Código Civil: “A existencia de pactos modificativos de anteriores capitulacións indicárase mediante nota na escritura que conteña a anterior estipulación e o Notario farao constar nas copias que expida”, e o artigo 1333: “En toda inscrición de matrimonio no Rexistro Civil farase mención, no seu caso, das capitulacións matrimoniais que se tivesen outorgado, así como dos pactos, resolucións xudiciais e demais feitos que modifiquen o réxime económico do matrimonio. Se aquelas ou estes afectaren a inmoables, tomarase razón no Rexistro da Propiedade, na forma e aos efectos previstos na Lei Hipotecaria”.

O precepto clave para entender o alcance das capitulacións en cuanto ao seu contido é o artigo 174<sup>36</sup>: “As capitulacións poderán conter calquera estipulación relativa ao réxime económico familiar e sucesorio<sup>37</sup>, sen máis limitacións que as contidas na lei”. A referencia ao réxime sucesorio estende en exceso o ámbito de actuación das capitulacións<sup>38</sup>, agora elevadas á máxima expresión xurídica, por poder conter todo tipo de contratos sucesorios<sup>39</sup> no seu seo, que fan desta ferramenta xurídica un magnífico espello de toda a situación familiar dunha forma unitaria. Polo tanto, os cónxuxes poderán incluír pactos ou disposicións de tipo persoal ou natureza patrimonial, como poden ser as doazóns *propter nuptias*, os pactos sobre a situación dos fillos en caso de separación de feito, o recoñecemento de fillos nados fóra do matrimonio, a concesión dun dereito real de usufruto a favor do cónxuxe que non sexa titular da vivinda privativa dun deles, pero utilizada como residencia habitual, o outorgamento de poderes necesarios para xestionar bens naqueles actos en que resulta preceptivo o consentimento de ambos os dous cónxuxes, e calquera acto ou negocio que poida reflectirse en escritura pública.

Ademais, no caso de contratos sucesorios, teñen unha maior liberdade para incorporar os que estimen conveniente, aínda que só atopemos unha referencia no artigo 196 ao testamento por comisario: “Chámase testamento por comisario ao que un dos cónxuxes outorga en exercicio da facultade testatoria concedida polo outro”. Por último, en canto ás limitacións que deben ter en conta as capitulacións, debemos dicir que se trata dunha clara referencia aos límites xerais da lei como os que deben ter en conta as capitulacións matrimoniais, e non os desta lei en concreto. É dicir, o artigo 1328 do Código Civil será de plena aplicación no noso territorio: “Será nula calquera estipulación contraria ás Leis ou aos bos costumes ou limitativa da igualdade de dereitos que corresponda a cada cónxuxe”, o que vén refrendado na disposición adicional Terceira da lei 2/2007, cando fala das unións maritais non matrimoniais: “Os membros da unión de feito poderán establecer validamente en escritura pública os pactos que estimen convenientes para rexer as súas relacións económicas durante a convivencia e para liquidalas tras a súa extinción, sempre que non sexan contrarios ás leis, limitativos da igualdade de dereitos que corresponden a cada convivente ou gravemente prexudiciais para cada un dos mesmos”. Se ben esta disposición axuda a delimitar o alcance posible dos pactos ou disposicións nas capitulacións, non debemos perder de vista que, como se dixo, a lei 10/2007 está sometida ao Tribunal Constitucional por invasión de competencias aínda que a cuestión formulada polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ante ese alto Tribunal non fose resolta aínda.

36 En relación con este, o artigo 1325 do Código Civil declara: “En capitulacións matrimoniais poderán os outorgantes estipular, modificar ou substituír o réxime económico do seu matrimonio ou calquera outras disposicións por razón do mesmo”.

37 GUTIÉRREZ ALLER, V., *Réxime económico-familiar e sucesorio na lei de Dereito Civil de Galicia*, Ir Indo edicións, Vigo, 1997, *passim*. O seu estudo sobre a lei 4/1995, e o seu artigo 113.2: “Poderán conter calquera estipulación relativa ao réxime económico familiar e sucesorio, sen máis limitacións que as derivadas do establecido nesta lei”, resulta interesante en canto á polémica sobre a posibilidade de aplicar en Galicia o artigo 1328 do Código Civil.

38 Vid. ao respecto, BERMEJO PUMAR, M.M., “Comentarios a los artículos 171-180 de la Ley 2/2006”, en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la ley 2/2006, de 14 de junio y a la ley 10/2007, de 28 de junio*, Vol. 1, Colegio Notarial de Galicia y Colegios Notariales de España, Madrid 2007, p. 4. ss.

39 Sen esquecer o escaso contido de dereito sucesorio galego na orixe do dereito civil de Galicia, como pon de manifesto BELLO JANEIRO, D., *Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia*, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 29-30: “Sexa como for, o certo é que, como resumo, no conxunto de institucións que, segundo vimos, pretenden constituír a esencia histórica –legal, polo menos- do dereito civil galego, o peso do dereito sucesorio é mínimo, o cal resulta, cando menos, altamente empobrecedor e ata pintoresco pois na maior amplitude e variedade posible dun repertorio institucional de normas sucesorias propias atópase, por definición, a esencia de todo dereito foral en termos que posteriormente teremos ocasión de desenvolver”.



### 3.2 As doazóns por razón do matrimonio

Na lei 4/1995, dedicábanse tan só tres artigos á regulación das doazóns<sup>40</sup> por razón de matrimonio, aínda que en realidade o artigo 114, cos seus dous parágrafos, sería o que na nova regulación se contén en dous artigos, polo que a lei 2/2006, de Dereito Civil de Galicia, cos cinco preceptos dedicados ás doazóns, desde o artigo 175 ata o 180, non excede con moito do desenvolvemento previsto na lexislación anterior. Vexamos o artigo 114 daquela norma, agora derogado:

- “1. Son doazóns por razón do matrimonio as que se fan por causa deste, antes ou despois de celebrado, entre noivos ou cónxuxes ou por terceiras persoas a favor de calquera daqueles.
2. As doazóns por razón do matrimonio poderán comprender bens presentes ou futuros e mesmo tamén para caso de morte, en igual medida que a fixada para a sucesión testada”.

A continuación vexamos o artigo 175 da nova lei: “Son doazóns por razón de matrimonio as que por causa deste calquera persoa faga en favor dalgún dos contraentes, ou de ambos os dous, antes ou despois da celebración<sup>41</sup>”.

E o contido legal recollido na primeira parte do artigo 176: “As doazóns por razón de matrimonio poderán comprender bens presentes ou futuros”.

Podemos apreciar a escasa diferenza entre a lexislación derogada e a actualmente vixente, e se ben é certo que aclara o texto anterior, incorporando algúns principios propios de dereito común, iso non impide á crítica reflexiva en canto se evidencia unha clara falta de vontade do lexislador de innovar nesta materia, por outro lado de suma importancia.

Os elementos esenciais destas doazóns, á vista do contido do artigo 175, son os seguintes:

- a) A atribución patrimonial outorgada é a título de liberalidade, polo que quedan excluídos deste ámbito os gastos matrimoniais.
- b) As doazóns deben ser outorgadas “por razón de matrimonio”<sup>42</sup>, xa que noutro caso deberíamos remitirnos ás regras xerais que se refiren ás doazóns, non sendo de aplicación este réxime especial.
- c) A referencia a “calquera persoa<sup>43</sup>” deixa liberdade clara en canto á figura do doador, que pode realizar tal acto de liberalidade a favor dun dos contraentes, ou

40 Vid. ao respecto, o artigo 618 do Código Civil, que define a doazón en xeral: “A doazón é un acto de liberalidade polo cal unha persoa dispón gratuitamente dunha cousa a favor doutra, que a acepta; en canto ás persoas que poden facer doazóns, o artigo 624 do mesmo Código dáns a clave: “Poderán facer doazón todos os que poidan contratar e dispoñer dos seus bens”.

41 SIRVENT GARCÍA, J., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 30, onde amosa unha posición diferente, de acordo co contido no Código Civil: “Hai que concluir que non se consideran doazóns por razón de matrimonio e, polo tanto, quedan excluídas da normativa especial e sometidas ás regras xerais do Código, entre outras, as seguintes: as doazóns efectuadas con posterioridade á celebración do matrimonio, as realizadas a favor dos futuros esposos antes do matrimonio, pero sen consideración ao mesmo e as outorgadas a favor de persoas distintas aos devanditos esposos aínda cando teñan a súa razón, causa ou motivo especial na mesma unión”.

42 Polo que se refire ao marco xurídico das doazóns no Código civil, vid. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A.S., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, cit. p. 122-123, onde ao destacar a natureza contractual das doazóns por razón de matrimonio, declara: “Respecto á transcendencia xurídica do proxectado matrimonio como o móbil do doador, entendo que non é causa nin condición como elemento esencial do contrato, senón que o lexislador lle atribuiu outras funcións xurídicas. Se o matrimonio fose causa (ou formase parte da mesma como móbil causalizado) das doazóns por razón de matrimonio, o ordenamento xurídico castigaría con nulidade os supostos que se encadrarían nos arts. 1275 e 1276 do Cc.”.

43 Vid. ao respecto, o artigo 1338 do Código Civil: “O menor non emancipado que de acordo coa Lei poida casar, tamén pode en capitulacións matrimoniais ou fóra delas, facer doazóns por razón do seu matrimonio, coa autorización do seu pai ou do titor. Para aceptalas, estarase ao disposto no título II do libro III deste Código”, que é o dedicado á doazón, podendo poñer como exemplo ilustrativo o artigo 625, con respecto aos posibles receptores dunha doazón: “Poderán aceptar doazóns todos os que non estean especialmente incapacitados pola lei para iso”.



mesmo de ambos<sup>44</sup> os dous. O enunciado non se diferencia na identidade do doador e dos donatarios co artigo 1336 do Código Civil: “Son doazóns por razón de matrimonio as que calquera persoa fai, antes de celebrarse, en consideración ao mesmo e a favor dun ou dos dous esposos”, se ben, como veremos a continuación, o momento posible de outorgamento das doazóns é totalmente diferente nun e noutro caso. Mentres o Código Civil só recoñece legalmente as doazóns por razón de matrimonio realizadas antes da celebración do mesmo, a Lei 2/2006, de Dereito Civil de Galicia recoñece validez legal ás liberalidades efectuadas en calquera momento, xa sexa antes ou despois de contraído o matrimonio, o que modifica de forma substancial o ámbito temporal de concesión da mesma.

De acordo co artigo 176, as doazóns poderán ser de bens presentes ou de bens futuros, sendo distintos os efectos nun e noutro caso, xa que no suposto de doazón de bens presentes, produciríase a adquisición inmediata dos bens doados, mentres que na de bens futuros estaríamos ante unha doazón subordinada á morte do doador: “No primeiro caso determinarán a adquisición inmediata do doado, aínda que para que a doazón de inmo- bles sexa válida haberá de facerse en escritura pública. No segundo caso a adquisición subordinase á morte do doador, sendo o réxime de aplicación o dos pactos sucesorios contemplados na presente lei”. A obriga de facer en escritura pública a doazón por razón de matrimonio de bens inmo- bles constitúe un requisito constitutivo, de tal forma que o non cumprimento do mesmo leva consigo a nulidade absoluta de tal doazón. A maior abundancia, poderá inscribirse no Rexistro da Propiedade, cos conseguíntes efectos protectores da publicidade tabular, como se recolle no artigo 2 da Lei Hipotecaria, Texto Refundido segundo o Decreto de 8 de febreiro de 1946: “Nos Rexistros expresados no artigo anterior inscribíranse:

1. Os títulos traslativos ou declarativos do dominio dos inmo- bles ou dos dereitos reais impostos sobre os mesmos.
2. Os títulos en que se constituán, recoñezan, transmitan, modifiquen ou extingan dereitos de usufruto, uso, habitación, enfiteuse, hipoteca, censos, servidumes e outros calquera reais.
3. Os actos e contratos en cuxa virtude se adxudiquen a algún bens inmo- bles ou de- reitos reais, aínda que sexa coa obriga de transmitilos a outro ou de investir o seu importe en obxecto determinado.
4. As resolucións xudiciais en que se declare a incapacidade legal para administrar, a ausencia, o falecemento e calquera outras polas que se modifique a capacidade civil das persoas en canto á libre disposición dos seus bens.
5. Os contratos de arrendamento de bens inmo- bles, e os subarrendamentos, cesións e subrogacións dos mesmos.
6. Os títulos de adquisición dos bens inmo- bles e dereitos reais que pertencan ao Es- tado, ou ás corporacións civís ou eclesiásticas, con suxeición ao establecido nas leis ou regulamentos”<sup>45</sup>.

44 Sen esquecer que quedan incluídos como donatarios os integrantes dunha parella de feito, sempre e cando estean inscritas de forma debida no Rexistro de Parellas de feito creado ao efecto e ao que referimos con anterioridade, xa que o que determina a posibilidade de ser donatario é a convivencia, non o feito do matrimonio, polo que será esta debidamente acreditada a que permita ser donatario.

45 Vid. ao respecto, o artigo 3 da mesma lei: “Para que poidan ser inscritos os títulos expresados no artigo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, executoria ou documento auténtico expedido por Autoridade xudicial ou polo Goberno ou os seus Axentes, na forma que prescriban os regulamentos.





Os bens presentes son os que están no patrimonio do doador no momento da doazón, que se poden outorgar polos mesmos contraentes entre si ou por persoas alleas, tendo neste último caso que cumprir co disposto polo artigo 634 do Código Civil: “A doazón poderá comprender todos os bens presentes do doador, ou parte deles, con tal que este se reserve, en plena propiedade ou usufruto, o necesario para vivir nun estado correspondente ás súas circunstancias”, relacionado co artigo 636: “Malia o disposto no artigo 634, ningún poderá dar nin recibir, por vía de doazón, máis do que poida dar ou recibir por testamento”<sup>46</sup>. Polo que se refire ao momento preciso de adquisición dos bens doados, hai que precisar que se adquiren inmediatamente, e non cando se contraia de forma efectiva o matrimonio.

Se centramos a nosa atención no concepto de bens futuros, debemos dicir que son as liberalidades que o doador deixa á súa morte<sup>47</sup>, non entrando neste concepto os bens que non están no patrimonio do doador no momento da doazón, como dispón o artigo 635 do Código Civil, ao dicir que se entenden por bens futuros “aqueles de que o doador non pode dispoñer ao tempo da doazón”. Non se trata dunha promesa de bens que poden estar nun tempo posterior ao presente, non se poden doar bens dos que non dispón ao tempo de realizar a doazón, senón que os bens futuros son os outorgados para o caso da morte do doador, precisión que debe facerse en prol da seguridade xurídica do acto de liberalidade concedido.

O artigo 177 da lei 2/2006, de Dereito Civil de Galicia refire o seguinte: “As doazóns por razón de matrimonio poderán someterse a condición”. O reflexo explícito deste suposto, xa recoñecido no dereito común, vén dado pola necesidade de evitar problemas en relación coa doazón de bens futuros, e os motivos da súa revogación. Por iso insiste o lexislador ao traer de forma expresa dentro do enunciado deste corpo regulador o requisito da condición, deixando claro que o incumprimento da mesma levaría consigo a revogación da doazón.

Como as doazóns son realizadas atendendo ao matrimonio como motivo principal, se este non se levase a cabo no marco temporal dun ano, as liberalidades previstas volveríanse ineficaces, como contempla o artigo 179 da Lei de Dereito Civil de Galicia vixente: “As doazóns por razón de matrimonio previas ao mesmo quedarán sen efecto se non chegara a contraerse no prazo dun ano”, case idéntico ao artigo 1342 do Código Civil<sup>48</sup>: “Quedarán sen efecto as doazóns por razón de matrimonio se non chegase a contraerse no prazo dun ano”. É dicir, independentemente dos motivos polos que non se puidese celebrar o matrimonio, que poden ser por vontade dos contraentes ou por causa non desexada por eles, por razóns alleas á súa vontade e mesmo por motivos achacables a un e non a outro dos futuros contraentes, a doazón non terá efecto, será ineficaz de forma automática, polo que os bens inicialmente doados revertirán ao doador, sen que teña que exercitar ningunha acción para a devolución.

46 Vid. ao respecto, o artigo 654 do Código Civil: “As doazóns que, de acordo co disposto no artigo 636, sexan inoficiosas computado o valor líquido dos bens do doador ao tempo da súa morte, deberán ser reducidas en canto ao exceso; pero esta redución non impedirá para que teñan efecto durante a vida do doador e para que o donatario faga seus os froitos. Para a redución das doazóns estarase ao disposto neste capítulo e nos artigos 820 e 821 do presente Código”.

47 SIRVENT GARCÍA, J., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, cit. p. 49: “Non cremos que poida aceptarse a tese que considera este tipo de doazón como un pacto sucesorio e, á vez, como unha doazón mortis causa, porque semellante cualificación resulta contradictoria desde un punto de vista estritamente dogmático. En efecto, é esencial aos pactos sucesorios a súa irrevogabilidade, mentres que a doazón *mortis causa* se caracteriza por ser esencialmente revogable”.

48 FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “Ineficacia en las donaciones por razón de matrimonio”, en *Nul: Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2006, p. 1: “A ineficacia sobrevida, con carácter automático, da doazón deriva dunha *conditio iuris* resolutoria negativa, que é no que consistiría actualmente a falta de celebración do matrimonio respecto ás doazóns *propter nuptias*. Iso derivase claramente da redacción do mencionado art. 1342 que supón que a doazón produciu efectos. Só cando pasa o prazo do ano sen que teña lugar o matrimonio cesan os mencionados efectos. A non celebración funciona como unha condición resolutoria que producirá os seus efectos *ex nunc*; é dicir, que a doazón quedará sen efecto desde o momento de cumprirse o ano e non antes”.

Con todo, deberá notificar ao donatario de tal circunstancia, advertíndolle do exercicio da acción reivindicatoria se non se avén á restitución dos bens anteriormente entregados.

Un precepto dedicado de modo especial á sociedade de gananciais é o artigo 178:

- “1. Se a sociedade de gananciais fose o réxime económico matrimonial, os bens doados por razón de matrimonio aos cónxuxes conxuntamente e sen designación de partes terán carácter ganancial.
2. Se a sociedade de gananciais non fose o réxime económico matrimonial, os bens dados conxuntamente aos esposos pertencen a ambos os dous en pro indiviso ordinario e por partes iguais, salvo que o doador dispuxese outra cousa.
3. En todo caso, a liberalidade haberá de ser aceptada por ambos os dous cónxuxes”.

Estamos ante unha nova norma ditada polo lexislador en atención ao matrimonio que recibe unha doazón de bens presentes por parte dun terceiro cando xa se levou a cabo a celebración do mesmo, e que regula os efectos dependendo do réxime económico matrimonial elixido polos cónxuxes. Ademais trátase dunha doazón realizada de forma conxunta, sen designación de partes, que debe ser aceptada sen reservas por parte dos cónxuxes, a fin de que produza os efectos xurídicos desexados. Á vista do precepto, podemos destacar:

- a) En caso de ter optado os cónxuxes polo réxime de sociedade de gananciais, as doazóns de bens presentes recibidas integráranse no mesmo sistema, como se reflicte tamén no artigo 1353 do Código Civil, aínda máis explícito: “Os bens doados ou deixados en testamento aos cónxuxes conxuntamente e sen especial designación de partes, constante a sociedade, entenderanse gananciais, sempre que a liberalidade fose aceptada por ambos os dous e o doador ou testador non tiver disposto o contrario”.
- b) Se o réxime económico matrimonial elixido polos cónxuxes fose outro, os bens pertencíanlles en pro indiviso ordinario e a partes iguais, a non ser que o doador tivese decidido resolver doutra forma, como outorgar cotas diferentes aos beneficiados pola súa doazón ou o posible dereito de acrecer se un dos cónxuxes optase por non aceptar tal liberalidade. Neste caso concreto, podemos traer a conto o artigo 1339 do Código Civil, de case idéntica feitura: “Os bens doados conxuntamente aos esposos pertencían a ambos os dous en pro indiviso ordinario e por partes iguais, salvo que o doador dispuxese outra cousa”.

A revogación<sup>49</sup> das doazóns por razón de matrimonio regúlase no artigo 180 da Lei vixente de Dereito Civil de Galicia<sup>50</sup>:

“As doazóns por razón de matrimonio só poderán ser revogadas polas causas seguintes:

1. Por incumprimento dalgunha das cargas impostas, sempre que o doador se reserve expresamente a facultade de revogalas.
2. Nas realizadas por terceiros, pola nulidade, separación ou divorcio dos cónxuxes, se os mesmos bens doados estivesen en poder dos cónxuxes.

49 FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, cit., p. 144, cando se refire aos requisitos e efectos da acción de revogación, afirma que o Código civil “na súa redacción orixinaria, nada di respecto dos requisitos e efectos da acción de revogación destas doazóns. En consecuencia, había de acudirse ás normas que se ocupaban das causas de revogación das doazóns en xeral, contidas no título II do libro III (Arts. 644 e ss.), e que eran de aplicación con carácter supletorio por disposición expresa do art. 1328”.

50 Vid. ao respecto, a Lei 15/2005, de 8 de xullo, pola que se modifican o Código Civil e a Lei de Axuizamento Civil en materia de separación e divorcio.



3. Nas realizadas entre esposos cando o donatario cometese algún delito contra a persoa do doador, os seus ascendentes ou descendentes.

En canto fose compatible co disposto neste artigo, o réxime xurídico da revogación será o do incumprimento de cargas previsto en materia de doazóns polo Código civil”.

De feito, máis que de revogación poderíamos falar de irrevogabilidade, xa que ao falar de que só serán revogables “polas causas seguintes”, en realidade o que se fai é confirmar a irrevogabilidade das doazóns efectuadas, que desaparece en casos concretos e determinados.

Neste artigo, a diferenza do inmediatamente anterior suxeito á ineficacia automática *ope legis*, atopámonos coa posibilidade concedida ao doador de exercer a revogación, en determinados supostos, sendo o doador quen debe decidir e non a lei aínda cando se dean as causas previstas de revogación. Do mesmo modo, poderá transmitir aos seus herdeiros a acción oportuna dependendo de cal sexa a súa vontade, e se o doador leva a cabo a revogación, deberá o donatario devolver os bens obxecto da doazón cos froitos percibidos despois da concorrencia do motivo da devandita revogación. Ademais, os alleamentos e hipotecas feitas polo donatario serán nulas.

Con todo, merece crítica a revogación da doazón prevista no apartado 2 do citado artigo 180, porque, se se realizou a doazón de maneira non modal, de plena liberalidade, non parece que o eventual colapso matrimonial sexa causa para revogala, xa que, en definitiva, o matrimonio, como vínculo necesario deste tipo de doazóns se tería cumprido e non precisa durar lapso temporal condicionante. Ademais, pode dar lugar a inseguridade xurídica, xa que os bens doados terían entrado no patrimonio dos cónxuxes e a súa dispoñibilidade sobre eles non está condicionada pola orixe.

Por último, e no que se refire a unha análise xurisprudencial sobre a materia, non pode facerse unha recensión por agora xurisprudencia galega significativa que sentase doutrina interpretativa desta regulación especial do réxime económico do matrimonio. Por unha parte, o escaso lapso temporal da súa vixencia non permite na práctica, atendido o ritmo procesal dos Tribunais, que eventuais discrepancias con sentenzas na primeira instancia se tivesen tramitado xa na alzada. Discrepancias que, doutro lado, máis que referirse ao aspecto innovador da norma galega terían que referirse ao contido das capitulacións ou doazóns, é dicir, ao fondo de tal regulación e en canto a este non se advirten especiais diferenzas co réxime do dereito común, agás, en parte, no atente ás doazóns por razón do matrimonio.

Tal vez, onde sería de agardar unha conflictividade de maior alcance xurídico, este xa propiamente derivado da especificidade da nosa regulación autonómica, sería na conflictividade derivada da asimilación da convivencia fáctica prevista na antes mencionada Disposición Adicional Terceira na súa primeira redacción; pero, como se dixo, quedou substituída pola reforma operada pola Lei 10/2007, de 28 de xuño, que, aparte tamén a súa xuventude, está sometida a revisión constitucional.

Unicamente no caso de que se confirmase a súa constitucionalidade, cabería agarrar a exacta determinación do seu alcance por vía de doutrina xudicial no referente á sucesión de un dos membros da parella de feito respecto do outro que lle premorra, sobre todo se concorre con fillos propios do falecido, e con outros fillos comúns, porque é precisamente

neste capítulo onde a lei galega introduce innovacións importantes que non contempla o réxime común, como o testamento mancomunado e os pactos sucesorios, así como o carácter lexitimario do cónxuxe viúvo, o usufruto viual, o testamento por comisario, a apartación e os pactos de mellora, e mesmo cuestións derivadas da condición dos bens comúns no suposto de que os acordos dos membros da parella non os tivesen tido en conta, posto que a asimilación da parella de feito voluntariamente establecida, que se realiza de plan pola Lei 10/2007, de 28 de xuño, traslada, sen máis, o réxime supletorio ganancial do matrimonio formal a estas formas convivenciais, que, propiamente, veñen ser unha modalidade matrimonial equiparada ao matrimonio *stricto sensu*.



David Prada Puentes, Xefe de Asesoramento Xurídico da Xerencia Municipal de Urbanismo do Concello de Vigo, deixounos o pasado 8 de setembro de 2011. Agora que pasaron uns meses desde que te fuches, con este pequeno xesto queremos compartir a túa lembranza. Reproducir as túas propias palabras, a través das que se entreve a túa enorme profesionalidade e valía, é para nós un orgullo. Todos os que tivemos o pracer de traballar ao teu carón, non podemos máis que resaltar a brillante calidade do teu traballo, a túa implicación, a túa capacidade, a lealdade aos teus principios e valores, o teu esforzo e empeño en poñer ese gran de area para facer da Administración unha organización cada día mellor.

Nós, que tivemos a gran sorte de coñecerte, de compartir contigo momentos inesquecibles, non podemos máis que sorrir ao pensar en ti, porque sabemos que iso é o que che gustaría. Compartir a intensa amizade que nos uniu durante estes anos foi, sen lugar a dúbidas, un dos mellores regalos que a vida nos brindou. Sempre serás para nós o noso referente profesional, pero a túa pegada vai moito máis alá. Esteas onde esteas, o teu recordo sempre formará parte de nós, porque gañaches de sobra un lugar moi importante nas nosas vidas. Grazas por todo o que nos achegaches.

Os teus amigos.

Redacción preparada por María José Valenzuela Rodríguez e José María Domínguez Blanco, sobre o documento elaborado por D. David Prada Puentes

# O patrimonio municipal do solo no texto refundido da lei de solo e a súa compatibilidade coa lei de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia

42 Regap

DAVID PRADA PUENTES (†)

Xefe de asesoramento xurídico da Xerencia Municipal de Urbanismo de Vigo

Regap

ESTUDOS E NOTAS

**Resumo:** *Baixo a denominación de patrimonio municipal do solo referímonos tradicionalmente ao conxunto de bens que, pola súa especial natureza, funcións e finalidade, constitúen unha forma de intervención da Administración no mercado do solo. Co presente traballo preténdese realizar un estudo desta institución xurídica, a través dunha análise pormenorizada da regulación contida na lexislación do solo estatal e da lexislación urbanística galega, en particular dos bens integrantes do patrimonio municipal do solo e do destino dos mesmos aos fins legalmente previstos.*

**Palabras clave:** *patrimonio municipal do solo, intervención administrativa, bens, propiedade, planificación.*

**Abstract:** *We usually traditionally mean as “Council Land Patrimony” to properties taht because of its special nature and function constitute an intervention of the administration in the land market. With the present paper, we pretend to study this legal institution through a detailed analysis of the National-State and Regional land regulations. There is special emphasis on Council Land Patrimony properties and its function according to the legal aims foreseen.*

**Key words:** *Council Land Patrimony, administrative intervention, properties, planning.*

**Índice:** *1.A natureza dos bens integrantes no Patrimonio municipal do solo 2.Diferenciación do Patrimonio municipal do solo con respecto ao resto dos bens e dereitos integrantes no Patrimonio da Entidade Local. 3.Sobre as Administracións Públicas obrigadas á constitución do patrimonio público do solo. 4. Compatibilidade do concepto de patrimonio municipal do solo na Lei do Solo estatal e na lexislación urbanística galega. Orixe do Patrimonio Municipal do Solo 5. O destino do Patrimonio Municipal do Solo tanto na lexislación autonómica galega como na lexislación estatal 5.1. Construción de vivendas suxeitas a algún réxime de protección 5.2. Outros usos de interese social 6. Incertezas e cuestións non resoltas pola lexislación vixente en relación co Patrimonio Municipal do Solo. Bibliografía.*



# 1 A natureza dos bens integrantes no patrimonio municipal do solo

Dispoñía o apartado segundo do artigo 276 do TRLS92: “(...) *os bens do patrimonio municipal do solo constitúen un patrimonio separado dos restantes bens municipais, e os ingresos obtidos por alleamento de terreos ou substitución do aproveitamento correspondente á Administración polo seu equivalente en metálico, destinarase á conservación e ampliación do mesmo (...)*”.

Por outra parte, a Lei 9/2002, de 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia -en adiante LOUGA- (punto segundo do artigo 176), realiza unha descrición máis profunda dos bens e dereitos que integran o patrimonio municipal do solo -PMS-: “(...) *a) Os bens patrimoniais que resultasen clasificados polo plan urbanístico como solo urbano ou urbanizable. b) Os terreos e as edificacións ou construcións obtidas en virtude das cesións correspondentes á participación da administración no aproveitamento urbanístico, así como as adquisicións de bens ou diñeiro obtidos con ocasión da xestión urbanística. c) Os terreos e as edificacións ou construcións adquiridos, en virtude de calquera título e en especial mediante expropiación, pola Administración titular co fin da súa incorporación ao correspondente patrimonio do solo e os que o sexan como consecuencia do exercicio dos dereitos de teneo e retracto previstos nesta Lei. d) Cesións en especie ou en metálico derivadas dos deberes ou obrigas, legais ou voluntarias, asumidos en convenios, concursos públicos ou plasmados en instrumentos de xestión urbanística. e) Os ingresos obtidos mediante o alleamento de terreos incluídos nos patrimonios do solo (...)*”.

Como se aprecia a simple vista, é variada a composición do denominado Patrimonio municipal do solo. Desde dereitos de propiedade e reais sobre bens inmobles ata recursos e dereitos de carácter económico. A dispar natureza dos mesmos, complica a aplicación práctica de normas uniformes para todos eles.

Centrando o obxecto do presente punto nos bens de natureza inmovible, tense discutido se se tratan de bens demaniais ou patrimoniais ou mesmo se podería concluír que se caracterizan por ter unha natureza mixta. Ao respecto nun principio apreciouse que se tratan de bens de carácter patrimonial, non obstante, é certo que actualmente se lle está dotando ao PMS de certas notas que asemellan ao réxime previsto na lexislación vixente para os bens de dominio público. A propia Lei LOUGA fixa como bens integrantes no PMS (letra *a) os patrimoniais que resultasen clasificados polo plan urbanístico como solo urbano ou urbanizable*. O carácter patrimonial non é aludido en ningunha letra do punto segundo do artigo 176 anteriormente reproducido. A natureza demanial dos bens integrantes no PMS é defendida por Borquera Oliver<sup>1</sup> e mesmo a comunal por Serrano Guirado. Non obstante, actualmente son máis numerosas as voces que conclúen que os bens integrantes no PMS teñen unha natureza mixta e así se vai reflectindo na lexislación das CCAA e todo iso é debido a que a finalidade legal á que está vinculado o PMS fai que se sometan a un especial réxime xurídico.

1 BORQUERA OLIVER, J.M.; *El patrimonio municipal del suelo. Problemas del urbanismo moderno*, Madrid, 1967.

Pódese concluir que as características dos bens integrantes no PMS son as seguintes:

- Son bens sobre os que se poden exercer as facultades de disposición dos mesmos, mediante o alleamento, non precisando da previa desafectación. Non obstante, non son susceptibles de embargo e execución en canto están afectados a un destino público (STS 166/98 <FJ 11. A>, de 13 de xullo e recollida a Doutrina na nova redacción do artigo 173.2 do Real decreto legislativo 2/2004, polo que se aproba o texto refundido da Lei de facendas locais). Os recursos obtidos polo exercicio das facultades de disposición, son ingresos de dereito privado afectados aos fins do PMS.
- A Administración está protexida fronte á usurpación de terceiros por medio da recuperación de oficio ou *interdictum proprium* (coas limitacións propias para os bens patrimoniais). Como bens de natureza patrimonial sonlles aplicables as regras ordinarias de protección aludidas nos artigos 41 e seguintes da Lei 33/03, de 3 de novembro, de Patrimonio das Administracións Públicas.
- A Administración ostenta fronte a eles todas as facultades de uso sempre que o mesmo sexa compatible coas finalidades do PMS.

O TRLS08, no seu artigo 38, describe superficialmente os bens que integran o PMS aludindo unicamente aos que son obtidos en virtude da participación da Administración no aproveitamento urbanístico derivado das actuacións de transformación urbanística. Para o resto dos bens haberá que estar ao que dispoña a lexislación das Comunidades Autónomas. Sen ánimo de afondar no tema, cómpre lembrar que o artigo 277 do TRLS92 foi declarado inconstitucional polo feito de realizar unha descrición dos bens que forman parte do PMS.

## 2 Diferenciación do patrimonio municipal do solo con respecto ao resto dos bens e dereitos integrantes no patrimonio da entidade local

Tradicionalmente resaltouse o carácter separado dos bens e recursos integrantes no PMS do resto dos da Entidade Local. Esta diferenciación está motivada polo destino necesario dos mesmos. O artigo 38.2 do TRLS08 á hora de fixar a finalidade xenérica dos patrimonios públicos do solo a seguinte afirmación: “(...) *Os bens dos patrimonios públicos de solo constitúen un patrimonio separado (...)*”.

A Doutrina maioritaria<sup>2</sup> afirma que o carácter separado dos bens e dereitos integrantes no PMS ten o seu fundamento na concreta finalidade á que están vinculados. Con maior ou menor intensidade, cando se alude ao destino necesario dos mesmos, sempre se colacionan os conceptos “subrogación real” ou “retroalimentación”.

Voces como Paulino Martínez Hernández ou López Jurado-Escribano descartan os conceptos de subrogación real ou retroalimentación do PMS. Baséase este último nos principios de orzamento único e unidade de caixa.

En efecto, dada a extensión dos destinos e finalidades do PMS que se está dando pola lexislación das CCAA e pola propia Lei do solo estatal (artigo 34.1), non se pode entender que o PMS mantén a súa indemnidade e idealidade por sempre.

<sup>2</sup> Pérez Moreno, Díaz Lema, Ferrandis Fonseca, García de Enterría e Parejo Alfonso.





Coa actual redacción da Lei de solo estatal, temos que diferenciar un PMS apto para os fins ou destinos do mesmo e outro que non o é. Só este último é susceptible de ser alleado e o produto da mesma terase que destinar á conservación, ampliación e administración. Como se aprecia doadamente, só no caso dos bens e dereitos non aptos para as finalidades primarias do PMS, se pode entender unha certa “retroalimentación” do PMS. Para os bens e dereitos con aptitude para o logro das finalidades do PMS, obsérvase que poden ser destinados a finalidades que non logran manter a indemnidade patrimonial do mesmo. Por exemplo, se se destina parte do PMS para a finalidade prevista no apartado c do artigo 177.1 da Lei 9/02 (*actuacións públicas dotacionais, sistemas xerais ou outras actividades de interese social*) deixarán de ser bens patrimoniais e por tanto, non formarán parte do PMS dada a súa afectación a un uso ou servizo público. En igual medida se se destina á promoción de vivendas protexidas, o produto inmobiliario final serán vivendas e os recursos monetarios obtidos polo seu alleamento ou arrendamento a maioría das veces non vai recuperar o investimento en solo e construción que fai a Administración.

En conclusión, resulta certamente difícil entender que actualmente o Patrimonio municipal de solo se retroalimente dada a variedade dos destinos e finalidades do mesmo.

### 3 Sobre as administracións públicas obrigadas á constitución de patrimonios públicos de solo

O artigo 276.1 do TRLS92 tiña o seguinte teor literal: “(...) Os Concellos que dispoñan de plan xeral deberán constituir o seu respectivo Patrimonio Municipal do Solo, coa finalidade de regular o mercado de terreos, obter reservas de solo para actuacións de iniciativa pública e facilitar a execución do plan (...)”. Pola súa parte o artigo 174.1 da LOUGA<sup>3</sup>, estende a obriga de constitución do PMS a todos os Municipios, con independencia de que dispoñan de instrumento de ordenación urbanística.

A anterior redacción da LOUGA, vinculaba a necesidade de utilizar as normas sobre xestión/administración do PMS a que o Municipio dispuxese de plan xeral. Ante tal redacción, xurdiron varios problemas de aplicación práctica da regulación estatal e autonómica. Pódense esquematizar nos seguintes:

- *Se cando se menciona plan xeral se refería tamén ás normas subsidiarias de planeamento.* No TRLS92 baixo o epígrafe “Plan xeral” incluíase tamén a regulación das denominadas “normas subsidiarias”. Na lexislación autonómica galega<sup>4</sup> en vigor matiza o precepto básico estatal cando menciona unicamente aqueles municipios que dispoñan do plan xeral de ordenación municipal. De tal forma que unha interpretación razoable de ambos preceptos concluiría que sería en todo caso a constitución do PMS naqueles municipios que dispoñan de plan xeral de ordenación municipal e aqueles que dispoñan de normas subsidiarias aprobadas ao abeiro do TRLS do 92.
- *Se se poden estender as normas de xestión do PMS a municipios que estando obrigados a ter plan xeral, non dispoñían del.* Ao respecto Díaz Lema conclúe que unicamente as normas de xestión do PMS son exigibles a aqueles municipios que dispoñan de modo efectivo de plan xeral de ordenación municipal.

<sup>3</sup> Artigo modificado pola Lei 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urxentes.

<sup>4</sup> A. Melón Muñoz analiza o carácter básico do artigo 276.1 do TRLS 92, concluíndo que as Comunidades Autónomas poden, na súa normativa, impoñer a obriga de constitución do PMS a municipios non obrigados pola lexislación estatal. Así mesmo aprecia que a propia lexislación autonómica pode exonerar desa obrigatoriedade a determinados municipios que contan con plan xeral.

- *Sobre se é necesaria a adopción dun acordo de constitución formal do PMS.-* Son maiores as voces que entenden eludible o requisito formal de constitución, sobre todo para aqueles municipios obrigados a dispoñer de plan xeral de ordenación municipal<sup>5</sup>. Baséanse na escasísima Xurisprudencia<sup>6</sup> que tratou tanxencialmente o tema, concluíndo que a aplicación da normativa reguladora do PMS debe facerse opelegis. Non obstante, Díaz Lema sostén que *malamente pode xurdir o PMS sen unha resolución municipal constitutiva con independencia de que o Concello veña obrigado en tal sentido pola Lei.*

No caso de Galicia, a Lei de Medidas Urxentes 6/2008, de 19 de xuño, vinculou a posibilidade de realizar actos de disposición do PMS á necesaria constitución formal do PMS e do Rexistro de Solares.

O TRLS08 non menciona que tipo de Entidades Locais teñen o deber de constituir o PMS. Unicamente se describe como orixe necesaria do PMS o conxunto de bens e dereitos obtidos da participación da Administración nas actuacións de transformación urbanística (artigo 16.1.b). Universalízase por medio dun precepto de carácter básico a observancia das normas de xestión e disposición do PMS con independencia de que se dispoña ou non de plan xeral. A diferenza do artigo 276 do TRLS92, descártase tratar o tema da constitución do patrimonio público, centrando o obxecto de atención no concepto e finalidade do mesmo.

En conclusión, con anterioridade había unha certa incompatibilidade da normativa estatal e a autonómica, dado que esta última regula o PMS daqueles municipios que dispoñen de instrumento de ordenación-plan xeral. Por outra parte, na lexislación básica estatal non existe esta diferenciación.

O TRLS08 destaca nun primeiro momento por non reducirse ao concepto municipal do solo, senón a un concepto global do mesmo. Como se analizará posteriormente, existen certas medidas que esixen que a xestión patrimonial do resto de Administracións Públicas, cumpran certas finalidades que contribúan aos principios xerais de utilización racional do solo.

Se ben en lexislacións preconstitucionais se facían meras referencias ao papel do Estado e mesmo das Provincias á hora de intervir no mercado do solo, nesta Lei habilítase a outras Administracións distintas da Municipal a constituir un patrimonio do solo. Non se prexulga o carácter municipal do patrimonio público do solo e sométeos ás mesmas condicións de administración, destino e alleamento.

A LOUGA, no apartado segundo do artigo 174 prevé a posibilidade de que a Administración autonómica en colaboración cos municipios poida constituir o seu propio patrimonio de solo. Acóntanse as finalidades do mesmo á atención da demanda de vivenda de protección e o desenvolvemento de actividades empresariais.

Así mesmo obsérvanse preceptos que habilitan á Administración Autonómica á realización de certas actuacións en materia de xestión urbanística. Xunto cos tradicionais sistemas de xestión directos e indirectos, existe un que non é expresamente aludido dentro do Título IV da LOUGA, pero que ten actualmente vital importancia. Estamos

<sup>5</sup> Benigno Díaz Gaztelu, Pérez Moro, Núñez Ruiz, López-Jurado Escribano, Tomás Quinta López e J. Miguel Lobato Gómez.

<sup>6</sup> 6 STS de 5.5.86 –RJ 2807–, STSJ País Vasco 6.5.96, STSJ Canarias de 5.06.98, 29.09.04 –RJ 304864–



falando do sistema de expropiación cando a Administración que toma a iniciativa é diferente á Municipal<sup>7</sup>. O certo é que se precisa da instrumentación xurídica necesaria para o desenvolvemento de proxectos de xestión da Administración autonómica. Formúlanse certas dúbidas en se é preciso ou non un instrumento de equidistribución, presentación de avais, formas de financiar as expropiacións, exclusións ou liberacións das expropiacións etc...

Actualmente en Galicia estase producindo unha proliferación de aprobacións de proxectos sectoriais de incidencia supramunicipal ao abeiro da Lei 10/95 de 23 de novembro, de ordenación do territorio de Galicia e o Decreto 80/2000, de 23 de marzo. Estanse empregando para distintas finalidades, a máis recorrente para a creación de solo industrial, non obstante, a Lei 6/07, de 11 de maio de medidas urxentes en materia de ordenación do territorio e do litoral prevé a posibilidade de utilizar medidas de ordenación do territorio en orde á reclasificación de solo que maioritariamente sexa apto para destinalo a políticas públicas de vivenda (disposición adicional segunda, punto 4º da Lei 6/07, de 11 de maio, de medidas urxentes en materia de ordenación do territorio e do litoral de Galicia).

Resulta de interese a disposición adicional cuarta do TRLS08 que introduce un apartado ao artigo 190 da Lei de Patrimonio das Administracións Públicas (Lei 33/03, de 3 de novembro): *"(...) Cando os instrumentos de ordenación territorial e urbanística inclúan no ámbito das actuacións de urbanización ou adscriban a elas terreos afectados ou destinados a usos ou servizos públicos de competencia estatal, a Administración Xeral do Estado ou os organismos públicos titulares dos mesmos que os adquirisen por expropiación ou outra forma onerosa participarán na equidistribución de beneficios e cargas nos termos que estableza a lexislación sobre ordenación territorial e urbanística (...)"*.

Son numerosos os supostos que a Administración Xeral do Estado expropia un terreo incluído nun polígono, con carácter previo á execución do mesmo. O prezo xusto que aboa aos suxeitos expropiados é o valor urbanístico do solo, tendo en conta o aproveitamento urbanístico que o plan lle outorga. Pois ben, sen prexuízo que na ordenación futura se manteñan as infraestruturas que motivaron a expropiación, a Administración (sexa Estatal, Autonómica ou Local) incorporou ao seu patrimonio un aproveitamento urbanístico, que deberá necesariamente terse en conta á hora de proceder ao reparto equitativo de beneficios e cargas.

Na LOUGA, faise mención especial a esta situación no apartado primeiro do artigo 131: *"(...) Cando no polígono existen bens de dominio público obtidos por expropiación anticipada en execución do plan, o aproveitamento urbanístico correspondente á superficie pertenceralle á Administración titular daqueles (...)"*. Obsérvese que a maior diferenza entre ambos preceptos é que no caso galego se reduce a atribuir o dereito a participar en beneficios e cargas, naqueles casos que sexan predios adquiridos por expropiación. Enténdese acertada a previsión da TRLS08 de estender o dereito a aqueles supostos nos que os terreos foron adquiridos por un negocio xurídico oneroso (compravenda, permuta etc...).

No mesmo artigo da lexislación galega (apartado 2) prevese outro suposto polo que a Administración titular dun ben de dominio público pode participar no reparto de beneficios

<sup>7</sup> Apartado final do artigo 108.5 da Lei 9/02, de 30 de decembro: *"(...) No caso de proxectos sectoriais promovidos pola Administración autonómica coa finalidade de crear solo urbanizado con destino a infraestruturas, dotacións ou instalacións, poderán ser executados mediante o sistema de expropiación establecido polos artigos 140 a 149 desta Lei (...)"*.

e cargas como calquera outro propietario. Pártese do suposto xeral que se entenderán substituídas as superficies dos bens de dominio e uso público, cando fosen iguais ou inferiores ás previstas coa nova ordenación. Naquel caso que sexan superiores, a Administración percibirá o exceso (coa natureza de ben de dominio público). Se son inferiores (caso improbable nunha nova ordenación), a Administración participará en beneficios e cargas polo exceso (cun dereito de carácter patrimonial).

En conclusión, son varias as situacións que se poden dar en execución de planeamento e que hai que ter en conta a efectos de facer participar no reparto de beneficios e cargas á Administración titular do solo ou do aproveitamento. Formará parte en todo caso do patrimonio público do solo e estará vinculado ás finalidades que dispoña a norma en función da Administración titular:

- Supostos que unha Administración adquirise (expropiación ou adquisición onerosa) terreos para a implantación dunha infraestrutura de calquera tipo, co polígono ou sector xa delimitado e con anterioridade á execución do plan.
- Supostos nos que unha vez construída a infraestrutura, a nova ordenación prevé menor superficie de terreo destinada á mesma que a existente con anterioridade<sup>8</sup>.

Por outra parte non se pode esquecer que a Lei 15/04, de 29 de decembro, introduciu unha nova redacción ao apartado 5º do artigo 47 da LOUGA: “(...) *o plan xeral cualificará como solo dotacional os terreos que fosen destinados efectivamente a usos docentes funcionais das infraestruturas de transportes e instalacións adscritas á defensa nacional. Pese ao anterior, mediante convenio entre a administración titular do ben, e a consellería competente en materia de urbanismo e ordenación do territorio e o Concello, poderán ser destinados polo plan xeral a outros usos distintos e atribuírlles aos propietarios o 100% do aproveitamento tipo, de conformidade co establecido nesta Lei, coa finalidade de facilitar o financiamento de infraestruturas públicas (...)*”.

Como se observa, existe unha tendencia a desvincular o patrimonio de todas as Administracións Públicas ás tradicionais finalidades que o Patrimonio municipal do solo está suxeito.

Non cómpre desmerecer que a Lei 33/03, de 3 de novembro, de Patrimonio das Administracións Públicas, dese un impulso teórico ao apoio da Administración Estatal á política de vivenda das CCAA e dos propios Concellos: “(...) *En todo caso, a xestión dos bens patrimoniais deberá coadxuvar ao desenvolvemento e execución das distintas políticas públicas en vigor e, en particular, ao da política de vivenda, en coordinación coas Administracións competentes (...)*”. Non obstante, cómpre que se articulen medidas de colaboración económica, administrativa e técnica para dar efectividade a tal precepto.

No caso galego non se afondou en exceso no papel doutras Administracións á hora de lograr finalidades co seu patrimonio similares ás previstas como obrigatorias para os Municipios. O caso é que lonxe de prever un sistema de xestión patrimonial eficaz, a LOUGA mesmo en certas actuacións públicas atribúe á Administración actuante o cen por cento do aproveitamento. Este tipo de medidas minora o patrimonio público e consecuentemente as finalidades e destino propios para os que se constitúe o mesmo.

8 No mesmo sentido formúlase o problema no real decreto 3288/78, de 25 de agosto, de xestión urbanística.



## 4 O patrimonio municipal do solo na Lei do Solo Estatal e na lexislación urbanística galega

No título V do TRLS08 (artigos 36 a 41) “*Función social da propiedade e xestión do solo*”, o capítulo II (artigos 38 e 39) regula varios aspectos dos denominados “*Patrimonios públicos do solo*”, artigos que pretenden a substitución e por tanto derogación dos preceptos básicos do TRLS92 números 276 e 280 (apartado primeiro). Por outra parte, derróganse os artigos 287, 288 e 289 do mesmo texto legal, preceptos que se entendían vixentes en virtude da competencia normativa plena do Estado.

Os artigos 36.3, 38 e 39.1,2 son ditados ao abeiro das competencias reservadas ao lexislador estatal, no artigo 149.1.1º, 13º, 18º e 23º da Constitución, por tanto coa condición de básicos. Por outra parte os apartados 1 e 2 do artigo 36, 37, apartados 2 e 3, apartados 3 e 4 do artigo 38 e 39 son ditados ao abeiro do artigo 149.1.4º, 8º e 18, competencia normativa plena do Estado.

O título polo cal se ditan as normas básicas en materia de patrimonios públicos do solo, son fundamentadas no artigo 149.1.13 (competencia exclusiva do Estado para ditar as bases da planificación xeral da actividade económica). Resulta de interese as relacións Estado-CCAA cando se invoca este título competencial para ditar normas básicas e concorre unha competencia exclusiva autonómica (como é o caso do urbanismo, artigo 148.1.3 CE). En palabras do TC<sup>9</sup> as normas estatais que utilicen este título competencial para ditar normas básicas, deben ter unha inmediata e directa relación coa dirección da economía.

A Exposición de motivos da LS07, trata de analizar os problemas máis importantes que se entende que tivo a lexislación urbanística e pon en cuestión os resultados obtidos.

- *Parte dunha crítica ao tradicional sistema de clasificación do solo que contribuíu historicamente á inflación dos valores do solo, incorporando expectativas de revalorización moito antes de que se realizasen as operacións necesarias para materializar as determinacións urbanísticas dos poderes públicos. Para o caso dos patrimonios públicos do solo púxose en cuestión a xestión que están realizando as Administracións Públicas implicadas, denominándoa como a xestión especulativa dos patrimonios municipais do solo*<sup>10</sup>.
- Excesiva regulación dos dereitos subxectivos do propietario do solo en detrimento doutros tamén constitucionalmente afectados como son o de participación da cidadanía nos asuntos públicos, liberdade de empresa e dereito a un medio ambiente axeitado. Por outra parte, ponse especial interese en dar efectividade formal ao dereito a unha vivenda digna.
- Concepción desenvolvista e expansiva da cidade, con escasa atención ao desenvolvemento sostible.

O VII expositivo dos motivos da LS07 incide na función social da propiedade, tanto da privada como especialmente a pública. Trátase de dotar dun maior rigor ao destino dos Patrimonios públicos do solo ou *ás medidas arbitradas para asegurar que se cumpre ese destino aínda cando se alleen os bens integrantes dos patrimonios públicos do solo*.

<sup>9</sup> 9 STC 213/94, fundamento xurídico número 10.

<sup>10</sup> A denominada desnaturalización dos patrimonios municipais do solo foi denunciada continuamente pola Doutrina. Entre eles, González Pérez e mesmo Salvador Martín Valdívia.

## **Compatibilidade do concepto de patrimonio municipal do solo no TRLS08 e na galega. Orixe do PMS**

Con carácter básico o TRLS08 (artigo 38.1) define como patrimonio público de solo o conxunto de bens, recursos e dereitos que adquire a Administración en virtude do deber de cesión de solo correspondente á porcentaxe de edificabilidade media ponderada da actuación, segundo a lexislación de ordenación territorial e urbanística. No caso galego, o concepto estatal de patrimonio público de solo se vai identificar ao de patrimonio municipal do solo, por canto, na lexislación galega non existe un deber de cesión do aproveitamento á Administración autonómica ou Estatal.

No artigo 176.2 da LOUGA realiza unha enumeración dos bens que integran o patrimonio municipal do solo:

- a) *Bens patrimoniais que resulten clasificados polo plan urbanístico como solo urbanizable ou urbano. – Acóutase a definición de patrimonio municipal do solo aos bens patrimoniais.*

Unha carencia da lexislación autonómica galega con respecto ao do resto de CCAA, é a ausencia de regulación das relacións patrimoniais que se puidesen dar entre Administracións Públicas con bens de dominio público. Estamos mencionando o que se coñece por parte da Doutrina como mutacións demaniais subxectivas ou externas. Ao respecto, a vixente Lei 33/03, de 3 de novembro, de Patrimonio das Administracións Públicas, prevé supostos de mutacións demaniais nunha mesma Administración, pero non se regula as relacións patrimoniais interadministrativas. A carencia de regulación ao respecto, imposibilitaría a realización de tales negocios xurídicos. Os bens das Entidades Locais que teñen a condición de bens de dominio público teñen as tradicionais notas de inalienabilidade, inembargabilidade e imprescritibilidade. Ao estar previsto que o destino destes bens sexa un servizo público doutra Administración, perden a condición de dominio público da Entidade Local, e esta, unicamente se pode perder mediante unha alteración tácita ou expresa da cualificación xurídica do ben. Unha vez desafectado o ben cedido, poderá a Administración titular do ben, afectar ao servizo ou uso público correspondente segundo a normativa propia.

Noutras Comunidades Autónomas existen previsións en tal sentido, como é o caso de Andalucía (Lei 9/99, de 29 de setembro, de Bens das Entidades Locais), Aragón (Lei 7/99, de 9 de abril de Administración local), Cataluña (Decreto 336/88, de 17 de outubro, regulamento de patrimonio das Entidades locais) ou A Rioxa (Lei 1/03, de 3 de marzo, de Administración local). Pese a esta imprevisión legal ou ausencia de normativa ao respecto, non se pode esquecer que os actos de disposición e uso dos bens adquiridos por motivos urbanísticos se regulan por unha normativa específica. En efecto, a vixente LOUGA, non prevé un suposto específico de cesión de terreos destinados a equipamentos públicos dunha Administración a outra. Unicamente, en sede da regulación do patrimonio municipal do solo, se prevé no artigo 177.4 o seguinte: “(...) *Os municipios poderán ceder gratuitamente os bens incluídos no patrimonio municipal do solo, nos supostos previstos na lexislación vixente e cumprindo os requisitos establecidos nela, observando a súa finalidade urbanística con destino a vivenda de promoción pública ou para equipamentos comunitarios, debendo constar en documento público a cesión e compromiso dos adquirentes (...)*”. A redacción da Lei autonómica provén da lexislación sobre xestión do patrimonio



municipal do solo do Texto refundido da Lei do solo e ordenación urbana (artigos 276 e seguintes do real decreto lexislativo 1/92, de 26 de xuño) e o Texto refundido da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana (artigos 89 e seguintes do real decreto 1346/76, de 9 de abril). Neste último texto mesmo formaba parte do patrimonio municipal do solo os terreos destinados a equipamentos comunitarios. Neste feito podemos atopar a orixe e fundamento da ausencia de normativa que regule a cesión de titularidade de terreos de dominio público dunha Administración a outra.

Con carácter supletorio, poderíase acudir ao disposto no artigo 2.2 do Real Decreto-Lei 8/80, de 14 de marzo, sobre creación de solo e axilización da xestión urbanística. En concreto, no citado precepto dispónse o seguinte: “(...) *As Administracións Públicas Urbanísticas poderán transmitirse entre si, a título gratuito, terreos da súa propiedade para a construción de vivendas de protección oficial, creación de solo para a súa oferta coa devandita finalidade ou instalación de equipamentos comunitarios (...)*”. Unha interpretación teleolóxica e actual da normativa vixente (mesmo con carácter supletorio), leva consigo que se poida considerar como posible a cesión gratuita da titularidade de terreos destinados a equipamentos comunitarios para o exercicio de competencias que son propias da Administración cesionaria.

En conclusión, entendemos que o problema non está resolto en Galicia e polo tanto precísase con urxencia unha regulación que normalice as relacións patrimoniais interadministrativas entre as diversas Administracións Públicas. Quizais nas tantas veces pretendida reforma da Lei de administración local de Galicia, estea a solución.

Por outra parte, cando o TRLS08 define o PMS, alude en xeral a *bens, recursos ou dereitos, sen prexuízo dos demais que determine a lexislación sobre ordenación do territorio e urbanística*. Na LOUGA (artigo 176) ampliáanse os bens aos que hai que considerar como incluídos dentro do concepto de PMS. En concreto, de interese é que a lexislación galega inclúe non só propiamente solo, senón mesmo edificacións. Tense discutido se as edificacións poden servir ás finalidades e destino previsto no PMS. O caso é que se trata dun PMS no que se puidese entender que se completou o proceso de transformación<sup>11</sup>. O mesmo, por exemplo se se tratase de vivendas, poden servir ás finalidades do PMS (por exemplo, outorgando aos propietarios afectados por operacións urbanísticas o dereito de realoxo) ou ben o seu alleamento permitiría destinar os recursos obtidos a conservar/ampliar este patrimonio separado.

Citouse con anterioridade que a LOUGA, prevé que forman parte do PMS os bens patrimoniais que resultasen clasificados como urbanos ou urbanizables. Por iso, dada a nova denominación das situacións urbanísticas nas que se atopa o solo, cómpre tratar de realizar unha básica equivalencia ao obxecto de analizar que bens van pasar a integrar o PMS en Galicia.

O TRLS08, destaca especialmente por rexeitar a tradicional clasificación do solo en urbano, urbanizable e non urbanizable (ou as clases equivalentes das CCAA, artigo 7 da Lei 6/98, de 13 de abril).

11 Fernando Rodrigo Moreno, entende que a única xustificación da integración nos PMS de edificios, é a obtención de recursos necesarios para a conservación e ampliación do mesmo. Sobre o tema, cómpre consultar o artigo: “*Tres problemas urbanísticos: integración de los edificios en el PMS, destino de los bienes integrantes de este patrimonio y extensión subjetiva de la carga real en el sistema de compensación*”. El Consultor, nº6 de 30.03.2000.



O artigo 12 do TRLS08 regula dúas situacións básicas do solo, o rural e o solo urbanizado. O solo urbanizado é definido (12.3 TRLS08) como o solo que xa foi transformado pola execución urbanística e aparece cunha urbanización integrado nun núcleo de poboación, contando con todos os servizos e dotacións urbanísticas. Corresponde á lexislación autonómica a definición de que solo se atopa integrado de forma legal e efectiva na rede de dotacións e servizos propios dos núcleos de poboación.

O solo urbanizado, malia a súa concepción estática, pode estar sometido a actuacións que leven consigo a modificación da súa posición, sen que varíe a súa situación básica. En concreto, o solo urbanizado pode estar sometido a:

- \_ Actuacións de urbanización que teñan por obxecto reformar ou renovar a urbanización (artigos 14.1.a TRLS08).
- \_ Actuacións de dotación.

Son dereitos do propietario de solo que se atopa en situación de urbanizado, o de edificar nos prazos establecidos na normativa aplicable (artigo 9.1 do TRLS08). No caso que se atope en situación de urbanizado, pero incluído nunha actuación de urbanización/reforma-renovación, as obrigas dos propietarios incrementáanse e equipáranse ás actuacións de transformación urbanística (artigo 16 do TRLS08).

Todo aquel solo que non se atope nunha situación de urbanizado, é rural. Esta aparente concepción residual do solo en situación rural, precisa para maior fundamento ser clasificado en tres supostos:

- a) Solo rural preservado pola ordenación territorial e urbanística da súa transformación mediante a urbanización. Inclúe os terreos excluídos pola lexislación de protección ou policía do dominio público, da natureza, do patrimonio cultural ou aqueles que deben protexerse en virtude de situacións que deben quedar acreditados no plan. Trátase do solo descrito no punto 2º, letra a do artigo 12 do TRLS08.
- b) Solo que por plan urbanístico ou instrumento de ordenación do territorio, permitan o seu paso á situación de urbanizado mediante a tramitación e execución da correspondente actuación de transformación/nova urbanización (punto 2º, letra b do artigo 12 do TRLS08).

As maiores dúbidas que nos atopamos á hora de abordar unha equivalencia situación/clasificación entre lexislación autonómica e estatal básica, é se debemos entender o solo urbano non consolidado da LOUGA que se atope incluído nunha actuación de transformación/nova urbanización, como en situación de urbanizado ou rural.

Non podemos esquecer que a LOUGA, diferencia varias clases de solo urbano non consolidado (artigo 12.b):

- a) Terreos onde é necesario un proceso de urbanización.
- b) Terreos que precisan dun proceso de reforma ou renovación urbana.
- c) Terreos que se clasifican como solo urbano non consolidado porque se considera necesario a obtención de dotacións urbanísticas con distribución equitativa de beneficios e cargas.
- d) Terreos en que o plan prevé unha ordenación substancialmente diferente da realmente existente.
- e) Áreas de recente urbanización xurdidas á marxe do plan.





Resulta evidente a equivalencia solo urbano non consolidado e situación de urbanizado, dos terreos descritos nas letras b (incluído nunha actuación de transformación/renovación ou reforma interior) e c (incluído nunha actuación de dotación).

Non obstante, existe un alto grao de incerteza á hora de facer unha equivalencia do solo urbano non consolidado que precisa dunha actuación de transformación/nova urbanización e as situacións do solo reguladas polo TRLS08.

Corresponde ao lexislador autonómico, o exercicio da competencia normativa de desenvolvemento da básica estatal. Nela, débese definir con exactitude e detalle que se entende por "integrado de forma legal e efectiva na rede de dotacións e servizos propios dos núcleos de poboación".

b) *Os terreos e as edificacións ou construcións obtidas en virtude das cesións correspondentes á participación da administración no aproveitamento urbanístico, así como as adquisicións de bens e diñeiro obtidos con ocasión da xestión urbanística.- Se un tema tivo transcendencia e sufriu variacións nas diversas lexislacións que sucederon á Lei de 12 de maio do 56, isto foi a porcentaxe que a Administración percibe pola participación no aproveitamento urbanístico. Na derogada Lei 6/98, de 13 de abril, de réxime do solo e valoracións (artigo 14.2, para solo urbano non consolidado e 18.1 para o solo urbanizable), previa como unha obriga dos propietarios de solo urbano non consolidado e urbanizable a seguinte: "(...) ceder obrigatoria e gratuitamente á Administración actuante o solo correspondente ao 10 por cento do aproveitamento do sector ou ámbito correspondente; esta porcentaxe, que ten carácter máximo, poderá ser reducido pola lexislación urbanística. Así mesmo, esta lexislación poderá reducir a participación da Administración actuante en cargas de urbanización que correspondan ao devandito solo (...)". Este precepto ten o carácter de básico.*

A LOUGA, no seu artigo 20.c dispón o seguinte para solo urbano non consolidado: "(...) Ceder obrigatoria, gratuitamente e sen cargas o solo correspondente ao aproveitamento urbanístico do Concello, por exceder do susceptible de apropiación privada, nos termos establecidos polo apartado b do artigo 18 desta Lei. A Administración actuante non terá que contribuír aos custos de urbanización dos terreos nos que se localice este aproveitamento, que deberán ser asumidos polos propietarios (...)".

A remisión que se fai ao apartado segundo do artigo 18 ten unha serie de peculiaridades. No mesmo, establécese a regra xeral de que o aproveitamento dos terreos incluídos na categoría de solo urbano non consolidado será o correspondente de referir á súa superficie o 90% do aproveitamento tipo da área de reparto correspondente. Pola modificación operada pola Lei 15/04, de 29 de decembro, prevese a peculiar posibilidade de que os propietarios patrimonialicen o 100% do aproveitamento urbanístico. Son dous supostos:

- a) Polígonos que teñan cargas especialmente onerosas relativas á rehabilitación integral ou restauración de bens inmoables de interese cultural ou edificios catalogados.
- b) Polígonos para os que o novo plan non prevé un incremento da superficie edificable respecto da preexistente licitamente realizada nin incorpora novos usos que xeren plusvalías.

Por outra parte<sup>12</sup>, a Administración percibirá o exceso de aproveitamento obxectivo/ real/materializable sobre o subxectivo/apropiable/patrimonializable. Se ben formará parte no PMS este exceso, ten a finalidade específica de que necesariamente deben ir destinados a compensar aos propietarios con aproveitamento obxectivo/real/materializable inferior ao subxectivo/apropiable/patrimonializable. Do resultado de tal compensación, no caso que exista aproveitamento excedentario, deberá destinarse ás finalidades propias do PMS.

Para o solo urbanizable a situación é similar con pequenos matices. En concreto o apartado c do artigo 21 da LOUGA, establece: *"(...) cederlle obrigatoria, gratuitamente e libre de cargas á Administración municipal o solo correspondente ao 10% do aproveitamento tipo da área de reparto. A Administración actuante non terá que contribuir aos custos de urbanización dos terreos nos que se localice este aproveitamento, que deberán ser asumidos polos propietarios (...)"*. Aparentemente non existen excepcións á regra xeral de que se patrimonialice o 90% do aproveitamento, non obstante, ao longo da LOUGA atopámonos certos supostos que excepcionan este réxime:

- a) Terreos que fosen destinados a usos docentes, sanitarios públicos, elementos funcionais das infraestruturas de transportes e instalacións adscritas á defensa nacional, que por un convenio do plan poidan atribuírlles aos propietarios o 100% do aproveitamento, ao obxecto de financiar infraestruturas (artigo 47.5 LOUGA).
- b) Actuacións doutras Administracións Públicas con destino exclusivo á construción de vivendas de promoción pública ou de equipamentos públicos ou á creación de solo para facilitar a implantación de industrias e outras actividades económicas. A totalidade do aproveitamento é atribuído á Administración Pública actuante (artigo 108.4 da LOUGA).
- c) Asentamentos xurdidos á marxe do plan, non integrados na malla urbana nin reúnan as características de solo de núcleo rural tradicional. A disposición transitoria décima permite que o plan reduza motivadamente as reservas de solo para dotacións públicas ou para vivenda de protección, atribuíndo aos propietarios o 100% do aproveitamento. Este aspecto foi modificado pola Lei 2/2010, de 25 de marzo, ao atribuír o 90% do aproveitamento susceptible de apropiación aos propietarios do ámbito.
- d) Actuacións integradas en solo de núcleo rural cabía a posibilidade de que os propietarios patrimonializaran o 100% do aproveitamento. Agora tras a recente reforma da LOUGA, axústase ao 90%.

O TRLS08 afecta ao réxime que se expuxo con anterioridade. O artigo 16 prevé un sistema de cesións para as actuacións de transformación. En relación coa normativa vixente, enténdese que introduce as seguintes matizacións:

- Prevese como regra xeral a cesión de solo, tamén libre de cargas como na CCAA de Galicia, pero da correspondente porcentaxe da edificabilidade media ponderada. Con anterioridade falábase de cesión de aproveitamento e o mesmo se medía polas técnicas que as CCAA determinasen. No noso caso, polo denominado aproveitamento tipo, regulado nos artigos 113 e 114 da Lei 9/02.
- Permítese que o deber de cesión se vincule a un ámbito superior de referencia superior ao de urbanización. Enténdese que esta situación permite que no caso de Galicia se poida establecer obrigas de cesión de forma global para unha ou máis

<sup>12</sup> Artigo 129 e 130 da Lei 9/02, de 30 de decembro.



áreas de reparto. Actualmente, se o deber de cesión vén referido ao aproveitamento tipo e este é un concepto vinculado e característico da área de reparto, coa nova redacción da Lei estatal, permítese prever polo plan que exista un deber de cesión único para unha superficie maior ao previsto actualmente.

- Nas actuacións de dotación (definidas no apartado b do artigo 14), o deber de cesión será referido unicamente ao incremento da edificabilidade dos terreos incluídos na actuación. Na lexislación vixente da Comunidade Autónoma de Galicia, elimínarase toda posibilidade de realizar operacións de equidistribución en solo urbano consolidado<sup>13</sup>. En canto ao réxime transitorio dos deberes previstos para as actuacións de dotación, estarase ao disposto na disposición transitoria segunda do TRLS08. Durante un ano desde a súa entrada en vigor, unicamente quedaron vinculados aos deberes previstos no artigo 16 naquel caso que se vaian realizar cambios na ordenación (cuxo procedemento de aprobación se inicie con posterioridade a 1.07.07). Unha vez transcorrido un ano, para todas as actuacións de dotación no caso de que a lexislación autonómica non estea adaptada, serán de aplicación directa as previsións do artigo 16, coas seguintes salvidades:
  - O instrumento de ordenación deberá calcular o valor total das cargas imputables á actuación que corresponde a cada novo metro cadrado de teito ou cada nova vivenda.
  - Prevese a substitución dos deberes de cesión polo seu equivalente en metálico.
  - Difírese o deber de cesión ao da concesión de licenza que permita a materialización da maior edificabilidade ou o inicio do uso atribuído pola ordenación. Dado que estamos nun solo en situación de urbanizado, non existe posibilidade de realizar un instrumento de equidistribución, non obstante, no caso de que exista máis dun propietario vai ser necesario un instrumento similar.
- En canto á porcentaxe de participación da Administración na denominada edificabilidade media ponderada da actuación, régúlase do 5% ao 15%. Prevese que a lexislación sobre ordenación urbanística e de ordenación do territorio, xustifique en supostos debidamente motivados e aplicando o principio de proporcionalidade, o incremento da porcentaxe ata o 20%. O concepto básico para prever a concreta porcentaxe de cesión, é o do valor das parcelas resultantes e a súa comparación coas restantes da mesma categoría de solo. A lexislación urbanística e do territorio, deberá prever supostos que permitan ser utilizados polo planificador en orde a apreciar cando se dan as circunstancias que poden incrementar ou reducir o deber de cesión.

O certo é que o artigo 16.b esixe que o deber de cesión vaia destinado a formar parte do patrimonio público da Administración actuante, pero non determina exactamente cal é ela. Como se fixo alusión con anterioridade prevese a constitución dun patrimonio de solo da Administración autonómica, en colaboración cos Municipios coa dobre finalidade de atender a demanda de vivenda de protección pública e de solo para o desenvolvemento de actividades empresariais (artigo 174.2 LOUGA). Ata a data non existe acto de constitución deste patrimonio autonómico.

<sup>13</sup> Apartado 2º do artigo 111 da Lei 9/02, de 30 de decembro: "(...) En solo urbano consolidado os plans xerais non poderán definir áreas de reparto nin ningún outro instrumento ou técnica de reparto de cargas e beneficios, sen prexuízo do contido dos dereitos e obrigas dos propietarios desta clase de solo recollidos no artigo 19 desta Lei (...)". Neste tipo de solo só se permite a realización de actuacións de reorganización da propiedade en solo urbano consolidado, máis coñecidas como operacións de normalización de predios, reguladas no artigo 122 da Lei 9/02, de 30 de decembro e 117 e seguintes do real decreto 3288/78, de 25 de agosto.

Outro tema é o que vai afectar a entrada en vigor do texto normativo que se está tramitando aos plans en vigor. Como sabemos, son a maioría os Municipios galegos que non teñen adaptado á normativa vixente. Por iso para coñecer cal vai ser o deber de cesión, realizamos a seguinte diferenciación:

- *Municipios con plan aprobado cando estaba vixente o Texto refundido da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana de 9 de abril do 76.*- O artigo 84.3.b da citada norma, previa como un deber legal dos propietarios de solo urbanizable programado o de ceder o 10% do aproveitamento medio do sector no que se atope a finca. Realizando unha visión demasiado simple do tema, á entrada en vigor deste tipo de plans, deberán ceder o 10%, tendo en conta a disposición transitoria primeira, letra d) da Lei 9/02, que equipara este tipo de solo ao solo urbanizable non delimitado. Para aqueles polígonos que se delimiten en solo urbano, tendo en conta a lexislación autonómica vixente (disposición transitoria primeira, letra c), deberá preverse que sexa o 10% de cesión obrigatoria, non obstante, se se dan as circunstancias do 18.b da LOUGA, este poderase reducir.
  - *Municipios con plan axustado á Lei 11/85 de adaptación da Lei do Solo de Galicia e ao Texto refundido da Lei do réxime do solo e ordenación urbana de 26 de xuño do 92.*- O artigo 25 do texto estatal previa que os propietarios tiñan a posibilidade de patrimonializar o 85% do aproveitamento tipo da área de reparto en que se atope. Así mesmo o artigo 20, fixaba como deber legal para a adquisición gradual de facultades o de ceder o terreo onde se localice o aproveitamento correspondente aos Concellos por exceder do susceptible de apropiación privada (artigo 20). En consecuencia, salvo que o plan se adapte e xustifique menor porcentaxe de participación, podería manterse que é o 15%, non obstante, apréciase un conflito normativo entre a disposición estatal, a autonómica e o propio plan. En todo caso, cando exista unha lei de adaptación autonómica, o problema quedará resolto.
  - *Municipios con plan adaptado á Lei 6/98, de 13 de abril, de réxime do solo e valoracións e á Lei 1/97, de 24 de marzo, do solo de Galicia.*- Os artigos 14.2 e 18.4 da Lei 6/98, de 13 de abril, do réxime do solo e valoracións establecen como deber de cesión o 10% do aproveitamento do correspondente ámbito, sen que a Lei 1/97 altere tal obriga. En consecuencia, á entrada en vigor da nova lexislación estatal, fixarase como deber de cesión o 10%, sen prexuízo que para a equivalencia de solo coa Lei 9/02 se deba acudir á disposición transitoria primeira da Lei 9/02.
  - *Municipios con plan adaptado á Lei 9/02, de 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural.*- Salvo as excepcións aludidas con anterioridade, a regra xeral é que os propietarios de solo urbanizable (delimitado e non delimitado) e urbano non consolidado, poidan patrimonializar o 90% do aproveitamento urbanístico, o que é o mesmo, deben ceder obrigatoriamente o 10%. Os Municipios nesta situación, enténdese que non verán afectados os seus plans.
- c) *Os terreos e as edificacións ou construcións, adquiridos en virtude de calquera título e en especial mediante expropiación, pola administración titular co fin da súa incorporación ao correspondente patrimonio do solo e os que o sexan como consecuencia do exercicio dos dereitos de tanteo e retracto previstos na Lei.*- Trátase dun conxunto de bens inmobiliarios (incluídos necesariamente no epígrafe 1 do inventario de bens) que teñen distinta natureza e función. Tense que diferenciar o solo ou edificacións incluídas en plans que non permitan a súa conservación, do produto



final dos actos de xestión inmobiliaria. Loxicamente non son as mesmas, as finalidades do solo e as dunha vivenda de protección que sexa propietario o Concello. Baixo este epígrafe, o Concello pode ter no inventario separado de bens do PMS, inmobles adquiridos por expropiación, adquisición directa, permuta, doazóns, adquiridos por convenio, prescrición etc... Realiza unha especial mención aos terreos adquiridos tras o exercicio do dereito de tanteo e retracto. Os terreos obtidos por ocupación directa ou permuta forzosa (artigos 168 e 169 da LOUGA) non formarán parte do PMS dado que só se pode utilizar este mecanismo para a obtención de dotacións locais ou sistemas xerais.

- d) *Cesións en especie ou en metálico derivadas dos deberes ou obrigas, legais ou voluntarias, asumidas en convenios, concursos públicos ou plasmadas en instrumentos de xestión urbanística.* - Dentro deste apartado danse un conxunto de cuestións que cómpre analizar. Trátase dun tema altamente controvertido e de tratamento dispar polos diferentes Municipios galegos. Para unha mellor análise, dividimos a materia, naquelas cesións en especie ou en metálico que son froito do cumprimento dun precepto legal daqueles que se asumen voluntariamente por unha estipulación plasmada nun convenio urbanístico, concurso ou en instrumentos de xestión urbanística.

*-Bens, recursos ou dereitos derivados do cumprimento de deberes legais.* - Sen dúbida, en primeiro lugar estamos facendo referencia á figura das monetizacións ou ás permutas de aproveitamento urbanístico por un terreo ou ben non ubicado no ámbito. Con respecto a este último negocio xurídico cómpre mencionar que se trataría dunha permuta e que a LOUGA (artigo 177.2) esixía que se realizase por concurso. Certamente non formula máis problema que a tramitación dun expediente no que necesariamente se deberá valorar o aproveitamento que lle corresponde legalmente ao Concello tras a realización dunha actuación de urbanización e o ben polo que se pretende permutar. Así mesmo débense dar as condicións previstas no artigo 112.2 do real decreto 1372/86, de 13 de xuño, de bens das Corporacións locais, é dicir, que conste no expediente a necesidade de efectiva e que a diferenza entre os bens a permutar non sexa superior nun 40% do que o teña maior.

Maior análise débese dar á substitución do deber de cesión de aproveitamento urbanístico polo seu equivalente económico ou máis coñecidas como monetizacións. De partida, debemos ter en conta que a aprobación do proxecto de equidistribución supón a transmisión, en pleno dominio e libre de cargas, de todos os terreos de cesión obrigatoria para a súa incorporación ao patrimonio municipal do solo. Tanto o Texto refundido da Lei do Solo de 1976 como o do 92 (artigo 276.2<sup>14</sup>), permitían a súa substitución en especie ou metálico. Así mesmo na LOUGA, aludíase a esta posibilidade no propio artigo 176.d (ademais do 22.d e 177.2) e en sede de convenios de xestión (artigo 236)<sup>15</sup>. O que realmente estaba previsto que fose unha mera posibilidade convertérase na regra xeral na xestión de todo tipo de polígonos.

Como sabemos os alleamentos de bens integrantes no PMS, deben realizarse conforme aos procedementos previstos na lexislación en materia de bens e contratos das Administracións Públicas. No caso de Galicia, a Lei 15/04, de 29 de decembro, de modificación da Lei 9/02, de 30 de decembro, predeterminou o procedemento aberto e a forma concurso como a axeitada para o alleamento dos bens integrantes no PMS.

<sup>14</sup> Vixente con carácter básico.

<sup>15</sup> Artigo 236.2 da Lei 9/02, de 30 de decembro: "(...) Os convenios nos que se acorden os termos do cumprimento do deber legal de cesión pola súa substitución polo pagamento de cantidade en metálico deberán incluír, como anexo, a valoración pertinente, practicada polos servizos administrativos que teñan atribuída tal función, con carácter xeral ante a correspondente Administración (...)".

A redacción anterior á Lei 2/2010 da LOUGA era a seguinte: “(...) O alleamento ou permuta dos bens do PMS da Administración Autonómica ou local realizarase por prezo non inferior ao do seu aproveitamento urbanístico, mediante concurso público por procedemento aberto, na forma establecida na lexislación de contratos das Administracións Públicas (...)”.

No mesmo artigo fixébase un certo contido mínimo ao prego de condicións tendente a regular os prazos máximos de edificación, prezos finais de venda, condicións que impidan posteriores transmisións de terreos por prezo superior ao de adquisición, índices de referencia ou actualización dos prezos, etc... Unicamente se permitía acudir ao alleamento directo naquel caso que o concurso quede deserto e sempre sometido ás mesmas condicións.

A introdución neste apartado do artigo 177 da LOUGA, supuxo unha quebra no quefacer da xestión urbanística en Galicia. Son moitos os Concellos que asumiron tal previsión, non obstante, é certo que existen algúns que trataron de eludir a norma con teorías que ao entender do que escribe o presente traballo, carecen de fundamento legal e que realmente non serven ao interese público que debe residir a xestión do PMS. O certo é que a reforma que se quixo dar á xestión do PMS foi incompleta, dado que era a todas luces incongruente a previsión do 177.2 e o mantemento do suposto de convenio de xestión de monetarización do artigo 236 e 176.2.d.

O procedemento de alleamento directo ou negociado pasou a un segundo plano e unicamente era aceptable nos seguintes supostos:

- Caso de que o concurso de alleamento de PMS quede deserto e nas mesmas condicións que no primeiro expediente de licitación (artigo 177.2 final da Lei 9/02).
- Alleamentos de sobrantes (artigo 7.2 do real decreto 1372/86, de 13 de xuño).
- Cesión gratuita de PMS ou por prezo inferior ao de mercado para a construción de vivendas de promoción pública ou para equipamentos comunitarios<sup>16</sup>.
- Para a ocupación directa ou permuta forzosa de terreos destinados a obtención de dotacións locais ou sistemas xerais (artigo 168 e seguintes da Lei 9/02, de 30 de decembro).

A consecuencia de allear PMS sen observar o procedemento legalmente establecido, é a nulidade do convenio ou acordo polo cal se monetariza sen previa licitación. Significativa é a Sentenza do Tribunal Supremo de 31.10.01 polo cal se declara nulo un convenio polo que se acordaba a substitución en metálico do aproveitamento dun Concello da Rioxa polo seu equivalente en metálico, dado que se realizaba á marxe do procedemento legalmente establecido (neste caso, poxa).

Como ben di Jose Antonio López Pellicer<sup>17</sup>, os supostos previstos na norma para a substitución en metálico por convenio (artigo 236.2 LOUGA) a superficie que lle corresponde ao Concello en concepto de participación no aproveitamento urbanístico, hase de reducir aos supostos de alleamento directo previstos e enumerados con anterioridade.

16 Artigo 177.4 da Lei 9/02, de 30 de decembro: “(...) Os municipios poderán ceder gratuitamente os bens incluídos no patrimonio municipal do solo, nos supostos previstos na lexislación vixente e cumprindo os requisitos establecidos nela, observando a súa finalidade urbanística con destino á vivenda de promoción pública ou para equipamentos comunitarios, debendo constar en documento público a cesión e o compromiso dos adquirentes (...)”.

17 “El deber de cesión de aprovechamiento urbanístico al Municipio y su sustitución por el equivalente en metálico”, Revista de Práctica Urbanística, Número 54, 2006.



Para nada debe variar tal esixencia para o caso que o Concello pretenda o alleamento dun ben futuro, non materializado nin incorporado ao PMS pola aprobación do correspondente proxecto de equidistribución. Trataríase dun alleamento de cousa futura, perfectamente posible, pero tamén sometida ás mesmas regras de procedemento que as previstas para o suposto que se tratara dun ben xa incorporado ao patrimonio da Entidade Local.

Coa nova redacción dada pola LOUGA realizada pola Lei 2/2010, de 25 de marzo, a situación volveu á súa orixe. En efecto, o artigo 177 diferencia os supostos de alleamento do solo para destinalo á construción de vivendas de protección e aqueloutro que non vai destinado ás finalidades propias do PMS. Elúdese a referencia á forma de adjudicación e remítese por primeira vez (en concordancia co disposto na Lei de Contratos do Sector Público) ás normas reguladoras da xestión do patrimonio das Administracións Públicas.

Por outra parte, dáse de novo a posibilidade de monetarizar aproveitamentos previstos nun proxecto de equidistribución. Non será posible naquel caso que exista a posibilidade de ceder solo destinado á construción de vivenda de protección, tanto pública como privada (nova redacción do artigo 236.2 LOUGA).

e) *Bens, recursos ou dereitos derivados do cumprimento de actos voluntarios instrumentados ou non por convenio.- Realmente é unha das cuestións que maior calado vai ter unha vez que entre en vigor a nova Lei do Solo. En primeiro lugar, é destacable o apartado primeiro do artigo 3º que proclama que a ordenación do territorio e a urbanística son funcións públicas non susceptibles de transacción<sup>18</sup>. O apartado 3º do artigo 16, dispón o seguinte: "(...) os convenios ou negocios xurídicos que o promotor da actuación celebre coa Administración correspondente, non poderán establecer obrigas ou prestacións adicionais nin máis gravosas que as que procedan legalmente de acordo co disposto neste artigo, en prexuízo dos propietarios afectados. A cláusula que contraveña estas regras será nula de pleno dereito (...)"*

Con este precepto puidese parecer que perde abeiro legal numerosas fórmulas de financiamento local que actualmente se están instrumentando por convenios ao longo de toda a xeografía española. A propia Lei 9/02 queda afectada, dado que co actual texto non se prohiben expresamente estas prácticas, ao contrario, prevese que o importe derivado de tales acordos formen parte do denominado patrimonio municipal do solo.

O certo é que se trata dunha reacción ao denunciado "acoso inmobiliario" que están sufrindo certos propietarios naquelas CCAA que opera o denominado "axente urbanizador". O problema de partida é limitar as posibilidades dun promotor/propietario convenie ou concerta co Concello obrigas superiores ás legais e que as mesmas teñan que ser asumidas por todos os propietarios, aínda que non participasen no acto transaccional. O alcance da limitación que se queira dar ao artigo 3 e ao apartado 3º do artigo 16, é toda unha incógnita.

Con esta redacción o obxecto dos convenios regulados na nosa Comunidade Autónoma nos artigos 233 e seguintes da LOUGA, puidera verse altamente reducidos. Por tanto, estí-mase preciso que a lexislación autonómica defina os deberes que legalmente son esixibles aos propietarios de solo en situación rural para que puidesen alcanzar por medio dunha actuación de urbanización a condición de urbanizado. Tampouco é banal coñecer cal é o

<sup>18</sup> Reprodúcese literalmente a limitación á terminación convencional de procedementos administrativos, previsto no artigo 88 da Lei 30/92, de 26 de novembro, de réxime xurídico das Administracións Públicas e procedemento administrativo común.



alcance real da previsión do TRLS08 nos plans aprobados ou en tramitación con convenios cuxo contido xa está incorporado nas súas determinacións.

*e) Os ingresos obtidos mediante alleamento de terreos nos patrimonios públicos do solo.*- O TRLS08 introduce algunha novidade que é de indubidable interese á hora de proceder ao alleamento de solo integrante no PMS. En primeiro lugar, o artigo 39.2 con carácter básico establece como límite do tipo de licitación do solo destinado á construción dalgún tipo de vivenda de protección, o valor máximo de repercusión do solo sobre o tipo de vivenda de que se trate. Enténdese que esta previsión é acertada, por canto se logra con ela a articulación máis eficaz dunha política de vivenda. Por tanto, o apartado segundo do artigo 177 viuse afectado directamente, dado que o mesmo esixe que cada acto de disposición de solo non podía ser por prezo inferior ao do seu aproveitamento urbanístico. Isto provocaba que en determinados Municipios nos que a marxe de diferenza entre o prezo do solo destinado a mercado libre e os valores máximos de repercusión de solo para vivenda protexida, eran moi altos, aplicando a lei en sentido literal, non podían aplicarse a vivenda suxeita a algún réxime de protección. Tal incompatibilidade implicou a necesidade de reformular o contido do artigo 177 pola Lei 6/2008 e Lei 2/2010, ambas as dúas definidas como de carácter urxente.

O Estado con competencia normativa plena, amosa certa preocupación pola inscrición no Rexistro da Propiedade, das limitacións, obrigas, prazos ou condicións de destino das fincas integrantes no patrimonio público de solo. Sen prexuízo das que se puidesen articular no prego de cláusulas, a propia LOUGA, prevé un contido mínimo:

- \_ Prezos finais máximos de venda e, se é o caso, de urbanización.
- \_ Prezos finais máximos de venda de aluguer de futuras edificacións.
- \_ Condicións que impidan ulteriores alleamentos por prezo superior ao de adquisición.
- \_ Índices de referencia para a actualización dos prezos sinalados con anterioridade.

O certo é que o alleamento de solo integrado no PMS leva implícita para o adquirente o cumprimento de certas condicións que derivan da finalidade pública da xestión do PMS. Por iso, para o caso de alleamento de solo con destino residencial, é posible entender que máis que un contrato de natureza patrimonial (artigo 5.1.p da Lei de Contratos do Sector Público) e administrativo de natureza especial.

## 5 O destino do PMS tanto na lexislación autonómica galega como na lei estatal. Aplicación do PMS

A Sentenza de marzo do Constitucional polo que anulou a maior parte do Texto refundido da Lei do solo e ordenación urbana de 1992, mantivo o apartado primeiro do artigo 280 (vixente en virtude da disposición derogatoria única da Lei 6/98, de 13 de abril, de réxime do solo e valoracións), aludindo ao seu carácter básico: "(...) *Os bens do Patrimonio Municipal do Solo, unha vez incorporados ao proceso de urbanización e edificación, deberán ser destinados á construción de vivendas suxeitas a algún réxime de protección pública ou a outros usos de interese social, de acordo co plan urbanístico (...)*".

A lexislación autonómica desenvolve profundamente as finalidades do PMS, no artigo 177.1 da Lei 9/02, de 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio





rural de Galicia. Cómpre analizar individualizadamente cada un dos posibles fins do PMS e a súa confrontación coa lexislación estatal en tramitación.

## 5.1 Construción de vivendas sueitas a algún réxime de protección

Foron certos Plans Xerais dos anos 80 e 90 os primeiros instrumentos normativos que prevían a reserva de solo destinado á construción de vivenda de protección. A devandita determinación non tiña ningún tipo de fundamento legal que as amparase e foron obxecto de anulación polas STS de 1.06.87, 16.10.90 e 8.07.92.

O Texto refundido da Lei do solo do ano 92 estableceu a posibilidade de que os Plans xerais reservasen solo para a construción de vivenda de protección.

Con posterioridade, CCAA como a Navarra ou Madrileña foron pioneiras á hora de fixar unha porcentaxe mínima de reserva e na actualidade a totalidade das CCAA, en maior ou menor medida, prevén un solo mínimo destinado á construción de vivenda de protección.

O título competencial polo cal o TRLS08 establece un mínimo de solo destinado a reserva de vivenda protexida, non son outros que o artigo 149.1.1º (Competencia exclusiva para a regulación das condicións básicas que garantan a igualdade de trato de todos os españois no exercicio dos dereitos e no cumprimento dos deberes constitucionais), 13º (planificación xeral da actividade económica) e o artigo 47 do texto constitucional (Todos os españois teñen dereito a desfrutar dunha vivenda digna e axeitada).

A vontade do novo texto legal en orde a dar efectividade ao dereito a unha vivenda digna é evidente. Póñase por exemplo o artigo 2.3 do TRLS08 polo cal se proclama que todo o solo destinado a uso residencial está ao servizo da efectividade do dereito a desfrutar dunha vivenda digna e axeitada. Como dereito do cidadán e en desenvolvemento do artigo 47 da Constitución española, o apartado a) do artigo 4º regula o contido de tal dereito da seguinte forma: *“(...) Desfrutar dunha vivenda digna, axeitada e accesible, concebida de acordo co principio de deseño para todas as persoas, que constitúa o seu domicilio libre de ruído ou outras inmisións contaminantes de calquera tipo que superen os límites máximos admitidos pola lexislación aplicable e nun medio ambiente axeitado (...)”*.

Non cabe dúbida que o apartado b, do artigo 10º establece un cúmulo de mandatos á lexislación das CCAA e aos propios instrumentos de ordenación, para o cal se define como un criterio básico de utilización do solo: *“(...) Destinar o solo axeitado e suficiente para usos produtivos e para uso residencial, con reserva en todo caso dunha parte proporcionada a vivenda suxeita a un réxime de protección pública que, polo menos, permita establecer o seu prezo máximo en venda ou aluguer ou outras formas de acceso á vivenda, como o dereito de superficie ou a concesión administrativa. Esta reserva será determinada pola lexislación sobre ordenación territorial e urbanística ou, de conformidade con ela, polos instrumentos de ordenación e, como mínimo, comprenderá os terreos necesarios para realizar o 30 por cento da edificabilidade residencial prevista pola ordenación urbanística no solo que vaia ser incluído en actuacións de urbanización. Non obstante, a devandita lexislación poderá tamén fixar ou permitir excepcionalmente unha reserva inferior para determinados Municipios ou para certas actuacións, sempre que, cando se trate de actuacións de nova urbanización, se garanta no instrumento de ordenación o cumprimento íntegro da reserva dentro do seu ámbito territorial de aplica-*

*ción e unha distribución da súa localización respectuosa co principio de cohesión social (...)*". A Disposición transitoria primeira da LS07 establecía un mandato á lexislación das CCAA para que adaptasen a súa normativa ao precepto contido no punto b, do artigo 10. En caso contrario, transcorrido un ano, sería directamente aplicable a reserva de solo destinado a vivenda protexida.

Tras un longo proceso de tramitación, aprobouse a Lei 6/2008, de 19 de xuño, de medidas urxentes en materia de vivenda e solo (LMU08). Como se puxo de manifesto en todas as CCAA, a aprobación da LS07 derivou nunha análise e estudo da necesidade de adaptación da lexislación de cada unha das CCAA. Desta forma (entre outras), a CCAA de Madrid, Cataluña, Aragón, Castela e León modificaron os seus textos legais ou simplemente ditaron instrucións interpretativas. No caso de Galicia, unicamente se abordou a necesidade de alterar a porcentaxe de solo destinado a solo para construír vivenda de protección. A reforma da LOUGA neste aspecto abordárase de forma independente á elaboración e procedemento de aprobación parlamentario da LS07. Tal feito é corroborado de forma simple, analizando o preámbulo da LMU08, no que non se atopa ningunha referencia ao mandato estatal de reserva de solo coa condición aludida.

Integrando ambos os dous textos normativos, en Galicia existe a seguinte reserva de solo para vivenda protexida:

***Reserva para a dotación autonómica para a construción de vivendas de promoción e titularidade pública.***

Recollendo o testemuño do artigo 10. b do TRLS08, por primeira vez a LMU08 introduciu no artigo 22 e no punto 10º do artigo 47 da LOUGA, a previsión dunha reserva de solo autonómica para a construción de vivendas de promoción e titularidade pública. Segundo o Preámbulo do novo texto legal, as vivendas resultantes tratan de dar resposta a unhas necesidades que non logran satisfacer as vivendas protexidas tradicionais e van dirixidas a servir de residencia a sectores de poboación con rendas máis baixas.

- Tipo de solo: Unicamente afecta ao solo clasificado como urbanizable e a natureza do mesmo e por extensión das construcións, será de dominio público.
- Superficie de solo a ceder á Administración Autonómica: a superficie de solo a reservar será de polo menos de 2,5 m<sup>2</sup> de solo por cada 100 m<sup>2</sup> edificables de uso residencial.
- Edificabilidade a asignar: non se lle atribuirá aproveitamento lucrativo privado, pero a edificabilidade a asignar será o resultante do estudo das rendas da poboación municipal e da demanda de vivendas para a poboación de rendas máis baixas. En todo caso a edificabilidade non poderá superar o 2,5% da edificabilidade residencial de todo o sector.

A edificabilidade a asignar terase en conta a efectos do cálculo de dotacións, equipamentos e espazos libres.

***Reserva de solo para a promoción privada de vivenda protexida.***

- Parámetro global:
  - Municipios con poboación maior a 20.000 habitantes: Como mínimo o 40% da edificabilidade residencial prevista para o Plan en solo urbano non consolidado e urbanizable.



- Municipios con poboación inferior aos 20.000 habitantes: 30% como mínimo da edificabilidade residencial prevista no Plan para o solo urbano non consolidado e urbanizable. Existe a posibilidade que motivadamente se reduza ao 20%.
- En Municipios inferiores a 5.000 habitantes: Será a mesma que a anterior, salvo que resulten exentos de reserva cando o plan en tramitación non prevexa desenvolvementos urbanísticos (en solo urbano non consolidado e urbanizable) que superen as cinco vivendas por cada 1.000 habitantes e ano (tendo en conta a previsible duración do plan).
- Parámetro específico por clase de solo:
  - Solo urbano non consolidado: Polo menos o 20% da edificabilidade residencial deberá ser destinada á construción de vivenda sometida a algún réxime de protección.  
Nunca serán reservas maiores ás previstas no solo urbanizable. Será igual para todos os distritos.
  - Solo urbanizable delimitado: Será como mínimo o 20% da edificabilidade residencial en cada sector, salvo a posibilidade de redución/eliminación de reserva naquel caso que a edificabilidade do sector non supere o 0,20 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>.
- Parámetro de localización: procurárase a concentración excesiva, favorecer a cohesión social e evitar a segregación territorial polo seu nivel de renda.
- Posibilidade de incrementar a reserva prevista para as distintas clases de solo: poderase incrementar naquel caso en que se leve a cabo unha estimación da demanda potencial de vivenda libre e en especial a protexida en atención de circunstancias como as relativas aos prezos das vivendas, expectativa de creación de novos fogares, ás necesidades de reposición ou rehabilitación do parque inmobiliario etc....

#### ***Réxime transitorio previsto na LMU08:***

- Plans xerais en tramitación (disposición transitoria primeira): os plans aprobados provisionalmente antes do 1 de xullo do ano 2008, podían continuar a súa tramitación coas determinacións que conteñan sen necesidade de adaptalas á LMU08, durante un prazo máximo dun ano. No caso de que se aproben durante o mencionado prazo, será de aplicación o réxime previsto na disposición transitoria segunda.
- Afírmase que a adaptación do plan á LMU08, non supón unha modificación substancial que abra a posibilidade de sometelo a un novo período de información pública.
- Plans xerais aprobados e adaptados á LOUGA sen plan de desenvolvemento: mantense a reserva de solo para vivenda protexida prevista no solo urbano non consolidado. En urbanizable delimitado, mantéñense as reservas previstas cando no conxunto do plan xeral sexan iguais ou superiores ao 40% (municipios con poboación superior aos 20.000 habitantes) ou 30% (municipios con poboación inferior aos 20.000 habitantes). En solo urbanizable non delimitado, establécese unha reserva do 40% en municipios de poboación superior aos 5.000 habitantes e o 20% no resto.
- Plans xerais aprobados e non adaptados á LOUGA sen plan de desenvolvemento: Será necesario que en solo urbano non consolidado, cada polígono, unidade de actuación ou execución, se localice canto menos o 20% da edificabilidade residen-

cial con destino á construción de vivenda sometida a algún réxime de protección. En urbanizable delimitado a reserva será do 40% en municipios de máis de 20.000 habitantes e 30% no resto. Ao igual que no punto anterior, no solo urbanizable non delimitado, a reserva será do 40%, salvo que o municipio non alcance os 5.000 habitantes, entón a reserva será do 20%.

- Concretos ámbitos con plan de desenvolvemento aprobados: os ámbitos con plan de desenvolvemento aprobado, cando non transcorre o prazo para a súa execución e ata o 1.07.11, poderán desenvolverse conforme as súas determinacións sin necesidade de adaptación.
- Plan de desenvolvemento en tramitación: No caso que se prevexa unha reserva do 20% poderá continuar a súa tramitación durante o prazo de tres anos.

***Sobre as excepcións da normativa vixente nas reservas de solo para vivenda protexida.- Tanto a LOUGA como o TRLS08 articulan unha serie de excepcións á reserva de solo aludida neste apartado. Comezando polo TRLS08, prevé as seguintes formas de aplicación moderada da norma prevista no punto b, do artigo 10º:***

- Permite que as lexislacións das Comunidades Autónomas apliquen unha norma de forma moderada, naqueles casos que se trate de actuacións de nova urbanización, se garanta no instrumento de ordenación o cumprimento íntegro da reserva dentro do seu ámbito territorial e unha distribución da súa localización respectuosa co principio de cohesión social.
- Na disposición transitoria primeira, artículase unha moderación na aplicación directa do artigo 10.b, exceptuando da súa aplicación aos Municipios con poboación inferior aos 10.000 habitantes con escaso arranque edificatorio ou actuacións de reforma interior inferiores ás 200 vivendas. Na mesma disposición, permite que os instrumentos de ordenación poidan minorar a reserva de vivenda protexida en actuacións de urbanización non dirixidas a atender a demanda de primeira residencia, sempre que se compense noutras actuacións.

En canto á LOUGA (tras a reforma operada polo TRLS08), desenvólvense as seguintes excepcións:

- Non se prevía a reserva de solo destinado á construción de vivenda protexida en solo clasificado como de núcleo rural. Non obstante, nalgúns preceptos da reforma operada pola Lei 2/2010, de 25 de marzo, previuse tal posibilidade.
- Posibilidade de que os municipios de poboación inferior aos 5.000 habitantes non teñan que reservar solo para a construción de vivenda protexida, cando os novos desenvolvementos non superen as cinco vivendas por cada 1.000 habitantes e ano, tomando como referencia o número de anos de horizonte do plan.
- Sectores de solo urbanizable con edificabilidade inferior ou igual ao 0,20 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, poderá minorar ou eliminar a reserva naquel caso que o plan compense a redución co resto dos sectores.
- Parece deducirse da disposición transitoria primeira do TRLS08, que debe ser preciso un plan xeral adaptado á LOUGA e o LMOU08 para que se dispoña de solo dotacional autonómico para a construción de vivenda. Non obstante, da nova redacción dada pola LMOU08 á letra b, do artigo 86, parece deducirse que os plans parciais e de sectorización que se aproben deberán incorporar a dotación autonómica de vivenda.



En materia de vivenda protexida, tamén é necesario facer mención ás seguintes novidades previstas pola LMU08:

- Durante a fase de tramitación parlamentaria, o proxecto de LMU incorporaba un novo documento os PXOM consistente nunha análise da demanda e necesidades de solo para a construción de vivenda protexida. Na versión finalmente aprobada non prevé a existencia do citado documento con carácter independente. Non obstante, para poder alterar a reserva prevista legalmente, nos puntos 13 e 14 do artigo 47 da LOUGA, esixe que o PXOM incorpore un estudo sobre os prezos da vivenda, a evolución da poboación e as expectativas de creación de novos fogares e necesidades de rehabilitación e reposición do parque inmobiliario.
- A letra b, do artigo 86 da redacción dada á LOUGA pola LMU08, esixe que durante a tramitación de plans parciais ou de sectorización, se incorpore un informe da “Consellería” competente en materia de vivenda. Tal informe foi eliminado pola LMU10.
- Por outra parte, era unha preocupación do lexislador autonómico, que o solo destinado á construción de vivenda protexida non quedase vacante de edificación durante tempo indefinido. Para iso, a letra j, do artigo 64 prevé que os prazos que se fixen para a edificación en soares destinados á construción de vivenda protexida non sexan superiores aos de construción da libre. Tendo en conta que é realmente difícil calcular cal vai ser un ritmo razoable de edificación, o único instrumento que vai posibilitar a esixencia da construción vai ser o denominado rexistro de soares. Esta medida, foi adoptada no marco dunha coxuntura que non é a actual.
- Non se prevé cal vai ser o réxime de protección ao que se deban someter as vivendas a executar no solo reservado.
- Malia que se puidese deducir do punto primeiro-letra b do artigo 16 do TRLS08, debería haber unha manifestación legal máis clara de que a porcentaxe de aproveitamento que debe recibir o Concello, deba ser en solo destinado á construción de vivenda protexida.

Por último, tense que deixar claro que calquera alteración da porcentaxe de reserva de solo para a construción de vivenda protexida, implica unha alteración do plan vixente. En efecto, a lexislación galega trata a reserva de solo para vivenda protexida como unha determinación do plan tal e como se establece nos artigos 47 da LOUGA (apartados 10 a 13, introducidos pola LMU08).

## 5.2 Outros usos de interese social (artigo 277 Texto refundido da Lei do Solo do 92)

Dentro do marco normativo básico, a lexislación autonómica integrou dentro do interese social, as seguintes finalidades:

- *Á propia planificación e xestión urbanística, en especial ao pagamento en especie, mediante permuta, dos terreos destinados a sistemas xerais.*
- *Actuacións públicas dotacionais, sistemas xerais ou outras actividades de interese social.*
- *Conservación e mellora do medio ambiente, do medio rural e do patrimonio cultural construído.*

- *Creación de solo para o exercicio de actividades empresariais compatibles co desenvolvemento sostible.*
- *Conservación e ampliación do propio patrimonio.*

Certamente o proceso de extensión do concepto básico de “interese social” ao que se refire o Texto refundido da lei do solo de 1992, ampliouse ata puntos que a Doutrina considera que desvirtuou a finalidade propia do PMS.

Loxicamente moitos dos destinos regulados polas distintas CCAA, non poden materializarse se non é mediante o alleamento e obtención de recursos financeiros. Non obstante, tamén se está admitindo a posibilidade de entrega ao uso xeral ou a implantación dun servizo público.

Aspecto de discusión é o da afectación dos recursos ou ingresos que se obteñan do alleamento do Patrimonio municipal do solo ou proveñan das denominadas monetarizacións de aproveitamentos urbanísticos. Tradicionalmente defendéronse dúas posturas: En primeiro lugar, aqueles que nunha interpretación estrita do artigo 276.2 e 280 do TRLS92, entenden que necesariamente deben ir destinados á conservación e ampliación do PMS. Outras posturas, permiten que os recursos obtidos poidan ir destinados ao financiamento de investimentos para a adquisición de novos solos e mesmo a realización de investimentos, sempre que estea prevista no plan.

En opinión de Cholbi Cachá<sup>19</sup> para o tratamento da cuestión cómpre deslindar as intencións das realidades. Entende que é claro que o destino dos ingresos do PMS deben ir destinados á conservación ou ampliación do PMS, non obstante, distinta é a natureza dos gastos para lograr tal finalidade. Así mesmo realiza unha fervente crítica á teoría da retroalimentación do propio PMS, concluíndo o seguinte: “(...) *esta situación de permanente retroalimentación levada ata os seus últimos extremos, de forma indiscriminada, pódenos levar ao absurdo e ao propio incumprimento da finalidade perseguida cos PMS. Malia esta opinión, non deben confundirse as boas intencións cunha regulación básica legal clara e interpretada, estrictamente, polos nosos Tribunais (...)*”.

Certamente estase cuestionando a compatibilidade da lexislación estatal contida no artigo 276.2 e as lexislacións autonómicas. O caso é que a STC 61/97<sup>20</sup> non abordou con detalle o título competencial polo que se atribúe ao Estado certas atribucións normativas básicas. Á hora de estudar os destinos do PMS teremos que coñecer que é o que nos marca a norma autonómica na materia. Se a mesma habilita para a utilización dos recursos obtidos por alleamento de PMS para a execución de infraestruturas, construcións de índole social, etc... deberase aplicar a mesma sen necesidade de que o operador xurídico se poña a analizar a compatibilidade ou legalidade das normas, función encomendada a outros órganos.

O Supremo analizou a cuestión e pronunciouse a favor dunha interpretación estrita das finalidades e destinos do PMS. Resúmense nos pronunciamentos xurisprudenciais máis significativos:

- STS de 31.10.01, pola que se ratifica un convenio polo que un Concello permuta uns inmobles sen respectar o destino do 280.1 e o procedemento de alleamento.

<sup>19</sup> CHOLBI CACHÁ, A.; *Los principales instrumentos de financiación procedentes del urbanismo. Aspectos jurídicos y económicos*, El Consultor, 2004.

<sup>20</sup> A STC 61/97 xustifica o carácter de xustiza rogada o feito de que non se analizara a constitucionalidade do precepto 276.2 do TRLS 92.



- STS de 2.11.01, na que se determina a anulación dun orzamento municipal –Oviedo– por non reinvestir no PMS o importe do alleamento dos seus bens na conservación e ampliación do PMS.
- STS de 25.10.01, reproduce a opinión da sentenza anterior, pero engadindo algún argumento máis no sentido de diferenciar meridianamente as referencias ao 276.2 e 280 do TRLS 92.
- STS de 7.11.02 na que se analiza a impugnación do orzamento municipal de San Sebastián por infrinxir o contido do artigo 276.2.

Por tanto, obsérvase unha corrente xurisprudencial que vai no mesmo sentido e en paralelo a un desenvolvemento normativo das Comunidades Autónomas que tenden a ampliar as finalidades e destino do PMS.

Analizada a situación actual, cómpre tomar o texto que se vai propoñer como unha Lei estatal do solo para analizar os cambios que se ven no horizonte na xestión do PMS.

En primeiro lugar, diferéncianse por unha parte, as finalidades do PMS como as tradicionais de regular o mercado de terreo, obter reservas de solo para actuacións de iniciativa pública e facilitar a execución da ordenación territorial e urbanística.

Diferéncianse os destinos dos bens e dereitos do PMS e os dos recursos obtidos polo alleamento de bens ou substitución por diñeiro da participación do Municipio no aproveitamento urbanístico das actuacións de urbanización.

En canto aos destinos dos bens integrantes no PMS, son os seguintes:

- Construción de vivendas suxeitas a algún réxime de protección pública.
- Outros usos de interese social. Deben ser definidos pola lexislación autonómica e previstos no instrumento de ordenación, sendo necesariamente urbanísticos ou de protección ou mellora de espazos naturais ou dos bens inmobles do patrimonio cultural.

Por outra parte, o destino necesario dos recursos obtidos polo alleamento de bens ou substitución por diñeiro da participación do Municipio no aproveitamento urbanístico, deberá ser o de conservar, administrar ou ampliar o PMS. En todo caso débense destinar a gastos de capital. Así mesmo (novidade con respecto ao art. 280.2 do TRLS) poderán ser utilizados para os destinos previstos para os bens e dereitos integrantes no PMS.

En conclusión:

- Matizouse e limitouse a posibilidade das CCAA de establecer novos destinos ao PMS. Agora redúcense aos urbanísticos, protección ou mellora de espazos naturais ou de bens inmobles do patrimonio cultural.
- Prevese agora como destino dos recursos obtidos por alleamento de aproveitamento urbanístico previsto no art 16 do TRLS08, o de conservación, administración e ampliación do PMS e os destinos do resto dos bens do PMS. Antes unicamente tiñan que ir destinados á conservación e ampliación. Iso si, esíxese que sempre se trate de gastos de capital.
- O plan xeral<sup>21</sup> prevese como un instrumento decisivo na xestión do PMS, onde todas as decisións deban ser xustificadas no seu contido.

21 Sobre o plan urbanístico e o PMS analizou a súa relación Estefanía Pérez López no artigo publicado no Consultor (número 1, 2007): “(...) esta facultade de planeamento non contribúe senón a desnaturalizar a institución e a facilitar á Administración a consecución doutros fins que puidesen resultar politicamente máis vantaxosos, ou mesmo de maior interese social, pero que se alonxan moito dos que a insitución quería conseguir inicialmente. O plan, segundo o meu entender, cando actúe sobre bens propios do PMS, debe recoller para eles necesariamente as finalidades que lle son propias. En caso contrario sería un plan contrario á Lei (...)”.



## 6 Incertezas e cuestións non resueltas pola lexislación vixente en relación co PMS

- *Sobre os mecanismos de control e xestión do PMS.* Autores como Cholbi Cachá notan a falta dunha regulación detallada de mecanismos de control e xestión do PMS que permita aos órganos de control interno e externo unha rápida fiscalización da actuación municipal. Algunhas CCAA previron rexistros públicos autonómicos de patrimonios municipais do solo, como é o caso da Comunidade Valenciana.
- *Sobre a análise individualizada de cada Municipio en orde a regular e predeterminar cal é a necesidade á que debe satisfacer o PMS.* - A lexislación vixente non reflicte o feito de que non todos os Municipios contan coas mesmas necesidades. En todo caso, se ben as finalidades do PMS son loables, non por iso, poden deixar de existir necesidades máis importantes nos Municipios. Por iso, estímase preciso articular un procedemento polo cal se permita aos Concellos excepciónar o destino dos bens integrantes no PMS.
- *Sobre a tributación na xestión patrimonial do PMS.* - A Resolución 2/2000, de 22 de decembro, da Dirección Xeral de Tributos, considerou que na xestión do PMS, os concellos actúan como verdadeiros empresarios ou profesionais suxeitos á Lei 27/92 do IVE. Son innumerables os problemas que están xurdindo nos concellos sobre a tributación das operacións de disposición de bens integrantes no PMS. Deberíase matizar en que casos os Concellos actúan no mercado inmobiliario como un axente máis e cando se trata do exercicio de funcións públicas.
- *Sobre o dereito de realoxo e retorno.* - Coa STC 61/97 anulouse parcialmente a disposición adicional cuarta do Texto refundido da Lei do réxime do solo e valoracións do 92. Con tal acto de lexislación negativo, privouse do dereito aludido aos propietarios afectados por operacións de xestión urbanística que non sexan realizados por expropiación, salvo que sexa previsto na lexislación autonómica. Resulta impreciso o apartado e) do artigo 16 cando remite ao deber de *garantir o realoxamento dos ocupantes legais que se precise desaloxar de inmobles situados dentro da área da actuación e constitúan a súa residencia habitual, así como o retorno cando teñan dereito a el, nos termos establecidos na lexislación vixente.*

## Bibliografía

- BERNABÉ CAMAFRITA, M.; "El Patrimonio municipal del suelo y su registro", Revista de estudios locales, xuño 2001.
- BOQUERA OLIVER, J.M.; *El Patrimonio municipal del suelo. Problemas del urbanismo moderno*, Madrid 1967.
- CASTILLO GÓMEZ, F.; "Constitución, titularidad y gestión Patrimonios Municipales del Suelo", Actualidad Administrativa, núm 16, Madrid 1996.
- CLUSA, J.; MUR, S.; "La experiencia británica de Javier García Bellido 1973-2006 y el pago de una deuda pendiente", ACE, Arquitectura, City, and environment, 8.01.07.
- CHOLBI CACHÁ, F.A.; "Los principales instrumentos de financiación procedentes del urbanismo –aspectos jurídicos y económicos-", El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Editorial La Ley, Madrid 2004.
- DÍAZ LEMA, J.M.; "El Patrimonio municipal del suelo en el Texto refundido do 92", Revista de Derecho Urbanístico, número 136.
- EZQUIAGA, J.M.; "Síntesis del dictamen emitido por don José María Ezquiaga Domínguez, a instancia del Consejo Superior de Arquitectos sobre el anteproyecto de la ley del régimen del suelo y valoraciones", Revista de Práctica Urbanística. La Ley, Núm. 53, Outubro 2006.





- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.; "El proyecto de Ley del suelo de 14 de julio de 2006: análisis general", El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Núm.20, Outubro 2006.
- GARCÍA BELLIDO; GARCÍA DE DIEGO; "La liberalización efectiva del mercado del suelo", Revista Ciudad y Territorio, Núms. 95-96, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; PAREJO ALFONSO, L.; *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 1981.
- GONZÁLEZ BERENGUER URRUTIA, J.L.; *Teoría y práctica de la Ley del Suelo*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 1964.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.; "La intervención pública en el mercado del suelo en la legislación urbanística de la Comunidad de Madrid" en Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid, Editorial Lex Nova, Valladolid 1999.
- LLISET BORREL, F.; LÓPEZ PELLICER, J.A.; ROMERO HERNÁNDEZ, F.; *Ley del suelo. Comentarios al Texto refundido de 1992*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 1993.
- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.; "Los Patrimonios municipales del suelo: sus caracteres y operatividad", Temas de Administración local, Granada 1992.
- LÓPEZ PELLICER, J.A.; "El Reglamento de bienes locales ante la nueva ley estatal de Patrimonio", El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Editorial La Ley, Núm 10, Maio 2005.
- LÓPEZ PELLICER, J.A.; "El deber de cesión de aprovechamiento urbanístico al municipio y su sustitución por el equivalente en metálico", Revista de Práctica Urbanística, La Ley, Núm. 54, Novembro 2006.
- MARTÍN FERNÁNDEZ, J.; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.; *Cuestiones tributarias de la ejecución del planeamiento urbanístico*, Iustel Portal Derecho, S.A. 2005.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, P.; "El Patrimonio municipal del suelo: su evolución normativa", Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, Número especial conmemorativo do cincuentenario da Lei do Solo e Ordenación Urbana de 1956, Abril-Maio 2006.
- MARTÍN VALDIVIA, S.M.; *Urbanismo y especulación. Los patrimonios públicos del suelo*, Editorial Montecorvo, Madrid 1998.
- MARTÍNEZ BOROBO, *Derechos de realojo y retorno en la gestión urbanística*, Editorial Montecorvo. 2006.
- MELERO ABELA, J.M.; *Régimen jurídico y gestión del suelo urbano y urbanizable*, Ciss Praxis, 2000.
- MENÉNDEZ REXACH, A.; "Reflexiones sobre el significado actual de los Patrimonios Públicos", Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales. Volume I, Núm 95/96, 1993.
- PARADA VÁZQUEZ, R.; "La utilización del dominio público por la Administración: Las reservas demaniales" en Derecho Administrativo -bienes públicos y urbanismo-, Marcial Pons, 1988, páxs 113 e seguintes.
- QUINTANA LÓPEZ, T; LOBATO GÓMEZ, J.M.; *La Constitución y gestión de los patrimonios municipales del suelo*, Editorial Marcial Pons, Madrid 1996.
- RODRIGO MORENO, F.; "Tres problemas urbanísticos: integración de los edificios en el PMS, destino de los bienes integrantes de este patrimonio y extensión subjetiva de la carga real en el sistema de compensación", El Consultor, Núm. 6, 2000.
- RODRÍGUEZ CASTELAO, J.; SANTOS DÍEZ; *Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos*, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 5ª edición, 2002.
- SÁNCHEZ ADSUAR, M.; "El Patrimonio municipal del Suelo en la legislación urbanística valenciana", El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Núm. 22, Novembro 2006.
- SERRANO VALIENTE, M.J.; "Los instrumentos de intervención en el mercado inmobiliario", Revista de estudios locales, CUNHAL, Xullo 1999.

# Reflexións sobre o Consello Xeral do Poder Xudicial. Contribución ao debate sobre o sistema de designación dos seus compoñentes

42 Regap

MODESTO BARCIA LAGO  
Dr. en Dereito

Regap

ESTUDIOS E NOTAS

Os avatares que culminaron na constitución do novo Consello Xeral do Poder Xudicial en setembro de 2008, despois de que o anterior se mantivese anormalmente “en funcións” durante dous anos, pola incapacidade, outra vez acreditada, de alcanzarse o consenso constitucional necesario para a renovación en medio dunha bronca situación política, puxeron abruptamente de relevo as graves deficiencias do réxime que o regula. Sen prexulgar o labor dos actuais Conselleiros, parece oportuno facer unha contribución ao debate sobre a cuestión do rumbo de politización distorsionada que se vén advertindo en tan importante Órgano. A iso queren servir as reflexións que seguen.

## I

Conforme dispón o art. 1-1 da Constitución, España constitúese nun Estado social e democrático de Dereito que propugna a xustiza como un dos valores superiores do seu ordenamento xurídico. A este respecto, o art. 117-3 CE establece que a potestade xurisdiccional se exerce en todo tipo de procesos desta clase exclusivamente por Xuíces e Maxistrados, integrantes do Poder Xudicial —que, como os demais do Estado, emana do pobo español, titular da soberanía nacional (art. 1-2 CE)—, funcionalmente independentes, inamovibles, responsables e sometidos tan só ao imperio da Lei, xulgando e facendo executar o xulgado (art. 117-1 CE), sen prexuízo das demais funcións complementarias que aquela poida encomendarlles (art. 117-4 CE).

Para posibilitar a realización dos cometidos da potestade xurisdiccional, dispónse o complexo enredo oficinesco da Administración de Xustiza, integrada polos titulares dese Poder,



así como polos demais funcionarios xerarquizados da mesma que fan posible o seu funcionamento, coa cooperación en paridade administrativa do aparato do Ministerio Fiscal e a externa dos profesionais liberais, empregando os recursos de toda índole e medios persoais e materiais axeitados, que o Goberno da Nación, dentro dos marcos da política interior, que constitucionalmente (art. 97) lle corresponde dirixir, ten que garantir, ben que a súa concreción efectiva teña que ter en conta a estrutura autonómica do Estado e o cadro descentralizado de competencias transferidas ás Comunidades Autónomas; o que non deixa de ser, desde logo, unha variable acreditadamente disfuncional e cuestionable desde o punto de vista estritamente constitucional.

Se o Goberno, fundamentalmente a través do Ministerio de Xustiza, e as Comunidades Autónomas, teñen indubidable e determinante incidencia nas capacidades efectivas, en canto á dotación de medios materiais e persoais da Administración de Xustiza, o *Consello Xeral do Poder Xudicial* é o Órgano colexiado desa Administración, autónomo e de relevancia constitucional, ao que compete o goberno da súa armazón burocrática, a xestión das capacidades de que está dotada, ao servizo da acción xurisdiccional e da preservación efectiva da independencia xudicial que lle dá sentido; de modo que o funcionamento dos Xulgados e Tribunais, así como o estatuto xurídico dos Xuíces e Maxistrados, a súa formación, nomeamento, promoción, os seus dereitos e deberes, así como a súa corrección disciplinaria, constitúen o núcleo principal do cometido rector do Consello, xunto con outras competencias colaterais e complementarias (art. 122 CE); pero, en todo caso, debe subliñarse que esa xestión terá que exercerse sen interferir, senón ao contrario, dirixida a reforzar, a independencia dos propios xuíces, sometidos a este respecto, como se dixo, tan só á Lei e sendo corrixibles os seus actos xurisdiccionais unicamente por vía dos recursos procesais pertinentes ante os Tribunais superiores.

Compréndese, pois, que a instrumentación partidista do devandito Órgano resulta especialmente atractiva para as forzas políticas e, consecuentemente, que estas se atopan máis dispostas a consolidar a súa influencia directa no mesmo que a potenciar o seu carácter institucional; de ahí a conflictividade que se manifesta na renovación dos seus titulares compoñentes en cada período e o comportamento sectario que traduce o funcionamento do Órgano.

## II

Hai algúns anos, nunha obriña sinxela, na que examinaba o rumbo de fondo corporativista das tendencias ideolóxicas que se axitaban na xudicatura, medidas na nobreza do voceado compromiso da defensa dos dereitos cívicos fronte á intromisión autoritaria<sup>1</sup>, dera conta da miña impresión acerca de que o ambiente embriagador de inxenuidade política con que se acolleu o tempo gozoso e esperanzado da transición desde o Réxime de Despotismo franquista á Democracia, velou naqueles momentos de euforia o entendemento cabal da exacerbación xudicialista, que, presentando ao Poder Xudicial<sup>2</sup> como garante último dos valores do Estado de Dereito, entrañaba politicamente apetencias corporativas de exorbitancia sobre o sistema.

1 BARCIA LAGO, Modesto: *O Sol e as Erinias. Filosofía política do xudicialismo*. Excma. Deputación Provincial de Pontevedra, 1997.

2 A inexactitude terminolóxica e conceptual de Montesquieu e a súa teoría da división de poderes, malentendendo as teses de Locke, está na orixe do erro de considerar a función xurisdiccional como un poder en paridade política cos outros dous definidos polo francés, en vez de poñer o acento na consideración dos xuíces como un corpo profesional monopolizador da función técnica de subsumir o feito conflictivo na lei, segundo as regras de procedemento aplicables. Sobre este asunto, véxase a miña obra citada *O Sol e as Erinias. Filosofía política do xudicialismo*.

Para tales pulsións corporativistas tampouco faltaban, certamente, antecedentes de apetencias de autogoberno corporativo, mesmo na época do Réxime do Despotismo autoritario, expresadas, mesmo, polo propio Presidente do Tribunal Supremo e logo Ministro de Xustiza, Ruiz-Jarabo<sup>3</sup>; pero, na hora do cambio democrático, esas apetencias do que ASENSI SABATER denominaba “envío xudicialista” rastrexable no constitucionalismo de posguerra<sup>4</sup>, enlazaban, anoadas con lazada “progresista”, coas posibilidades latentes na teorización do renacemento do iusnaturalismo como reacción ao positivismo xurídico legalista, que, principalmente por obra da adscrición hitleriana dun xurista tan destacado como o foi Karl Schmitt, era acusado de identificar Lei con Dereito como coartada da barbarie nacionalsocialista, segundo explicaba Chaim Perelman<sup>5</sup>. Non podemos estendernos aquí na exposición da complexa doutrina schmittiana, que se resiste a entrar nos moldes estreitos dunha etiqueta, pero debe destacarse que o xurista alemán opuxera o seu esquema do *konkretes Ordnungsdenken*, o “pensamento da orde concreta”, á concepción do iuspositivismo liberal, visto por el como “combinación de decisionismo e normativismo”, aínda que o *konkretes Ordnungsdenken* schmittiano se presentaba como unha orde “cuasi” religiosa e, a fin de contas, viña resolverse na apoteose do *Führer*, que resumía na súa figura as “tres ordes, Estado, Movemento e Pobo”<sup>6</sup>, trinomio, por outra parte, familiar na España do Caudillo, con resonancias do inflamado verso do poeta renacentista Hernando de Acuña, que vía o anuncio “dun monarca, un imperio e unha espada”.

O punto de inflexión deste renacemento iusnaturalista, de raigame neoaristotélica, como precisaba Perelman, foi o coñecido discurso pronunciado en maio de 1959 por Otto Bachof, ao facerse cargo da dignidade reitoral da Universidade de Tubinga, que proclamaba a “enéxica pretensión de validez das normas materiais da nosa Constitución”, que nacería “dunha orde de valores que vincula directamente aos tres poderes estatais, tal como se manifesta expresamente na regulación dos dereitos fundamentais” e cuxa orde “foi considerada pola Constitución como anterior a ela mesma... que non foi creada pola Constitución, senón que esta se limita a recoñecela e garantila, cuxo último fundamento de validez se atopa nos valores determinantes da cultura occidental, nunha idea do home que descansa neses valores”<sup>7</sup>; deste xeito diminuía o significado da suxeición do xuíz á lei, concepto decisivo do constitucionalismo liberal, que Dieter Simon denominaría “o petrificado mito da vinculación á lei”<sup>8</sup>, liberando ao instrumento da “independencia xudicial” de tan molesta atadura. De maneira que a autoridade do xuíz como funcionario do Estado xa non dependería do ordenamento xurídico concreto, senón da súa condición de axente autónomo daqueles valores que resoaban na historia do espírito de Occidente dos que o iudex se autoproclamaba supremo intérprete; unha ideoloxía que alcanzaría o seu cume na afirmación dunha competencia de “xustiza universal”, cuxa disfunción cos parámetros da soberanía non fai falta subliñar, pero que, mediaticamente, rende froitos notables.

3 XIOL RIOS/GONZÁLEZ RIVAS/RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ: *El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Consejo General del Poder Judicial, 1986.

4 ASENSI SABATER, José: *La explosión judicialista y la orientación democrática de la política*. Artigo incluído en TEZANOS, José-Félix (ed.): “La democracia post-liberal”. Editorial Sistema, Madrid, 1996.

5 PERELMAN, Chaim: *La Lógica Jurídica y la nueva retórica*. Editorial Civitas, S.A. 1979.

6 SCHMITT, Carl: *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1966; pág. 77. De maneira sintomática, debe destacarse que a traxectoria intelectual de Schmitt se confronta repetidamente coa de Kelsen en fecunda polémica. Cfr. Especialmente *La polémica/Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editorial Tecnos (grupo Anaya, S.A.) Madrid, 2009, co clarificador “estudo preliminar” de Giorgio LOMBARDI.

7 BACHOF, Otto: *Jueces y Constitución*. Editorial Civitas, S.A. 1985.

8 SIMON, Dieter: *La independencia del Juez*. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, 1985.



Estas teses foron asumidas con profético entusiasmo nas disquisicións, xa desbordada a contención coa que se formulara aquel discurso reitoral, de Luigi Ferrajoli<sup>9</sup> e animadas en España por Perfecto Andrés Ibáñez e outros secuaces ideolóxicos, especialmente ao fío da proposta pseudorrevolucionaria das correntes de esquerda sobre o “uso alternativo do dereito”<sup>10</sup>, que proclamaba en España o activismo do movemento de “Xustiza Democrática” nos tempos finais do franquismo, e despois a Asociación *Xuíces para a Democracia*, para forzar un espazo propio de “autonomía” política, de cultura corporativa, do estamento xudicial, desbordando, mesmo, o antecedente alemán do *Freirechtsbewegung*, o “Movemento do Dereito libre”, cuxo programa de acción establecera Kantorowicz no seu ensaio de 1906 *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, pois, en efecto, como recoñecía Elías Díaz:

*No noso tempo o xuíz está propugnando con firmeza a necesidade de saír definitivamente do seu xurídico illamento, comprendendo os riscos e tamén, sobre todo, as posibilidades do seu traballo na sociedade actual, vendo ao Dereito nesa dimensión de totalidade, en interconexión e interdependencia cos demais factores sociais, políticos, culturais e económicos”<sup>11</sup>.*

Onde conducía ese tránsito resumiuno con lucidez un eminente xurista nun parágrafo, que, aínda que totalmente alleo e distante, lembra, polo seu carácter directo, a crítica que Trotski dirixira á concepción leninista do Partido expresada no opúsculo *¿Qué hacer?* do dirixente bolxevique:

*Do xuíz aplicador da ley e obediente só á súa letra pásase ao xuíz intérprete. Do xuíz apolítico ao xuíz consciente do seu papel como poder do Estado, xa que en cada un deles reside o poder xudicial, a potestade de vulgar e facer executar o xulgado. Do xuíz illado e calado, ao xuíz asociado e proclive a falar cando se lle pon un micrófono diante. Do xuíz discreto ao xuíz afectado de incontinencia verbal. Do xuíz prudente ao xuíz activista e deste ao protagonista político”<sup>12</sup>.*

E así, cobraría pleno sentido a *boutade* do Vicepresidente do Goberno Don Alfonso Guerra, proclamando xactanciosamente a “morte de Montesquieu”: a xudicatura xa non sería o poder autónomo vinculado ao servizo da Lei e do Dereito, senón instrumento dos obxectivos partidistas a cambio do medo persoal e satisfacción da vaidade mediática das súas vangardias corporativas. O feito de que o Ministerio de Xustiza, pero non soamente aquí, nos seus máis altos niveis, fose terreo que parece reservado para carreiras políticas de ida e volta de membros xudiciais *lato sensu*, como se a Democracia española se sustentase en gobernos de coalición de Partidos dun ou doutro signo co estamento xudicial-fiscal, é mostra elocuente da degradación do noso sistema de Xustiza, que xa mostrou repetidamente a súa disfuncionalidade democrática, porque non se ten en conta a tese fundamental de Alejandro Nieto, segundo cuxo teor “a estrutura do Dereito é reticular: unha rede, en suma, integrada por diferentes nós (a lei, a xurisprudencia, a doutrina e a práctica), todos eles interdependentes e interactuantes”, de maneira que, en fin, “o Dereito é obra de todos e non só da lei estatal (ou dos pronunciamentos xudiciais)”<sup>13</sup>

9 FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, S.A. 1995.

10 BARCELONA, Pietro/COTURRI, Giuseppe: *El Estado y los Juristas*. Editorial Fontanella, S.A. 1976.

11 DIAZ, Elías: *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1978.

12 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco: *El juez político*. Artigo incluído no libro “A orillas del Estado”; editorial Santillana, S.A. Taurus. Madrid, 1996; páx. 142.

13 NIETO GARCÍA, Alejandro: *Crítica de la razón Jurídica*. Editorial Trotta, S.A. Madrid, 2007; páx. 236 e 237.

### III

Neste contexto de efervescencia, a Constitución —e as Leis de desenvolvemento neste apartado— amósase debedora das teses que, inspiradas basicamente nos modelos italiano e en certa medida do francés —como tamén tería que reflectirse nas Constitucións democráticas grega e portuguesa<sup>14</sup>—, o concibían fundamentalmente como un *Consello Superior da Maxistratura*; se ben no caso español filtrado, moi lixeiramente, polo minoritario número dos membros susceptibles de extracción non xudicial, pois os desta procedencia copan *ex constitutione* a maioría das Vocalías, doce, fronte as oito daqueles; pero, mesmo, frecuentemente, esa cota non xudicial de Conselleiros nítrese, así mesmo, de xuristas procedentes ou orixinarios do propio corpo xudicial e do de fiscais ou outros funcionarios xurídicos, defraudando o verdadeiro sentido da Norma Fundamental.

Precisamente para que o Consello, en canto Colexio de xuristas e órgano de relevancia constitucional encargado da reitoría do complexo da Administración de Xustiza, non se configurase na práctica como agrupación corporativa da comunidade xudicial —aínda que non estritamente representativa do censo dos xuíces— nin da de fiscais —pois o groso dos integrantes de ambos os dous estamentos acceden ás respectivas carreiras mediante convocatoria conxunta (art. 301-4 da Lei Orgánica do Poder Xudicial) que os “irmanda”—, a Constitución dispuxo expresamente que as Vocalías non xudiciais se cubrisen con profesionais xurídicos “de recoñecida competencia e con máis de quince anos de exercicio na súa profesión”, provenientes doutros dous grupos específicos: o constituído por “avogados”, expresamente *nominatim*, e o designado *in genere* coa perífrase “outros xuristas”. Parece claro, entón, que o grupo identificado con referencia propia, o de “avogados”, que segue en orde de mención ao dos xudiciais, debe alcanzar, polo menos, a metade daquelas outras Vocalías, é dicir, catro, e en todo caso máis de unha, porque a Constitución emprega o plural, na perspectiva da importancia que no Estado de Dereito reviste tal profesión liberal, voceiro dos intereses da sociedade civil, como peza externa e autónoma da Administración de Xustiza, segundo se desprende directamente dos artigos 17 e 24 da propia Constitución<sup>15</sup>.

Non obstante, a acusada predominancia xudicial no Consello non pode deixar de transmitir unha impresión gremialista do mesmo d así se estima pola curia e mesmo no sentir xeral, pese á recondución instrumental que levou a efecto a Lei Orgánica de 1985, favorecendo, en prexuízo do espírito liberal que informa a Constitución, o control político do Consello polas cúpulas partidarias; reforma esta controvertida, pero que validaría o Tribunal Constitucional, aínda exhortando a manter unha vaga “representatividade” do corpo xudicial, e que afinaría a reforma operada en 2001. Equívoco gremial socializado que, indubidablemente, se intensificaría se os Vogais desta orixe fosen elixidos directamente polos seus compañeiros da carreira sen ningunha intervención parlamentaria, como algunhas voces, nostáxicas da situación antecedente a aquela reforma, volven reclamar, con lixeireza intelectual que apenas consegue ocultar interesadas razóns de bandería endogámica e autonomía xudicialista, ou de oportunismo partidista. E iso, sen prexuízo de que na propia composición deste grupo de Vogais se revelen tamén, mediatizadas pola acción encadrante “case” partidaria das Asociacións de xuíces, as liñas de fractura ideolóxica, ética e política da propia carreira.

14 As tres inscíbense nun arco temporal común de recuperación democrática logo de períodos máis ou menos longos de ditadura. Ao respecto, desde a óptica do estruturalismo marxista entón en voga pola influencia de Althusser, véxase a análise que Nicos Poulantzas fai da significación política do período na súa obra *Las Crisis de las Dictaduras: Portugal, Grecia, España*. Siglo XXI Editores, S.A. 1976.

15 Sobre a relevancia de la Abogacía, remito a mi estudio *Abogacía y Ciudadanía. Biografía de la Abogacía Ibérica*. Dykinson, S.L. Madrid, 2007.



A este respecto, a lexitimidade destas Asociacións xudiciais resulta constitucionalmente moi cuestionable, porque, a diferenza dos Colexios de Avogados —inseridos, estes si, no recoñecemento do art. 36 da Lei Fundamental—, non son Administración corporativa de Dereito Público, senón agrupacións voluntarias, non administrativas, nadas do *ius societatis* particular dos seus asociados, que eles sóns deben soste ás súas expensas e que ningún privilexio teñen que ter no proceso de composición do Consello Xeral do Poder Xudicial, nin na promoción dos seus asociados, como acontece actualmente.

Descontinuidade ideolóxica que, polo demais, se advirte tamén respecto do grupo dos vogais extraxudiciais; unha segmentación sectaria, en fin, que, desde entón, o modo de inserción en tal Consello acentúa, porque, na súa designación, sen prexuízo dalgunhas notables excepcións, se sobreprima o perfil persoal do seu obediente acomodo á correspondente disciplina partidaria, en vez de preferirse a súa cualificación, experiencia e prestixio profesional, que puidese reforzar a súa independencia institucional de criterio fronte calquera presión e interferencia.

Non resulta estraño, por iso, como dicía, que o funcionamento deste Colexio de goberno do Poder Xudicial viñese sendo decisivamente afectado polo afondamento, cada vez máis acusada e groseira, da adscrición prosélita dos seus membros, operando en conxunto como trasunto dos grupos parlamentarios que determinan a súa designación, aínda que, naturalmente, iso non impida ocasionais episodios de rebeldía e afirmación transversal dos xudiciais fronte procaces e ata humillantes interferencias externas. Adscrición secuaz que afecta decisivamente a base do principio cardinal da división de poderes<sup>16</sup>, que se atopa no fundamento do Estado liberal de Dereito e deu lugar a graves disfuncións, a bochornosos episodios e a escandalosos bloqueos na marcha normal que debiera seguir tan importante Órgano<sup>17</sup>, con grave detrimento do seu carácter institucional e do seu recoñecemento público, e cuxa lexitimidade de orixe e de exercicio, porén, resulta inexcusable preservar en calquera conxuntura; pois os seus cometidos, tinguidos fundamentalmente de sentido técnico-xurídico máis que de oportunismo político, especialmente os nomeamentos e o control disciplinario dos xuíces, deben exercerse coa maior ecuanimidade e consenso institucional, resgardados das inevitables confrontacións partidistas, que teñen o seu propio espazo e non deben contaminar a xestión da delicada armazón xudicial, que tan nuclear resulta para a boa orde da convivencia cidadá.

## IV

Desde logo, na miña opinión, non atinou nesta materia —como noutros apartados— o constituínte; aínda que, por suposto, non é bo oficio de historiador enxuizar épocas pretéritas proxectando cara atrás os supostos do presente con preterición dos propios daquelas, e, sen dúbida, poderían argumentarse poderosas razóns condicionantes do texto definitivamente aprobado polos españois, ao recuperar a súa condición de cidadáns libres titulares da soberanía nacional. Pero, en calquera caso, coa perspectiva da experiencia do traxecto percorrido, resultaría proveitoso acometer unha fonda revisión da Lei Fundamen-

16 Bien que el Poder Judicial se exprese sustancialmente en la función técnica de subsumir el hecho conflictivo en la norma jurídica y no en la cualidad política directa.

17 Particularmente en su renovación periódica, pues la Constitución establece taxativamente un período de cinco años —art. 122-3º—, por lo que resulta cuestionable la constitucionalidad de un situación de interinidad o de “prolongación de funciones” de sus miembros una vez agotado el plazo de su nombramiento. Del mismo modo que, por otra parte, ocurre en otro importante Órgano de relevancia constitucional como es el Tribunal Constitucional, que, aunque no tiene propiamente naturaleza judicial, actúa, no obstante, *sub hac specie*.

tal e da Lexislación de desenvolvemento, que contribúese a afianzar a coherencia e solidez do *framework* da cohesión nacional e a contemplar con nova mirada materias como as relativas ás Autonomías territoriais e ao Tribunal Constitucional, entre outras. E, en canto ao noso tema se refire, nunha hipotética reforma constitucional, habería de modularse a propia concepción e composición do Consello e o modo de designación dos seus membros, debendo propiciarse o reforzo da súa lexitimidade e autoridade institucional e a súa específica responsabilidade, así como a súa autonomía institucional e a súa proxección e competencias sobre a completa armazón da Administración de Xustiza; de modo que, en calquera caso, non deberan ser os Xuíces en canto tales os que coloreasen decisoriamente o devandito Órgano, senón xuristas independentes de acrisolado prestixio profesional capaces de impoñer disciplina ao conxunto da devandita Administración.

Non obstante, se tal reconsideración constitucional formula dificultades políticas doadamente perceptibles —aínda que, debe dicirse, podería levarse a cabo polo procedemento atenuado do art. 167 CE—, unha reforma xuízosa, ben que fose limitada, da Lei Orgánica do Poder Xudicial obviaría en apreciable medida tales obstáculos, se houbese sa vontade política de acometela con sentido nacional e patriótico espírito constitucional, e podería, sen dúbida, corrixir e minorar as máis ostensibles desviacións que a evolución do funcionamento do Consello evidenciou.

### III

As liñas de tal conveniente reforma orgánica, que aquí se cinguen ao relativo á composición do Consello, haberían de tender a conseguir tres obxectivos:

1. Reforzar a autonomía institucional dos Conselleiros, mitigando a súa dependencia sectoria respecto dos Grupos Parlamentarios, de modo que se evitase que as diferenzas destes interfiriran o funcionamento regular do Órgano e obstaculicen o consenso transversal dos seus membros na adopción das decisións colexiadas, ou, como sucedeu, impidan a renovación do propio Consello no seu tempo oportuno.
2. Favorecer que accedan como Vogais ao mesmo profesionais experimentados e recoñecidos dos diversos estamentos forenses.
3. Integrar harmonicamente no seo do Consello as correntes xerais que expresan a sensibilidade profesional dos colectivos xurídicos forenses, sen prexuízo de que o criterio político dos representantes da soberanía nacional poida ter tamén o seu reflexo na composición do Colexio de Goberno do Poder Xudicial.

### IV

Neste sentido, dentro dos actuais parámetros constitucionais, cabería propoñer para a estruturación do Consello as seguintes bases mestras:

- 1ª *Composición*: O Consello Xeral do Poder Xudicial estaría integrado polos seguintes membros:
  - a) *Presidente*
  - b) *12 Maxistrados e Xuíces*
  - c) *4 Avogados*





d) 4 Outros xuristas

1) 1 Secretario xudicial

2) 1 Procurador

3) 2 Xuristas de extracción profesional diferente das anteriores

2ª *Designación do Presidente:* Os Vogais, na súa primeira reunión plenaria, presidida polo de maior idade e actuando de Secretario da mesma o de menor idade, elixirían unha terna de xuristas do máis alto nivel académico e profesional e de acreditado prestixio, que se elevaría ao Xefe do Estado para que nomease, extraéndoo dela, ao Presidente do Consello.

3ª *Designación dos Vogais:* Os vogais do grupo b) serían designados por metades polo Congreso e polo Senado, en listas pechadas integradas por dous funcionarios xudiciais de cada unha das categorías da carreira profesional, entre os candidatos propostos polo censo de membros de cada categoría en votación separada de cada unha realizada ao efecto; nas devanditas votacións elixiríase o triple número de candidatos que correspondesen a cada categoría. Dado que non é a representatividade corporativa no Consello o criterio de designación, a disparidade numérica dos censos de cada categoría primaria relativamente a presenza dos Maxistrados do Supremo, coas positivas consecuencias dun aporte incrementado de madurez e experiencia. Os vogais do grupo c) e d-2) serían propostos, tamén en número triple das referentes Vocalías, polos respectivos Plenos dos Consellos Xerais dos Ilustres Colexios de Avogados e de Procuradores, convocados especialmente con esta finalidade, entre os profesionais que optasen. Os restantes Vogais do grupo d) serían de libre designación. Todos os pertencentes aos grupos c) e d) serían xuristas de acreditada competencia con máis de quince anos de antigüidade no exercicio profesional efectivo. O Congreso designaría os catro membros do apartado c), e o Senado os outros catro do grupo d).

Se por calquera razón non se aprobase oportunamente a designación polo Congreso ou polo Senado no modo previsto, quedarían electos ope legis os candidatos que obtivesen maior número de votos na proposta correspondente, e os restantes do grupo d) ou dos grupos cuxa proposta non se tivese formalizado en tempo conveniente, decidiríanse por sorteo realizado pola Sala de Goberno do Tribunal Supremo, de entre os restantes candidatos non designados que figurasen nas propostas oficializadas.

Para iso, seis meses, como mínimo, antes de expirar o mandato dos Vogais, daríase conta polo Presidente do Consello Xeral do Poder Xudicial ao Ministro de Xustiza, a fin de que este cursase aos Presidentes do Congreso, do Senado e aos Presidentes dos Consellos Xerais da Avogacía e dos Procuradores, que iniciasen os procedementos para elevación de propostas, e o propio Presidente do Consello, na súa condición de Presidente do Tribunal Supremo, adoptaría no tocante ao grupo b) as providións axeitadas. Os procesos de adopción de propostas de candidatos para cada grupo deberán estar completados tres meses antes do vencemento do mandato dos Vogais e remitiranse as pertinentes certificacións con expresión dos votos obtidos por cada un dos propostos á Presidencia do Consello Xeral do Poder Xudicial e ao Ministro de Xustiza para a tramitación subseguinte da designación dos novos Vogais.

- 4ª *Duración do mandato dos Vogais*: Tal e como establece a Constitución, o mandato dos Vogais durará cinco anos, e cumprido o termo cesarían automaticamente no seu cargo, sendo substituídos polos novos. No caso de que, chegada a data do vencemento do mandato dos antigos, non tivese completado o procedemento de designación dos novos, os que deberan considerarse electos de cada grupo conforme á base anterior quedarían investidos sen máis trámite e consideraríanse convocados para tomar posesión o día seguinte ás 12 horas. O Presidente do Consello, en sesión Plenaria especial última do Consello saínte, daríalles posesión, entrando en funcións os novos Vogais ao tempo que cesaban os antigos.
- 5ª *Substitución de Vogais*: Os Vogais que, por calquera causa, perdesen esta condición durante o tempo do seu mandato, serán automaticamente substituídos polo tempo restante por aqueles que figurasen na proposta do seu grupo, conforme ao maior número de votos. Os do grupo d-1 e 3) deberían designarse polo Senado no prazo dun mes desde a vacante, ou no modo alternativo previsto, se transcorrido o devandito prazo non se tivese efectuada a designación. Tomarán posesión en Pleno extraordinario do Consello convocado ao efecto.
- 6ª *Funcionamento do Consello*: O Consello funcionará en Pleno e en Comisións, conforme ao Regulamento que aprrobe. O Pleno quedará validamente constituído cando, despois de ser regularmente convocado, estean presentes a maioría máis un dos Vogais que o integren e o Presidente ou Conselleiro que deba substituílo nos casos en que proceda. Os acordos adoptaranse por maioría absoluta dos membros presentes. En caso de que non alcanzase acordo, repetiríase a votación no seguinte Pleno en que se convocase, abondando a maioría simple dos presentes.

## V

As bases anteriores non esgotan, claro está, as posibilidades constitucionais dunha reforma máis extensa e de maior calado da Lei Orgánica reguladora. En particular, o delicado tema dos nomeamentos xudiciais, que deberían facerse de acordo con criterios obxectivos, segundo baremo oficial de idoneidades e méritos obxectivos homologados debidamente acreditados, ben merece o esforzo dunha atención prioritaria dos responsables que substraia as designacións á consideración das afinidades persoais ou políticas dos candidatos. Pero, aínda con esta limitación de obxecto, a modificación que se suxire apartaría en grande medida ao Consello das tensións políticas máis graves, preservándoo do desgaste que lle impide atender con eficacia aos requirimentos dunha inaprazable posta ao día da Administración de Xustiza.



# Algúns aspectos procedementais sobre o xuízo administrativo en liña de México

DR. CARLOS ESPINOSA BERECHOCHA

Licenciado en Dereito, Mestría e Doutorado en Dereito pola Universidade Panamericana

Director Académico dos programas de posgrao de Dereito Tributario na devandita Universidade e Catedrático da mesma

42 Regap

Regap

ESTUDOS E NOTAS

**Resumo:** *O autor neste ensaio, pretende analizar o novo sistema mexicano de xuízo en liña, a través do cal se substancia o procedemento administrativo carecendo de soporte físico, empregando exclusivamente medios electrónicos.*

*Con este novo sistema, que parte do recoñecemento de equivalencia funcional da tradicional sinatura autógrafa pola electrónica avanzada, á valoración das probas contidas en documentos dixitalizados e transmitidos por medios electrónicos e mediante notificacións efectuadas a través de correo electrónico e publicacións nun boletín electrónico, dáse un paso adiante cara a plena explotación das novas tecnoloxías en materia de medios electrónicos con validez xurídica, optimizando recursos materiais e humanos.*

**Palabras clave:** *xuízo en liña, medios electrónicos, documento dixital, documento electrónico, correo electrónico, sinatura electrónica avanzada, boletín electrónico,*

**Abstract:** *On this essay, the author pretends to analyse the new mexican online trial system, whereby the administrative process is substantiated lacking physical support, utilizing electronic media exclusively.*

*With this new system, this draws form the recognition of functional equivalence of the traditional signature by the advanced electronics, to the valuation of the restrained tests in dixitalised documents transmitted by electronic media throughout email notifications and publications in an electronic newsletter. This will be a significant step towards the full exploitation of new technology on electronic media with legal validity, optimising human and material resources.*

**Key words:** *online trial, electronic media, dixital document, email, advanced electronic signature, electronic newsletter.*

**Índice:** *1. Antecedentes. 1.1. Código de Comercio. 1.2. Código Civil Federal. 1.3. Código Federal de Procedementos Cívís. 1.4. A sinatura electrónica. 2. Xeneralidades do Procedemento. 2.1. Regulación. 2.2. Carga da proba. 2.3. Prazos de presentación. 2.4. Normatividade xerada a partir do Xuízo en Liña. 3 Alternativas de solución. Bibliografía*



# 1 Antecedentes

Por reforma publicada no Diario Oficial da Federación (DOF) o día 12 de xuño de 2009 a través da inserción do Capítulo X “Do Xuízo en Liña” ao Título I, da Lei Federal do Procedemento Contencioso Administrativo (LFPCA) créase o Xuízo en Liña (XL), sendo que antes de entrar en vigor, sofre reformas, que foron publicadas no DOF o 10 de decembro de 2010.

Adicionalmente, o 14 de abril de 2011, a Xunta de Goberno e Administración do Tribunal Federal de Xustiza Fiscal e Administrativa (TFXFA) emitiu o Acordo E/XGA/16/2011 (ACORDO) a través do cal se deron a coñecer os lineamentos técnicos e formais que deben observarse na substanciación do XL.

Pola súa parte, quedou determinado que o “Sistema de Xustiza en Liña está integrado polos Subsistemas de Xuízo en Liña, Xuízo Tradicional e de Información Estatística, e este último á súa vez comprende o Módulo de Banco de Sentenzas e Criterios Relevantes e o Módulo de Indicadores de Xestión e Reportes de Operación”.<sup>1</sup>

Igualmente, o ACORDO conta cun Anexo Único (ANEXO) que contén as recomendacións do TFXFA respecto do equipo de cómputo e programas informáticos mínimos recomendados para que os usuarios poidan ingresar e navegar de maneira óptima dentro do Sistema de Xustiza en Liña (SXL). Igualmente detalla as características mínimas que deberán reunir os documentos electrónicos que se empreguen dentro do Sistema, xa sexa porque se ofrecen como probas, ou porque formen parte do Expediente Electrónico por el administrado.

Coas publicacións anteriores, créase todo sistema baseado en medios electrónicos, para substanciar o XL ante o TFXFA.

Malia o anterior, a utilización de medios electrónicos, ou outras tecnoloxías no noso dereito é moito máis antiga que as reformas do ano 2000 que comentaremos en apartados seguintes e que deron soporte xurídico ao comercio electrónico ou e-commerce, xa que desde 1884 o Código de Comercio previa á comunicación telegráfica, o Código Civil a telefónica en 1928 e máis recentemente os medios telemáticos nas leis bancarias de 1990, a utilización de discos ópticos para apoio da información xerada polos Axentes Alfandegueiros na Lei Alfandegueira de 1993, así como as declaracións e pagamentos en formato electrónico, regulados desde marzo de 1998 polo Código Fiscal da Federación.<sup>2</sup>

Así as cosas detallaranse nos numerais seguintes, as reformas legais suscitadas no noso país no ano 2000, encamiñados ao pleno recoñecemento xurídico do comercio electrónico, coas consecuencias que iso implica no ámbito do dereito civil e procesal, como antecedente do XL.

É de destacarse que o XL se sustenta contra resolucións administrativas definitivas que causen prexuízo aos contribuíntes, sendo opcional a presentación do recurso de revogación –instancia administrativa fronte á autoridade emisora do acto impugnado- a diferenza do que ocorre en España, xa que como o comenta Albiñana “Esgotada a vía económico-administrativa queda expedito o exercicio do recurso contencioso-administrativo que é xudicial ou xurisdiccional.”<sup>3</sup>

1 Acordo E/XGA/16/2011 da Xunta de Goberno e Administración do TFXFA.

2 Cfr. REYES KRAFT, Alejandro Alfredo, *La Firma Electrónica y Las Entidades de Certificación*, Páx. 55.

3 ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, *Sistema Tributario Español y Comparado*, Páx. 148.

## 1.1 Código de Comercio

Como xa ocorreu outras tantas veces, os usos e prácticas mercantís mantéñense á vangarda do dereito dos comerciantes, motivando a súa regulación e ordenamento a través das normas xurídicas.

Como comenta Raúl Cervantes Ahumada “Pode dicirse que na actualidade unha grande porcentaxe da riqueza comercial, se representa e manexa por medio de títulos de crédito. Pero esta clase de títulos non xurdiu nos ordenamentos positivos en forma intempestiva ou como meditada creación dos xuristas, senón que o seu desenvolvemento veuse desenvolvendo na práctica ...para encher unha necesidade comercial típica.”<sup>4</sup>

Non é estraño así que o nacemento da regulación en materia de operacións celebradas a través de medios electrónicos, deuse precisamente a través das reformas ao Código de Comercio, publicadas no DOF do 29 de maio de 2000<sup>5</sup>, así como as correspondentes ao DOF do 29 de agosto de 2003, que a continuación detallaremos brevemente.

Polo que respecta ás reformas do ano 2000, con independencia das modificacións en materia do programa informático do Rexistro Público de Comercio, cuxo estudo escapa á finalidade do presente ensaio, adicionouse como Título II o chamado “Comercio Electrónico, nos seus artigos 89 a 94.

É importante destacar que nos referidos artigos, se describe por primeira vez a mensaxe de datos como a información xerada, enviada, recibida, arquivada ou comunicada a través de medios electrónicos.<sup>6</sup>

Igualmente coa reforma, créase un esbozo do que ao cabo sería a sinatura electrónica, posto que establece o artigo 90 a presunción de que a mensaxe de datos provén do emisor, cando no seu envío se empregasen medios de identificación como claves ou contrasinais.

Pola súa parte, en canto aos actos que a lei esixa para a súa validez a formalidade de estar escritos e asinados, terase por cumprido o devandito requisito, cando a mensaxe de datos sexa atribuíble á persoa obrigada e estea dispoñible para ulterior consulta.

Importante resulta a adición ao artigo 1205 para incorporar ás mensaxes de datos, para que xunto aos documentos públicos ou privados, poidan ser admisibles como medio de proba.<sup>7</sup> Como veremos máis adiante, tanto o concepto de sinatura electrónica, como a posibilidade de que as mensaxes de datos poidan considerarse medios probatorios, constitúen un dos piares onde descansa o XL, obxecto de estudo no presente ensaio.

Posteriormente, novas reformas publicadas no DOF o 29 de agosto de 2003, viñeron complementar o status quo do comercio electrónico actual e sentar as bases das operacións electrónicas, doadamente atribuíbles a persoa determinada, a través da sinatura electrónica.

4 CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Páxs. 15 e 16.

5 Se ben non son as únicas reformas publicadas con esa data en materia de medios electrónicos, polo seu contido consideráramolas de importancia primordial ás suscitadas nos Códigos Civil Federal e de Procedementos Cívís.

6 Artigo 89 do Código de Comercio.

7 De acordo co adicionado artigo 1298-A, para recoñecer o carácter probatorio das mensaxes de datos, haberá que considerar a fiabilidade do método en que se xerara, arquivase, comunicase e conservase, posto que debe garantir a súa inmutabilidade durante estes procesos.



Así, novamente se reforma o artigo 89 para concebir a equivalencia funcional<sup>8</sup> da mensaxe de datos e a sinatura electrónica, respecto dos documentos tradicionais e sinatura autógrafa clásica, respectivamente. É dicir, baixo certas características, recoñéceselles o mesmo valor a uns e outros, permitindo a súa utilización masiva en milleiros de transaccións comerciais e legais. Igualmente faise extensivo a outros medios tecnolóxicos diversos dos electrónicos, ao contemplar expresamente que: “Nos actos de comercio e na formación dos mesmos poderán empregarse os medios electrónicos, ópticos ou calquera outra tecnoloxía.”

Por primeira vez diferénciase no texto legal, os dous tipos de sinatura electrónica que poden existir. É dicir, a Sinatura Electrónica entendida como “os datos en forma electrónica consignados nunha Mensaxe de Datos, ou achegados ou loxicamente asociados ao mesmo por calquera tecnoloxía, que son empregados para identificar ao asinante en relación coa Mensaxe de Datos e indicar que o asinante aproba a información contida na Mensaxe de Datos, e que produce os mesmos efectos xurídicos que a sinatura autógrafa, sendo admisible como proba en xuízo”<sup>9</sup> e a Sinatura Electrónica Avanzada ou Fiable, como aquela que reúne os requisitos das fraccións I a IV do artigo 97, como son que os Datos de Creación da Sinatura, no contexto en que son empregados, corresponden exclusivamente ao asinante, estaban, no momento da sinatura, baixo o seu control exclusivo, é posible detectar calquera alteración da Sinatura Electrónica e da información dunha Mensaxe de Datos posterior ao momento da sinatura.

Igualmente aparecen regulados os certificados, servizos de certificación e os provedores dos devanditos servizos, que teñen como finalidade verificar a identidade dos usuarios e a súa vinculación cos medios de identificación electrónica, así como de comprobar a integridade e suficiencia da Mensaxe de Datos do solicitante e verificar a Sinatura Electrónica de quen realiza a verificación.

Como era de esperar, tamén se lexislou en materia de certificados e sinaturas electrónicas estranxeiras, recoñecendo que resulta irrelevante para a súa validez o lugar onde se expedisen, creado ou utilizado, así como tamén o lugar en que se atope o establecemento do prestador de servizos de certificación ou o asinante<sup>10</sup>, co que se privilexia para a súa validez o que presente un grao de fiabilidade equivalente aos contemplados polo Código de Comercio<sup>11</sup>, destacando ademais que calquera sinatura electrónica creada ou empregada fóra da República Mexicana producirá os mesmos efectos xurídicos na mesma, que unha Sinatura Electrónica creada ou empregada na República Mexicana cando presente o grao de fiabilidade equivalente que referimos.

## 1.2 Código Civil Federal

Non só no ámbito mercantil se verificaron reformas en materia de medios electrónicos no ano 2000, posto que a nosa lexislación común tamén se viu modificada en materia da forma de expresar o consentimento para os contratos, dentro do Título Primeiro, Primeira

8 A equivalencia funcional está baseada na lei Modelo das Nacións Unidas que implica se cumplan as mesmas funcións de (I) proporcionar un texto lexible para todos, (II) Asegurar a súa inalterabilidade no tempo, (III) permitir a súa reprodución para que cada parte conserve un exemplar, (IV) autenticar os datos a través dunha sinatura, e (V) proporcionar unha forma aceptable para a presentación dun escrito perante as autoridades e tribunais.

9 Texto do artigo 89 do Código de Comercio, a partir do 29 de agosto de 2003.

10 Artigo 114 do Código de Comercio.

11 Para tales efectos tomaranse en consideración as normas internacionais recoñecidas por México e calquera outro medio de convicción pertinente.



Parte, do Libro Cuarto do Código Civil que nos ocupa, referentes ás Fontes das obrigas, concretamente os artigos 1803, 1805, 1811, e adicionándose o 1834-BIS.

De acordo co anterior, xa se poderá considerar como unha manifestación de consentimento expreso, cando se realice a través de medios electrónicos, ópticos ou por calquera outra tecnoloxía. As mesmas tecnoloxías que tamén se incorporan para efectos de vincular ás partes en materia dunha oferta.

Por outra parte, en canto á forma dos contratos, por disposición expresa do novo artigo 1834-BIS, entenderase que cando a lei esixa determinada forma para a validez dun contrato, esta terase por cumprida mediante a utilización de medios electrónicos, ópticos ou de calquera outra tecnoloxía, sempre e cando, a información que se xere polos devanditos medios, estea accesible para a súa consulta posterior e poida ser atribuíble ás persoas obrigadas na operación que se trate.

A través da adopción das novas tecnoloxías, inclusive para aqueles actos que a lei reputa como solemnes, lógrase o equilibrio que desde hai máis de 40 anos buscaba o xurista Ernesto Gutiérrez y González ao mencionar respecto do conflito entre a seguridade e a celeridade “Moi certa e bela é a frase de Ihering de que a forma é inimiga xurada da arbitrariedade e irmá xemelga da liberdade. É unha valiosa garantía dos intereses públicos e nunca debe ser eliminada do dereito.

Pero non se debe, so pretexto desa bela frase, encubrir outros intereses que converten ao Dereito civil en armatoste xurídico. A proba de que se poden eliminar a un máximo as formas que agobian ao Dereito civil hoxe en día, tense no campo do Dereito mercantil, onde cun mínimo de formalidade, se ten bastante seguridade xurídica e logrouse inclusive, cumprindo o anhelo de Savigny “...un dereito non dubidoso, seguro, contra as usurpacións da arbitrariedade e os asaltos da inxustiza.”<sup>12</sup>

Co anterior, vemos que a adopción dos medios electrónicos pola nosa lexislación, non soamente alcanzou ao dereito dos comerciantes, senón tamén a todas as transaccións do dereito común nos termos en que recén apuntamos, é dicir, en canto á expresión do consentimento e á formalidade dos contratos, elementos claves do Dereito civil.

### 1.3 Código Federal de Procedementos Cívís

De nada, ou polo menos de pouco, servirían as modificacións á lexislación substantiva que recén comentamos, se non estivesen acompañadas da conseguinte instrumentación na lei procesal ou adxectiva que permitise aceptar como proba nos xuízos, os medios electrónicos avalados polo Código Civil, razón pola cal se adicionou por publicación no DOF do 29 de maio de 2000<sup>13</sup>, un artigo 210-A, para o recoñecemento como proba, da información xerada ou comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos ou en calquera outra tecnoloxía.

Se ben é certo que a modificación ao Código que comentamos se baseou nun artigo soamente, abonde dicir que a inclusión do mesmo, modifica o tradicional sistema de probas existentes no noso dereito, o cal como sabemos, ten a súa orixe na tradición romanista occidental.

<sup>12</sup> GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Páx. 221.

<sup>13</sup> En vigor a partir do 7 de xuño do mesmo ano.



Así as cosas, tiñamos por costume procesal ao falar de documentos, diferencíalos entre públicos ou privados, xa sexa que interviñese ou non na súa redacción un fedatario público, ou ben, entre orixinais ou copias, dependendo se se trata ou non, do documento redactado polo seu autor. Inclusive, recoñéciase un valor probatorio ás fotografías, películas cinematográficas, discos fonográficos se aquel contra quen se producen, non descoñecía a súa conformidade cos feitos e as cousas mesmas.<sup>14</sup>

Por outra parte, o Dicionario de Dereito Procesal Civil de Eduardo Pallares, encadra ás probas documentais como “Orixinais e derivadas, fai referencia aos documentos, segundo se trate do documento en que se faga constar o acto xurídico que hai que probar, ou de copias, testemuños ou reproducións deste documento. Escriche di a este respecto: “Chámase orixinal ou primordial, a primeira copia que literal e fielmente se saca da escritura matriz, ou sexa a que consta no protocolo ou rexistro, feita polo mesmo escribán que a fixo ou autorizou.”<sup>15</sup>

Os conceptos anteriores cambiaron drasticamente coas reformas que nos ocupan, posto que ao falar de documentos dixitais, é irrelevante tratar de distinguilos entre orixinal e copias, posto que sempre deberán ser tratados como orixinais, coa forza probatoria que iso implica.

Pola súa parte, e como vimos coas leis anteriores, un elemento fundamental para o recoñecemento da validez das novas tecnoloxías, é a fiabilidade do método en que fose xerada, comunicada, recibida ou arquivada e, no seu caso, se é posible atribuír ás persoas obrigadas o contido da información relativa e ser accesible para a súa ulterior consulta, en lugar de falar do feito de contar cun orixinal ou copia do documento.

Polo anterior, establécese que cando a lei requira que un documento sexa conservado e presentado na súa forma orixinal, ese requisito quedará satisfeito se se acredita que a información xerada, comunicada, recibida ou arquivada por medios electrónicos, ópticos ou de calquera outra tecnoloxía, se mantivo íntegra e inalterada a partir do momento en que se xerou por primeira vez na súa forma definitiva e esta poda ser accesible para a súa ulterior consulta, é dicir, o elemento fundamental para a validez da información xerada ou mantida en medios electrónicos, é a certeza de que se poida manter inalterable no tempo e desa maneira se transmita.

## 1.4 A Sinatura Electrónica

Unha vez que xa se conta coa estada procesal para: (i) recoñecer o mesmo valor probatorio a un documento electrónico que un tradicional, (ii) a existencia de regras claras para atribuír ás partes as comunicacións que se intercambien a través de medios electrónicos, (iii) que as mesmas poidan quedar obrigadas en virtude de tales comunicacións, soamente quedará por explorar un pouco, os antecedentes da sinatura electrónica, sendo un instrumento que denota a autoría de determinadas condutas xurídicas, para a plena procedencia do XL, que non é outra cousa que a utilización procesal dos medios electrónicos, con plena seguridade xurídica, optimizando o prazo de desafogo dun procedemento convencional e permitindo por iso, que a impartición de xustiza sexa máis expedita e por tanto, denote maior xustiza, por ese simple feito.

<sup>14</sup> ROCCO, Ugo, *Teoría General del Proceso Civil*, Páxs. 426 – 428.

<sup>15</sup> PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Páx. 588.

Antes de mencionar algunhas definicións que existen sobre a sinatura electrónica, comecemos por dicir que dentro da doutrina internacional, polo menos existe unha clara diferenza entre dous conceptos: a sinatura electrónica e a sinatura electrónica avanzada.

Pola primeira entendemos “aos datos en forma electrónica consignados nunha mensaxe de datos, ou achegados ou loxicamente asociados ao mesmo, que poden ser empregados para identificar e/ou vincular ao asinante en relación coa mensaxe de datos, en forma equivalente á sinatura manuscrita.”<sup>16</sup>

Pola súa parte, á sinatura electrónica avanzada definímola como aquela “que permite a identificación do asinante e foi xerada baixo o seu exclusivo control, coñecida tamén como sinatura dixital, que vincula exclusivamente ao mesmo coa mensaxe de datos ao que se achega ou se asocia, o que permite que sexa detectable calquera modificación ulterior deste.”<sup>17</sup>

Das transcripcións anteriores, podemos doadamente advertir que as devanditas definicións se refiren ás contidas nos artigos 89 e 97 respectivamente, do Código de Comercio e que a súa diferenza básica, estriba na seguridade que implica a sinatura electrónica avanzada, posto que non só implica a vinculación da mensaxe de datos co seu autor, senón que tamén volve detectable calquera modificación posterior do mesmo.

Con estes elementos, xa estamos en posibilidade de entrar ao estudo das novas disposicións que sobre XL, entraron en vigor a partir do pasado 7 de agosto, en virtude da reforma á LFPCA.

## 2 Xeneralidades do Procedemento

Antes de abordar as xeneralidades do procedemento do XL, consideramos oportuno sinalar que o novo artigo 1A da LFPCA, contén diversas definicións de conceptos asociados co mesmo, dentro do que destacan os seguintes: Notificación de Recibo, Arquivo, Boletín e Expediente Electrónico, Clave de Acceso, Contraseñal, entre outros, sendo pola súa importancia que transcribiremos os que a continuación se indican:

“Sinatura Dixital: Medio gráfico de identificación no Sistema de Xustiza en Liña, consistente na dixitalización dunha sinatura autógrafa mediante un dispositivo electrónico, que é utilizada para recoñecer ao seu autor e expresar o seu consentimento.”

“Sinatura Electrónica Avanzada: Conxunto de datos consignados nunha mensaxe electrónica achegados ou loxicamente asociados ao mesmo que permita identificar ao seu autor mediante o Sistema de Xustiza en liña, e que produce os mesmos efectos xurídicos que a sinatura autógrafa. A sinatura electrónica permite actuar en Xuízo en Liña.”

Das definicións de Sinatura Dixital e Electrónica Avanzada que acabamos de transcribir, despréndese que o lexislador se aparta do contido dos artigos 89 e 97 do Código de Comercio, confundindo o seu contido, posto que identifica a Sinatura Electrónica Avanzada co que en realidade é simple Sinatura Electrónica. Máis adiante abordaremos este tema con maior atención.

A plataforma informática coa que opera o XL, denomínase SXL, entendido este como o “Sistema informático establecido polo Tribunal a efecto de rexistrar, controlar, procesar,

<sup>16</sup> REYES KRAFT, Alejandro, Op. Cit., Páx. 164.

<sup>17</sup> Ídem.



almacenar, difundir, transmitir, xestionar, administrar e notificar o procedemento contencioso administrativo que se substancie ante o Tribunal.”

Pola súa parte, o XL é definido como “Substanciación e resolución do xuízo contencioso administrativo federal en todas as súas etapas, así como dos procedementos previstos no artigo 58 desta Lei, a través do Sistema de Xustiza en Liña, mesmo nos casos en que sexa procedente a vía sumaria.”

Posteriormente nos novos artigos 58-A a 58-S descríbese detalladamente o XL, que pode quedar sintetizado para os efectos do presente nos termos seguintes:

## 2.1 Regulación

O xuízo contencioso administrativo federal promoverase, substanciarase e resolverase en liña, a través do SXL, sendo que en todo o non previsto, se aplicarán as demais disposicións que resulten aplicables da LFPCA

A elección de promover XL ou en forma tradicional, queda en beneficio do contribuínte, non da autoridade. Porén se non sinala expresamente a súa dirección de correo electrónico, tramitarase o Xuízo na vía tradicional.

O Expediente Electrónico do XL, incluírá todas as promocións, probas e outros anexos que presenten as partes, oficios, acordos, e resolucións tanto interlocutorias como definitivas, así como as demais actuacións que deriven da substanciación do xuízo, garantindo a súa seguridade, inalterabilidade, autenticidade, integridade e durabilidade.

No XL a Sinatura Electrónica Avanzada terá os mesmos efectos legais que a sinatura autógrafa e garantirá a integridade do documento, tendo o mesmo valor probatorio. Do anterior, despréndese que aínda e cando a descrición do concepto sinatura electrónica conteña a imprecisión que comentamos no apartado anterior, polo contido do artigo 58-F da LFPCA despréndese que si se trata dunha Sinatura Electrónica Avanzada, posto que non soamente identifica ao seu autor, senón que tamén garante a integridade do documento ao que se acompaña.

Prevese que para facer uso do SXL, a través do cal se tramita o XL, deberán observarse os lineamentos que, para tal efecto, expida o TFXFA e se require a utilización da Sinatura Electrónica Avanzada, Clave de Acceso e Contrásinal que este proporcionará, previa obtención do rexistro e autorización correspondentes, o cal implica o consentimento expreso de que o devandito Sistema rexistrará a data e hora na que se abran os Arquivos Electrónicos, que conteñan as constancias que integran o Expediente Electrónico, para os efectos legais establecidos neste ordenamento. É dicir, a data en que se practican as notificacións.

Ao respecto, é importante destacar que é bastante criticable que o lexislador deixou nunha normatividade secundaria, que nin sequera ten carácter de lei, os lineamentos de operación e do SXL.

Soamente, as partes, as persoas autorizadas e delegados terán acceso ao Expediente Electrónico, exclusivamente para a súa consulta, unha vez que teñan rexistrada a súa Clave de Acceso e Contrásinal. Os titulares dunha Sinatura Electrónica Avanzada, Clave de Acceso e Contrásinal serán responsables do seu uso, polo que o acceso ou recepción das notificacións, a consulta ao Expediente Electrónico e o envío de información mediante a utilización

de calquera dos devanditos instrumentos, seranlles atribuíbles e non admitirán proba en contrario, salvo que se demostren fallas do SXL.

Ao respecto, estamos fronte a unha disposición que en principio parecese unha presunción legal *juris et de jure*, que deixaría de admitir proba en contrario ao ser unha norma imperativa que exclúe calquera tipo de proba do feito, considerándoo verdadeiro aínda que non o sexa.<sup>18</sup> Porén, posteriormente o legislador contemplou que si pode opoñerse proba en contra do SXL, polo que en realidade a imputación da utilización do SXL en contra dos usuarios do mesmo, é soamente unha presunción *juris tantum*, que consecuentemente admite proba en contrario.

O SXL emite a Notificación de Recibo Electrónico correspondente, sinalando a data e a hora, unha vez que se reciben vía electrónica as promocións entre as partes.

Se ben coa adopción deste sistema se consideran hábiles as 24 horas dos días en que se atopen abertas ao público as Oficinas das Salas do Tribunal, as promocións consideraranse, salvo proba en contrario, presentadas o día e hora que conste na Notificación de Recibo Electrónico que emita o SXL, no lugar onde o promovente teña o seu domicilio fiscal e, por recibidas, no lugar da sede da Sala Rexional á que corresponda coñecer do xuízo por razón de territorio. Ao establecerse unha dualidade de criterios de envío e recepción de arquivos e documentos por cuestións de fusos horarios, puidese existir confusión e inclusive caer no extremo de que unha promoción se teña por presentada nun día inhábil, é dicir, presentada o día hábil seguinte, ou ben, fóra dos prazos legais correspondentes, como o abordaremos máis adiante, o que implicaría a súa extemporaneidade, coa consecuencia procesal conducente.

Para ter certeza xurídica na substanciación do XL a través do SXL, estipúlase que calquera actuación neste será validada coas sinaturas electrónicas e dixitais dos Maxistrados e Secretarios de Acordos que dean fe segundo corresponda.

Respecto ás probas, queda establecido que os documentos ofrecidos como probas, incluído o expediente administrativo a que se refire o artigo 14, fracción V, da LFPCA deberán ser exhibidos de forma lexible a través do SXL.

Así, tratándose de documentos dixitais, deberase manifestar a súa natureza, especificando se a reprodución dixital corresponde a unha copia simple, unha copia certificada ou ao orixinal e tratándose desta última, se ten ou non sinatura autógrafa. Os particulares deberán facer esta manifestación baixo protesta de dicir verdade, a omisión da manifestación presume en prexuízo só do promovente, que o documento dixitalizado corresponde a unha copia simple.

As probas documentais que ofrezan e exhiban as partes terán o mesmo valor probatorio que a súa constancia física, sempre e cando se observen as disposicións da presente Lei e dos acordos normativos que emitan os órganos do Tribunal para asegurar a autenticidade da información, así como da súa transmisión, recepción, validación e notificación.

Ao respecto, e como se detallará máis adiante, a redacción do capítulo de probas do XL poderá traer algunhas confusións en canto ao valor probatorio das documentais achegadas, o problema cos documentos asinados dixitalmente e a regulación dos acordos normativos.

<sup>18</sup> Cfr. ROCCO, Ugo, Op. Cit., Páx. 430.



Tamén queda previsto que tratándose de probas diversas ás documentais, os instrumentos nos que se faga constar a súa existencia, integraranse ao Expediente Electrónico debendo o Secretario de Acordos correspondente dixitalizar as constancias relativas, certificando o seu cotexo cos orixinais físicos e serán ofrecidos conxuntamente á demanda, para ser presentados á Sala que estea coñecendo do asunto, na mesma data na que se rexistre no SXL o seu ofrecemento por vía electrónica.

Atinadamente contéplase que ao estar dixitalizada toda a documentación, xa non será necesario que as partes exhiban copias para correr os traslados que a Lei establece, salvo que houbese terceiro interesado, en cuxo caso, o demandante deberá presentar a copia de traslado cos seus respectivos anexos. O anterior, obedece a que este terceiro interesado tamén terá a oportunidade de elixir acudir ao XL ou tramitalo pola vía tradicional, caso este último no que requirirá a copia que xa se comentou.

Tratándose de notificacións, efectuaranse a través do SXL, xa sexa que se trate das que se deban practicar de forma persoal, por correo certificado con notificación de recibo, ou por oficio, mediante a minuta electrónica elaborada polo actuario en que precise a actuación ou resolución a notificar e os seus anexos, validada pola súa sinatura electrónica avanzada.

O procedemento para a notificación, consiste en que o actuario envía á Dirección de Correo Electrónico da parte a notificar, un aviso informándolle que se ditou unha actuación ou resolución no Expediente Electrónico, a cal está dispoñible no SxL, o cal rexistra a data e hora do envío. Terase legalmente practicada a notificación, cando o SXL xere a Notificación de Recibo Electrónico onde conste a data e hora en que a parte notificada ingresou ao Expediente Electrónico, o que deberá suceder dentro do prazo de tres días hábiles seguintes á data de envío do aviso polo actuario á Dirección de Correo Electrónico da respectiva parte, posto que de non ocorrer o anterior, a notificación efectuarase mediante listaxe e por Boletín Procesal ao cuarto día hábil contado a partir da data de envío do Correo Electrónico, data en que se terá por legalmente notificado á parte que corresponda.

Todo parece indicar que a diminución no prazo de substanciación do XL que tanto promocionaron diversos funcionarios do TFXFA, como os lexisladores, soamente obedece a este punto. É dicir, os prazos para a presentación de demanda, a súa contestación, alegatos, etc., mantéñense inalterables no XL, como se se tratase do xuízo na vía tradicional, polo que a redución do prazo queda limitada ao tempo en que demoran os actuarios do TFXFA en levar a cabo as notificacións físicas ou a través do Servizo Postal Mexicano, as que deban facerse a través do devandito medio.

O emprazamento correspondente ás autoridades demandadas no XL, implica que deberon rexistrar na Secretaría Xeral de Acordos ou ante a Presidencia das Salas Rexionais, a Dirección de Correo Electrónico Institucional, e o seu domicilio oficial para o seu emprazamento electrónico, so pena, en caso de incumprimento, de que todas as notificacións se lles farán a través do Boletín Procesal, ata que se cumpra coa devandita formalidade. É dicir, existe un recoñecemento á rebeldía da autoridade, derivada da súa desobediencia e contravención a un deber que lle impón a LFPCA.<sup>19</sup>

Por outra parte, ao ser o XL en liña exclusivo das materias reguladas pola LFPCA, a presentación e trámite dos recursos de revisión e xuízos de amparo que se promovan contra

<sup>19</sup> PALLARES, Eduardo, Op. Cit., páx. 605.

as actuacións e resolucións derivadas daquel, deberán facerse en forma tradicional, non sendo aplicable ningunha das súas disposicións.

Para remisión do expediente correspondente ao Xulgado de Distrito ou Tribunal Colexiado competente, o Secretario Xeral de Acordos do Tribunal, os Secretarios Adxuntos de Sección e os Secretarios de Acordos de Sala Superior e de Salas Rexionais segundo corresponda, deberán imprimir o arquivo do Expediente Electrónico e certificar as constancias do xuízo que deban ser remitidos, cando se impugnen resolucións dos xuízos correspondentes á súa mesa.

Sen prexuízo do anterior, naqueles casos en que así o solicite o Xulgado de Distrito ou o Tribunal Colexiado poderase remitir a información a través de medios electrónicos.

Como veremos en apartados posteriores, é desafortunada a redacción anterior da LFPCA, posto que pode chegar a implicar unha certificación deficiente que altere substancialmente o valor e alcance probatorio do documento en cuestión, á par que non se está motivando o uso de documentos dixitais, senón pola contra, se alenta a reticencia ao cambio.

Noutra orde de ideas, tratándose do caso que o TFXFA advirta que algunha persoa modificou, alterou, destruiu ou provocou a perda de información contida no SXL, tomaranse as medidas de protección necesarias, para evitar a devandita conduta ata que conclúa o xuízo, o cal se continuará tramitando a través dun Xuízo na vía tradicional, destacándose que se o responsable é usuario do mesmo, se cancelará a súa Sinatura Electrónica Avanzada, Clave e Contraseñal para ingresar, negándosele a posibilidade de volver promover xuízos en liña.

Adicionalmente, advírtese que sen demérito das responsabilidades penais respectivas, se impondrá ao autor do ilícito unha multa de trescentas a cincocentas veces o salario mínimo xeral vixente no Distrito Federal ao momento de cometer a infracción.

Finalmente, establécese que cando por caso fortuito, forza maior ou por fallas técnicas se interrompa o funcionamento do SXL, facendo imposible o cumprimento dos prazos establecidos na LFPCA, as partes deberán dar aviso á Sala correspondente, para que en caso de confirmarse a interrupción; a Sala faga constar esta situación mediante acordo no expediente electrónico e, considerando exclusivamente o tempo da interrupción, realizará o cómputo correspondente, para determinar se houbo ou non incumprimento dos prazos legais.

## 2.2 Carga da proba

Dentro de calquera procedemento xudicial ou xurisdiccional, o concepto de carga da proba reviste unha importancia toral, posto que como di Becerra Bautista, “a doutrina acepta que a proba é unha carga, en canto que é unha actividade optativa para as partes, pero que se non a desenvolven sofren as consecuencias da súa inactividade procesal, que redundará na improcedencia, ben sexa da súa acción, ben sexa da excepción oposta”.<sup>20</sup>

En abundancia, dentro do ámbito do Dereito Comparado, para Fernando Garrido Falla o incumprimento das partes en materia de ofrecemento de probas en tempo e forma legais, non debe estimarse violatorio da Constitución Española, ao afirmar que “a doutrina do Tribunal Constitucional ten reiteradamente sinalado que o dereito á utilización dos medios de proba pertinentes para a defensa, consagrado no artigo 24.2 da Constitución, cons-

<sup>20</sup> BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, Páx. 85.





titúe un dereito de configuración legal, cuxo exercicio ten que someterse aos requisitos de tempo e forma dispostos polas leis procesais, de modo que cando a inadmisión ou o rexeitamento dos medios de proba sexa debido ao incumprimento por parte do interesado das devanditas esixencias legais, a resolución que así o acorde non poderá reputarse lesiva do artigo 24.2 da Constitución.”<sup>21</sup>

O anterior cobra grande importancia, se tomamos en consideración como di González Pérez que “Se a proba é a actividade que tende a convencer ao xuíz da existencia ou inexistencia dun dato procesal, a súa eficacia directiva virá determinada polo grao de convicción logrado polo xulgador.”<sup>22</sup>

Non obstante que ubicándonos na teoría xeral do Dereito Administrativo, ao estar no procedemento xurisdiccional enfrontados os dereitos da Facenda pública e un contribuínte, se parte da base dunha presunción de validez dos actos da autoridade, que evidentemente parece romper o equilibrio procesal entre as partes.

Presunción que a dicir de Ernesto Eserverri, é “un Proceso lóxico conforme ao cal, acreditada a existencia dun feito –o chamado feito base-, se conclúe na confirmación doutro que normalmente lle acompaña –o feito presumido- sobre o que se proxectan determinados efectos xurídicos. Este proceso de dedución lóxica pode ser o resultado da especulación de quen aplica o Dereito, e en tal caso a presunción se cualifica de simple ou hominis, e pode tamén repentizarse no texto da norma xurídica, tratándose dunha presunción legal.”<sup>23</sup> Sendo esta última a que nos ocupa, posto que iso se desprende do contido do artigo 68 do Código Fiscal da Federación (CFF) e 42 da LFPCA ao dispoñer expresamente que os actos e resolucións das autoridades fiscais se presumirán legais. Porén, as devanditas autoridades deberán probar os feitos que motiven os actos ou resolucións cando o afectado os negue lisa e planamente, a menos, que a negativa implique a afirmación doutro feito, polo que a ruptura da equidade procesal poida ser que non transcenda ao fallo dos tribunais competentes, posto que se parte do principio de que a autoridade está actuando dentro do principio de legalidade administrativa.

Só baixo estes termos, se pode xustificar que o lexislador outorgase á autoridade tributaria tal beneficio, posto que como di Eusebio González “a presunción de legalidade dos actos administrativos en xeral, e dos tributarios en particular, cobra pleno sentido no suposto de que a Administración actúe de forma habitual dentro da legalidade. Só en tal suposto cabe outorgar á Administración semellante prerrogativa, sen contar coa pertinente declaración Xudicial.”<sup>24</sup>

Pola súa parte, Alberto Sánchez Pichardo, ao referirse á legalidade dos actos de autoridade, sostén que “Un acto de autoridade que afecte as garantías individuais sen cinguirse ao marco legal, será un acto arbitrario, e se bien, de entrada todo acto administrativo ten ao seu favor a presunción de ser legal (co fin de dotar ao acto administrativo de efectividade e coercitividade, se é o caso) da análise e as causas dos motivos que o xeraron, así como do estudo do procedemento polo que naceu, pode chegarse a descubrir que o acto reclamado é inconstitucional no sentido de que a súa hipótese de procedencia non se contempla nin na Constitución xeral, nin en ningunha lei regulamentaria desta.”<sup>25</sup>

21 GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. III, Páx. 217

22 GONZÁLEZ PÉREZ Jesús e VÁZQUEZ ALFARO José Luis, *Derecho Procesal Administrativo Federal*, Páx. 217.

23 ESEVERRI MARTÍNEZ, Ernesto, *Presunciones Legales y Derecho Tributario*, Páx. 7.

24 PÉREZ DE AYALA, José Luis e GONZÁLEZ Eusebio, *Derecho Tributario T. II*, Páx. 1136.

25 SÁNCHEZ PICHARDO, Alberto C., *Los Medios de Impugnación en materia Administrativa*, Páx. 668.

Unha vez feitas estas precisións, convén mencionar que os artigos 58-K e 58-Q da LFPCA, así como o 36 do ACORDO, en materia de probanzas, poden implicar deformacións ou trampas procesais, coa consecuente inseguridade xurídica que iso implica.

Pola importancia que reviste, transcribamos os artigos que adoecen do vicio apuntado:

“ARTIGO 58-K.- Os documentos que as partes ofrezan como proba, incluído o expediente administrativo a que se refire o artigo 14, fracción V, desta Lei, deberán exhibilos de forma lexible a través do Sistema de Xustiza en Liña do Tribunal.

Tratándose de documentos dixitais, deberase manifestar a natureza dos mesmos, especificando se a reprodución dixital corresponde a unha copia simple, unha copia certificada ou ao original e tratándose desta última, se ten ou non sinatura autógrafa. Os particulares deberán facer esta manifestación baixo protesta de dicir verdade, a omisión da manifestación presume en perxuízo só do promovente, que o documento dixitalizado corresponde a unha copia simple.

As probas documentais que ofrezan e exhiban as partes terán o mesmo valor probatorio que a súa constancia física, sempre e cando se observen as disposicións da presente Lei e dos acordos normativos que emitan os órganos do Tribunal para asegurar a autenticidade da información, así como da súa transmisión, recepción, validación e notificación.”

“ARTIGO 58-Q.- Para a presentación e trámite dos recursos de revisión e xuízos de amparo que se promovan contra as actuacións e resolucións derivadas do Xuízo en Liña, non será aplicable o disposto no presente Capítulo.

O Secretario Xeral de Acordos do Tribunal, os Secretarios Adxuntos de Sección e os Secretarios de Acordos de Sala Superior e de Salas Rexionais segundo corresponda, deberán imprimir o arquivo do Expediente Electrónico e certificar as constancias do xuízo que deban ser remitidos aos Xulgados de Distrito e Tribunais Colexiados de Circuito, cando se impugnen resolucións dos xuízos correspondentes á súa mesa.

Sen prexuízo do anterior, naqueles casos en que así o solicite o Xulgado de Distrito ou o Tribunal Colexiado poderase remitir a información a través de medios electrónicos.”

“Artigo 36.- Calquera Documento Electrónico ou dixitalizado, que obre no Expediente Electrónico ou sexa ofrecido polas partes no xuízo, deberá cumprir coas características de ser accesible, de doado manexo, inalterable e sen restricións de copiado do texto ou de calquera contido, impresión e consulta, así como as demais características precisadas no Anexo Único destes Lineamentos.”

Da transcripción dos artigos citados, despréndese que maila que o XL nace aproveitando os avances tecnolóxicos en materia de medios electrónicos, recoñecendo a equivalencia da sinatura autógrafa da electrónica en materia de promocións, descoñece para efectos de proba, aos documentos que calzan unha sinatura dixital, electrónica avanzada ou cadea dixital que os converte por ese feito como orixinais.

É claro o artigo 58-K ao dispoñer sobre a aceptación de documentos dixitais, que se deberá especificar “se a reprodución dixital corresponde a unha copia simple, unha copia certificada ou ao orixinal e tratándose desta última, se ten ou non sinatura autógrafa.” É dicir, deixou fóra aos documentos que contan cunha sinatura electrónica, dixital ou cadea dixital e que debesen valorarse como orixinais con sinatura autógrafa.



Ao respecto, o CFF nos seus artigos 17-C ao 17-J regulan desde 2004 as diversas operacións que se efectúan ante as autoridades fiscais, empregando medios electrónicos que ao conter unha sinatura electrónica avanzada, suple á sinatura autógrafa. Entre tantas, destácanse a realización por esta vía, operacións como pagamento de contribucións, solicitudes de devolución das mesmas, presentación de avisos á autoridade fiscal, así como a emisión de facturas polas actividades realizadas polos contribuíntes e mesmo, a propia autoridade queda facultada para asinar desta maneira os actos administrativos que deben notificarse aos contribuíntes.

Polo anterior, sendo tan amplo o espectro de documentación xerada por medios electrónicos, que soamente está amparada por unha sinatura electrónica avanzada, falar da súa representación física en orixinal, copia ou copia certificada, como o prescribe o artigo 58-K resulta totalmente irrelevante, e preocupante á vez o feito de deixar fóra aos documentos que só contemplan unha sinatura electrónica.

De acordo á deficiente redacción do dispositivo que comentamos, queda dubitado o valor probatorio de diversas instrumentais aportadas polas partes ao XL, xa que como mencionabamos anteriormente, para acreditar o monto pagado de impostos e dereitos ao erario público, as cantidades obxecto de devolución, múltiples avisos presentados ante as autoridades fiscais, formatos de importación e exportación de mercadorías, o monto facturado polo contribuínte aos seus clientes, faise a través dun documento dixital amparado por unha sinatura electrónica, o cal, ao parecer non queda incluído dentro dos documentos susceptibles de ser considerados como proba nun xuízo.

Noutra orde de ideas, non soamente existe o vicio por defecto do dispositivo que analizamos, posto que tamén o ten por exceso, como a continuación explicaremos.

Como xa analizamos, o artigo 58-K da LFPCA determina o tipo de probas que como documentos dixitais, se poden ofrecer no XL, destacándose que se tomará como orixinal, copia certificada ou copia simple, de acordo á declaración baixo protesta de dicir verdade realizada polo promovente, entendendo que se non a efectúa, terase ao documento dixitalizado corresponde a unha copia simple.

Se ben é de explorado dereito que existe o principio de bona fides semper prae sumitur nissi mala adesse probetur, o mesmo non debe ser utilizado nas normas probatorias dun xuízo, xa que como mencionamos anteriormente, é nesta etapa que se acreditan as accións e excepcións vertidas no xuízo, non debendo ser relevadas as partes da devandita obriga, xa que é unha carga procesal para as mesmas.

Neste sentido, está fóra de discusión que o valor probatorio dun documento orixinal ou en copia certificada, é moi diferente que a simple copia do mesmo documento. Trasladado o anterior ao documento dixital, é claro que nos termos do terceiro parágrafo do artigo 58-K que comentamos, o valor probatorio dos documentos dixitais será o mesmo que para a súa constancia física, é dicir, a dixitalización dun documento orixinal, terá o mesmo valor que o documento físico dese orixinal.

Polo anterior, se se deixa ás partes que a través dunha simple manifestación baixo protesta, describan a natureza dos soportes físicos dos documentos dixitais achegados como probas –orixinais, copias certificadas ou copias simples- córrese o risco de que diversas cuestións

que soamente se poden demostrar a través de documentación auténtica, acaben sendo acreditadas a través de simples copias, coa afectación que iso implica.

Se ben existe a posibilidade de que as partes no xuízo poidan obxectar a idoneidade dalgunha probanza ofrecida pola súa contraparte, a través do incidente correspondente, non é este o caso que se abordará no presente ensaio<sup>26</sup>, senón o que a continuación se expón e que se deriva da aplicación do artigo 58-Q da LFPCA.

Unha vez concluído o XL, en caso que algunha das partes recorre a sentenza do TFXFA, xa sexa a través do amparo directo –entendido como “o medio de control da constitucionalidade dos actos e resolucións emitidos polas autoridades legislativas, administrativas ou xudiciais”-<sup>27</sup> ou recurso de revisión, segundo se trate de que o interpoña o contribuínte ou a autoridade, para ser resolto polo Tribunal Colexiado de Circuito en servizo, necesariamente se deberá tramitar na vía tradicional, ao non ter os órganos do Poder Xudicial da Federación instrumentado un procedemento similar ao SXL.

Para tales efectos, o Secretario Xeral de Acordos do TFXFA, os Secretarios Adxuntos de Sección e os Secretarios de Acordos de Sala Superior e de Salas Rexionais segundo corresponda, deberán imprimir o arquivo do Expediente Electrónico e certificar as constancias do xuízo que deban ser remitidos aos Xulgados de Distrito e Tribunais Colexiados de Circuito, cando se impugnen resolucións dos xuízos correspondentes á súa mesa.

Co anterior, poderá suceder que un documento dixital cuxo soporte físico fose copia simple, pero que o oferente manifestou no XL que contaba co seu orixinal, será certificado como orixinal por parte do funcionario do TFXFA e como tal, quede integrado no expediente que servirá para substanciar o amparo ou a revisión interpostas, onde o devandito sexa de paso, xa non existe oportunidade de achegar ou obxectar proba ningunha, xa que soamente poderá ser materia da lite, a sentenza da Sala correspondente do TFXFA.

É por iso que se tomamos en conta que en non poucos caso existe a falta de contestación de demanda por parte das autoridades administrativas -particularmente as que teñen o seu domicilio nun lugar diferente ao da competencia da Sala Rexional do TFXFA ante a cal se sustenta o XL-, poderemos advertir que as devanditas autoridades carecerán de oportunidade para poder obxectar a orixinalidade dun documento, o cal como dixemos, acabou sendo certificado ao termo da instancia do XL.

Así as cousas, vemos un claro exemplo onde a copia simple dun documento, pode acabar convertido na certificación dun documento orixinal na instancia do amparo ou recurso de revisión, coa inxustiza que iso implica. É claro que ao falar de cargas procesais, como ao inicio do presente apartado indicamos, necesariamente teremos que asumilas como obriga das partes, a cal tamén puidera ser a revisión das probanzas aportadas pola contraparte. Porén, se ben existe a preclusión como sanción á parte que desiste de aportar probas, a eventual conversión dun documento de copia a orixinal, quizis escape á devandita sanción.

<sup>26</sup> A posibilidade de interpoñer o incidente de falsidade de documentos a que se refire o artigo 36 da LFPCA, se ben pode dicirse que brinda certeza xurídica, ao ser un contrapeso á consideración de que polo simple feito de que a través dunha declaración das partes se lles asigne o carácter ás documentais ofrecidas, tamén pode acabar convertíndose nunha práctica dilatoria xeralizada que nos xuízos, ao obxectarse indiscriminadamente os documentos ofrecidos, o que implicará que se deba achegar o documento físico para certificación do Secretario correspondente, coa demora que iso implica e que se desvirtúa a finalidade e celeridade prometida do XL.

<sup>27</sup> Sánchez Pichardo, Alberto C., Op. Cit., Páx., 667.



Noutra orde de ideas, novamente consideramos desafortunada a redacción do terceiro párrafo do artigo que comentamos, xa que expresamente menciona que “Sen prexuízo do anterior, naqueles casos en que así o solicite o Xulgado de Distrito ou o Tribunal Colexiado poderase remitir a información a través de medios electrónicos.”

É dicir, malia que se esgrimiu como unha de tantas virtudes do XL, os beneficios en materia ecolóxica e de preservación do medio ambiente derivados do substancial aforro en papel ao perar baicamente con documentos dixitais e suprimirse por lóxica consecuencia a obriga de correr o traslado correspondente ás partes involucradas no xuízo –excepción feita do terceiro interesado- cando se chega á impugnación da sentenza que poña fin ao XL, atopámonos que se desdeña a virtude sinalada e se privilegia a impresión física do expediente administrativo, en lugar da súa remisión por medios electrónicos.

Somos da opinión que para ser congruentes cun dos leitmotiv da reforma procesal que introduciu a nosa lexislación ao SXL, debeu consignarse que no caso de que un contribuínte interpuxese un xuízo de amparo contra a sentenza que puxo fin ao XL, ou ben, no caso de que fose a autoridade demandada a que presentase o recurso de revisión en contra da mesma, en primeiro termo se enviaría o expediente electrónico ao Ad quem encargado da substanciación do medio de impugnación e soamente por excepción, se imprimirían os documentos dixitais e certificarían.

É abondo coñecido, que por un non sempre xustifico costume, os tribunais adoitan transcribir partes considerables das sentenzas que ante eles se someten a impugnación, para o cal, o seu persoal solicita os apoios electrónicos das sentenzas así impugnadas, para facilitar tal tarefa. Co anterior, se por razóns de evitar a mecanografía na trascrición de grandes partes das sentenzas, o A quem solicita o arquivo electrónico correspondente, por maioría de razón debera ter primacía o reenvío desta maneira, en lugar de privilexiar, como dixemos, o envío da impresión do expediente electrónico.

## 2.3 Prazos de presentación

Outro aspecto que poderá xerar confusión e mesmo desembocar en diversas cuestións de improcedencia ou sobresemento, é o relativo aos prazos de presentación das promocións.

Xa anticipamos que se ben os prazos de presentación de promocións do XL son os mesmos que para o sistema tradicional, a propia e especial natureza do SXL, ao carecer dunha oficina física, implica que as vinte e catro horas do día se consideren como hábiles para efectos da tramitación do XL que nos ocupa.

O anterior implica, que a diferenza do sistema tradicional onde se poden presentar as promocións dentro do horario regular da Sala Rexional do TFXFA de que se trate –xeralmente establecido entre as 8:30 e as 15:30 horas-<sup>28</sup> mediante o SXL as promocións pódense presentar (transmitir, tecnicamente falando) en calquera momento do día ou da noite, coa única limitante de que en caso de ser transmitidas no SXL en días inhábiles para o TFXFA, entenderanse presentadas ao día hábil seguinte.

Ata aquí, non existe inconveniente ou confusión ningunha. Todo o contrario, posto que o aproveitamento a cabalidade do potencial dos medios electrónicos, permite a presen-

---

<sup>28</sup> Segundo dispón o artigo 6 do Regulamento Interior do TFXFA.

tación de promocións sen o traslado a unha oficina física nun horario ampliado, coa optimización de recursos materiais e inmateriais como o codiciado tempo, que iso implica.

Porén, o segundo parágrafo do artigo 58 da LFPCA refire que “as promocións consideráranse, salvo proba en contrario, presentadas o día e hora que conste na Notificación de Recibo Electrónico que emita o Sistema de Xustiza en Liña do Tribunal, no lugar onde o promovente teña o seu domicilio fiscal e, por recibidas, no lugar da sede da Sala Rexional á que corresponda coñecer do xuízo por razón de territorio.”

É dicir, pode existir unha disparidade horaria entre o envío -acorde ao fuso horario do domicilio fiscal do promovente- e o recibo -segundo o fuso horario da Sala Rexional do TFXFA correspondente-.

En México a determinación das zonas horarios e os horarios estacionais corresponde ao Congreso da Unión.<sup>29</sup>

Noutra orde de ideas, e de conformidade co acordo que publicou a Secretaría de Economía no DOF o día 4 de xuño do 2007, o Centro Nacional de Metroloxía, en exercicio das atribucións que lle confiere a Lei Federal sobre Metroloxía Normalización, así como o seu Regulamento, desenvolveu e materializou o Patrón de Escalas de Tempo como Patrón Nacional de Medición que rexerá no noso país. Esta escala de tempo UTC, a cal é a realización nacional da escala de Tempo Universal Coordinado, UTC, establece a hora oficial do día para os tres fusos horarios que aplican nos Estados Unidos Mexicanos: Tempo do Centro, Tempo do Pacífico e Tempo do Noroeste. As escalas de tempo para os tres fusos horarios nacionais relaciónanse co UTC da seguinte maneira:

Escala de Tempo do Centro = UTC(CNM) – N<sup>30</sup>

Escala de Tempo do Pacífico = UTC(CNM) – (N+1)

Escala de Tempo do Noroeste = UTC(CNM) – (N+2)

As Entidades Federativas que quedan incluídas nas tres zonas de tempo Xa referidas, quedan nos seguintes termos: (i) Zona Noroeste; Baixa California, (ii) Zona Pacífico; Baixa California Sur, Chihuahua, Nayarit, Sinaloa e Sonora e (iii) Zona Centro; Coahuila, Oaxaca, Colima, Puebla, Chiapas, Querétaro, Distrito Federal, Quintana Roo, Durango, San Luis Potosí, Guanajuato, Tabasco, Guerrero, Tamaulipas, Hidalgo, Tlaxcala, Jalisco, Veracruz, Estado de México, Yucatán, Michoacán e Zacatecas.

O anterior, non é outra cousa que dicir que mentres na zona do centro son as 16:00 horas, equivale ás 15:00 horas para a zona do pacífico e ás 14:00 horas para a zona do Noroeste.

Adicionalmente, temos que de acordo cos artigos 32 e 33 da Lei Orgánica do TFXFA, o territorio nacional dividírase en rexións cos límites territoriais que se determinen no seu Regulamento Interior, e en cada rexión haberá o número de Salas que estableza o devandito regulamento, no que tamén se determinará entre outros, a súa sede e circunscrición territorial.

En tales termos, o Regulamento referido, no seu artigo 21 establece a división territorial do territorio nacional que adiantáramos nos termos seguintes:

<sup>29</sup> Artigo 4 da Lei do Sistema de Horario nos Estados Unidos Mexicanos publicada no DOF o 29 de decembro do 2001.

<sup>30</sup> Onde N é igual a 6 horas para o horario de inverno e a 5 horas para o horario de verán.



“Artigo 21.- Para os efectos do artigo 32 da Lei, o territorio nacional divídese nas rexións cos límites territoriais seguintes:

- I. Noroeste I, que comprende o Estado de Baja California;
- II. Noroeste II, que comprende o Estado de Sonora;
- III. Noroeste III, que comprendos Estados de Baja California Sur e Sinaloa;
- IV. Norte-Centro I, que comprende o Estado de Chihuahua;
- V. Norte-Centro II, que comprendos os Estados de Durango e Coahuila;
- VI. Noreste, que comprende o Estado de Nuevo León e os municipios de Nuevo Laredo, Guerrero, Mier, Miguel Alemán, Ciudad Camargo, Díaz Ordaz e Reynosa del Estado de Tamaulipas;
- VII. Occidente, que comprende os Estados de Colima, Jalisco e Nayarit;
- VIII. Centro I, que comprende os Estados de Zacatecas e Aguascalientes;
- IX. Centro II, que comprende os Estados de San Luis Potosí e Querétaro;
- X. Centro III, que comprende o Estado de Guanajuato;
- XI. Hidalgo-México, que comprende os Estados de Hidalgo e de México;
- XII. Oriente, que comprende os Estados de Tlaxcala e Puebla;
- XIII. Golfo, que comprende o Estado de Veracruz;
- XIV. Pacífico, que comprende o Estado de Guerrero;
- XV. Sureste, que comprende o Estado de Oaxaca;
- XVI. Peninsular, que comprende os Estados de Yucatán e Campeche;
- XVII. Metropolitanas, que comprenden o Distrito Federal e o Estado de Morelos;
- XVIII. Golfo-Norte, que comprende o Estado de Tamaulipas, con excepción dos municipios de Nuevo Laredo, Guerrero, Mier, Miguel Alemán, Ciudad Camargo, Díaz Ordaz e Reynosa, do propio Estado;
- XIX. Chiapas-Tabasco, que comprende os Estados de Chiapas e Tabasco;
- XX. Caribe, que comprende o Estado de Quintana Roo, e
- XXI. Pacífico-Centro, que comprende o Estado de Michoacán.”

Por lóxica consecuencia, despréndese que en non poucas ocasións o domicilio fiscal dos contribuíntes que como regra xeral se toma como elemento determinante da competencia territorial da Sala Rexional do TFXFA segundo a súa lei orgánica<sup>31</sup>, e o domicilio das autoridades, -polo xeral parte demandada no XL- se atopa en zonas de tempo diferentes, xerándose o problema práctico que a continuación se expoñerá:

Un contribuínte con domicilio fiscal na Cidade de México e que por consecuencia lle corresponde coñecer á Sala Rexional Metropolitana do TFXFA, -sita na cidade de México e que lle corresponda zona horaria do centro- interpón demanda de nulidade contra actos da Aduana de Ensenada, -cuxo domicilio se atopa no Estado de Baja California, polo que a súa zona horaria é a do noroeste-. Co cal se aprecia que existe unha diferenza de 2 horas entre ambas as dúas rexións.

<sup>31</sup> ARTIGO 34.- As Salas Rexionais coñecerán dous xuízos por razón de territorio, atendendo ao lugar onde se atope o domicilio fiscal do demandante.



Unha vez presentada a demanda a través do SXL, realízase a notificación correspondente á autoridade para que lle dea contestación dentro do prazo legal, é dicir 45 día hábiles contados a partir do seguinte a aquel en que produciu efectos a notificación respectiva. Para tal efecto, a autoridade demandada prepara a contestación correspondente, e envíaa a través do SXL o último día do seu prazo, un venres ás 23:50 horas –tempo local da zona noroeste- xerando o SXL a notificación de recibo –respecto o envío correspondente- ás 23:51 horas do mesmo venres, último día de prazo para a presentación da contestación de demanda.

Porén, para efectos da recepción da promoción por parte da Sala Rexional Metropolitana do TFXFA, a contestación de demanda en cuestión foi recibida o sábado ás 01:51 horas, o que implica que a contestación de demanda foi presentada de maneira extemporánea.

Lembremos que o texto do último parágrafo do artigo 58-O da LGPCA establece que para tomar en consideración o día e hora en que se presentan as promocións, se tomará en conta: “Notificación de Recibo Electrónico que emita o Sistema de Xustiza en Liña do Tribunal, no lugar onde o promovente teña o seu domicilio fiscal e, por recibidas, no lugar da sede da Sala Rexional á que corresponda coñecer do xuízo por razón de territorio. Tratándose dun día inhábil teranse por presentadas o día hábil seguinte.”

En abundancia, o propio ACORDO consigna no seu artigo 34 que o SXL funcionará de acordo á hora oficial mexicana, que inclúe os tres fusos horarios que cobren a República Mexicana, é dicir, representando as horas locais do noso país.

Co anterior, puidera darse o caso que se considere extemporánea a contestación de demanda interposta pola autoridade, se se toma en conta o horario de recepción, non obstante fose oportuna, se se toma en consideración o horario do seu envío.

Polo anterior, naqueles casos onde o domicilio das partes dun XL se atope en diferentes zonas horarias, poderá existir o problema que se exemplificou anteriormente, creando un estado de inseguridade xurídica totalmente indesexable e innecesario.

## 2.4 Normatividade xerada a partir do Xuízo en Liña

Coa incorporación do XL, o lexislador optou por permitir que fose o propio TFXFA o facultado para emitir os alineamentos para a operación do SXL, o que efectuou a través dos alineamentos técnicos e formais contidos no ACORDO.

Máis alá de pensar que pola importancia e transcendencia das implicacións dos mencionados alineamentos, os mesmos deben constar nunha lei formal e materialmente considerada, ao terse abordado como meras cuestións de orde técnica, deixan unha sombra de incerteza, que en nada aboa á certeza que debe imperar en todo xuízo.

Entrando en materia, a Xunta de Goberno e Administración do TFXFA, órgano que se arrostrou a facultade para emitir os alineamentos que nos ocupa, a través do ACORDO, consignou no anexo único do mesmo, as características mínimas que deberán reunir os documentos electrónicos que se empreguen dentro do SXL, xa sexa porque se ofrezan como probas, ou porque formen parte do Expediente Electrónico, dentro das que mencionaremos só a modo de exemplo:



“Os documentos dixitalizados ou escaneados deberán contar cunha resolución óptica en rangos de entre 100 e 600 dpi, coa posibilidade de axustar a resolución en caso necesario. Para iso recoméndase xerar a saída do documento dixitalizado ou escaneado en formato PDF a 200 dpi e 256 cores, preferentemente, ademais de contar coa opción de “só lectura” e permitir a selección do texto”

Da descrición das características técnicas anteriormente consignadas, pode xurdir como inquietude, o referente a ¿Que pasará se se ofrece como proba un documento dixitalizado cunha resolución óptica menor ou maior aos 100 e 600 dpi suxeridos? ou ben, ¿desbotarase as documentais que estean escaneadas sen contar coa opción “só lectura” ou que estean protexidas?, é dicir que non permitan a selección de texto”

Se been puidese parecer que as inquietudes anteriores son vaguidades, non debemos perder de vista que independentemente da forma tecnolóxica en que se exhiben as probanzas a un Tribunal, as mesmas son o soporte das accións ou excepcións das partes, razón pola cal deberán analizarse coa maior das prudencias e suxeitas a un escrupuloso rigor xurídico que debe estar máis alá de alineamentos administrativos expedidos por órganos de goberno dos impartidores de xustiza.

Sen pretender aferrarse á doutrina clásica e a conceptos de proba vertidos por Carnelutti ou Vivante, consideramos que pola transcendencia das mesmas, non pode quedar sequera a expectativa de crearse a falta de valor probatorio dun documento dixital, polo simple feito de que non se axustou a alineamentos administrativos que en nada se relacionan co fondo que pretende probarse, ou ben coa natureza mesma da probanza en si mesma considerada.

### 3 Alternativas de solución

Non pode eludirse o feito de que toda lexislación novidosa, por máis esmero que teña na súa creación, está suxeita a conter imprecisións ou deixar de contemplar algúns aspectos que en principio formaban parte do seu ámbito normativo.

Partindo da base anterior, é claro que a lexislación que crea ao innovador XL e particularmente todo o concepto de SXL ao ser totalmente novidosa na materia, onde a tecnoloxía de seu implica constantes cambios, non está exenta de imprecisións ou contén imprecisións que violentan principios do status quo procesal.

En primeiro termo, respecto ao concepto de carga da proba, somos da opinión que deben adicionarse expresamente os documentos que contén coa sinatura electrónica avanzada ou selo dixital en substitución da autógrafa e respecto dos cales a lei confire o mesmo valor probatorio que os orixinais asinados de maneira autógrafa, polo cal é intrascendente que o seu soporte físico sexa orixinal ou copia.

O anterior, independentemente de que calquera elemento probatorio debe ser admitido en xuízo. Cada vez é máis frecuente a existencia deste tipo de documentos, que ao conter un selo dixital orixinado de maneira electrónica, non debe acudirse ás regras aplicables en canto ao valor probatorio de documentos impresos, senón á regulación específica prevista no artigo 210-A do Código Federal de Procedementos Cívís, conforme ao cal debe atenderse preponderantemente á fiabilidade do método en que fose xerada, comunicada, recibida ou arquivada tal como xa o declarou na xurisprudencia 2a./J. 24/2008 desde 2008,

a Segunda Sala da Suprema Corte de Xustiza da Nación na respectiva con título “DECLARACIÓN PRESENTADA A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS E NOTIFICACIÓN DE RECIBO CON SELO DIXITAL. A CONSTANCIA IMPRESA OU A SÚA COPIA SIMPLE SON APTAS PARA ACREDITAR A APLICACIÓN DOS PRECEPTOS LEGAIS EN QUE AQUELA SE SUSTENTOU.”<sup>32</sup>

En segundo termo, respecto á posibilidade de que baixo certas circunstancias documentais con soporte físico de copia acaben rematando certificadas como orixinais, nunha etapa procesal onde as partes carecen xa de posibilidade xurídica de desvirtuar a devandita situación, somos da opinión que se pode evitar, abondando que previo ou ao momento de presentar as probanzas respectivas a través do SXL, se certifiquen con algún funcionario do TFXFA.

Se ben é certo este procedemento puidese facer un pouco pesada a tramitación on-line do XL e ata facerlle perder un pouco o seu “glamour electrónico” e de celeridade, con toda seguridade as gañancias en certeza xurídica xustificáranos, con independencia que nos casos que algunha parte interpuxese o incidente de falsidade de documentos en contra da outra, coa súa substanciación existirían maiores demoras e trámites adicionais.

Por outra parte, respecto do problema dos fusos horarios en canto o envío e recepción de documentos electrónicos, abondaría con que a LFPCA soamente se limitase a manter un dos criterios –envío ou recepción- para resolver a posible dualidade que apuntamos, decantándonos pola opción da hora de recepción por parte da Sala Rexional do TFXFA como a que se considerara definitiva en canto á idoneidade da data de presentación das promocións ante o SXF.

Estamos no entendido que non aboa para a solución ao problema que o feito de que o artigo 34 do ACORDO estableza expresamente que: “O Sistema funcionará de acordo á hora oficial mexicana, que inclúe os tres fusos horarios que cobren a República Mexicana, é dicir, representando as horas locais do noso país, e asentará a data e hora en todos as notificacións de recibo de Documentos Electrónicos que se reciban e envíen a través do Sistema, mesmos que corresponderán ás do domicilio da Sala destinataria da promoción de que se trate” posto que como xa o anticipamos, o ACORDO é unha simple disposición emanada dun órgano de goberno do TFXFA, que de maneira ningunha se pode considerar como apta para ter preeminencia sobre a LFPCA que contén a diverxencia que anotamos, polo que o feito de que unha disposición administrativa refira a que só se considera o concepto de recepción por parte da Sala do TFXFA é insuficiente.

Por último, e precisamente respecto da validez legal do ACORDO respecto dalgúns factores fundamentais de regulación da proba pericial, inclinámonos a considerar que deberá ser a lei e non un acordo administrativo secundario, quen determine con toda precisión, os efectos derivados do ofrecemento e exhibición dunha probanza sen cumprir os requisitos de procedencia correspondentes, así como fixar os mesmos.

## Bibliografía

- Albiñana García-Quintana, José, *Sistema Tributario Español y Comparado*, 2ª Edición, Editorial Tecnos, Madrid 1992
- Becerra Bautista, José, *El Proceso Civil en México*, 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1982.

<sup>32</sup> Novena Época, Rexistro No. 170349, Instancia: Segunda Sala, Fonte: *Semanario Judicial da Federación y su Gaceta*, XXVII, Febreiro de 2008, Páxina: 530.



- Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Librería de Manuel Porrúa, 1ª Ed., México, 1956.
- Eseverri Martínez, Ernesto, *Presunciones Legales y Derecho Tributario*, Instituto de Estudios Fiscales Marcial Pons, 1ª Ed., Madrid, 1995.
- Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. III La Justicia Administrativa, Editorial Tecnos, Madrid, 2002
- González Pérez, Jesús e Vázquez Alfaro, José Luis, *Derecho Procesal Administrativo Federal*, Editorial Porrúa, 1ª Ed. México, 2007.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Cajica, 2ª Edición, Puebla 1965.
- Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, 3ª Edición, México 1960.
- Pérez de Ayala, José Luis e González Eusebio, *Derecho Tributario* T. II, Plaza Universitaria Ediciones, 1ª Edición, Salamanca 1994.
- Reyes Krafft, Alfredo Alejandro, *La Firma Electrónica y las Entidades de Certificación*, Editorial Porrúa, 1ª Ed., México, 2003.
- Rocco, Ugo, *Teoría General del Proceso Civil*, Traducción Felipe de J. Tena, Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 1959.
- Sánchez Pichardo, Alberto C., *Los Medios de Impugnación en materia Administrativa*, Editorial Porrúa, 5ª Ed., México 2004.

# A dixitalización procedemental como imperativo fito tecnolóxico e normativo da modernización da xustiza

JOSÉ MANUEL RAMÍREZ SINEIRO

Dr. en Dereito

Maxistrado da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Tcol. Auditor (D.I.) da Armada (S.E.)

Profesor Asociado de Dereito Administrativo da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

42 Regap

Regap

ESTUDOS E NOTAS

**Resumo:** *A dixitalización é a pedra de base sobre a que se debería acometer a reforma material dos órganos xurisdiccionais da Administración de Xustiza de España e, en particular, das súas correspondentes oficinas xudiciais, xa que semellante pauta de innovación tecnolóxica non consiste soamente no masivo “escaneado” do soporte documental contido nos arquivos xudiciais senón en contar tamén con buscadores avanzados de segunda xeración que permitan a busca instantánea e interconectada da dispersa información obrante non só nos xulgados e tribunais senón nas diferentes Administracións públicas (ministerios de Xustiza; Interior; Facenda, etc.), tanto mediante pautas de rastrexo de texto coma de imaxes.*

*Con todo, a reforma emprendida en España parece ter nacido curta de ás na medida en que orixinalmente a dixitalización se entendeu como unha mera técnica inherente ao mellor tratamento dos arquivos xudiciais e, en particular, para obter un imprescindible aforro de espazo físico nos seus ateigados locais, prescindíndose da súa dimensión máis transcendente e relativa á posibilidade de asociar a devandita innovación tecnolóxica “buscadores-araña” que posibilitasen a busca instantánea, simultánea e interconectada de información en múltiples arquivos contidos mesmo dentro ou fóra da Administración de Xustiza.*

*Cando en ocasións as disfuncións materiais e procedementais inherentes ás actuacións xudiciais se transforman en flagrante inxustiza -tal como se puxo de manifesto e por desgraza en España de forma reiterada en casos que todos temos presentes-, plasmada na expresión retardo estrutural, resulta tan urxente como imprescindible abordar a imperativa implantación da dixitalización procedemental integral e interactiva dos nosos xulgados e tribunais a nivel nacional.*

*Malia a recente entrada en vigor o pasado día 7 de xullo do 2011 da Lei núm. 18/2011, do 5 de xullo, reguladora do uso das tecnoloxías da información e da comunicación na Administración de Xustiza, carécese dun plan coherente e xeneralizado co fin de poñer en práctica a dixitalización procedemental integral da Administración de Xustiza, sen que a apresurada experiencia parcialmente realizada ao respecto na Audiencia Nacional sirva para outra cousa que demostrar que esa non é o modo axeitado de levala a cabo.*

*A dixitalización procedemental integral e xeneralizada constitúe pois tanto a canle coma o requisito técnico-ofimático imprescindible para sacar aos órganos xudiciais dos seus endémicos marasmos e descontrol procedementais así como para obviar a obsolescencia tecnolóxica que están a padecer e a esterilidade de ímprobos e denodados esforzos profesionais e aínda persoais -a miúdo descoñecidos e ás veces ignorados-, de xuíces, maxistrados e fiscais; de secretarios xudiciais e do correspondente persoal funcional auxiliar que maioritariamente cumpre o seu labor*



co único afán de defender a legalidade e aos cidadáns sen máis recompensa que un soldo paradoxal pero neta e temporalmente decrecente.

**Palabras clave:** dixitalización, “escaneado”, “buscadores avanzados”, “buscadores araña”, retardo estrutural, dixitalización procedemental e interactiva, dixitalización procedemental e xeneralizada.

**Abstract:** *Digitalization is the foundation on which the material reform of Spain's Justice Administration should have been undertaken and, in particular, its respective judicial offices. This trend of technological innovation is not merely mass scanning of supporting documentation contained in court records, but also the inclusion of advanced search options that enable instant and interconnected searching of random information not only in the Courts, but also within different Public Administrations (Ministries of Justice, Interior, Treasury, etc ...), by way of text or images.*

*However, in Spain this approach seems to have started at a disadvantage given that digitalization was initially understood as a mere technical improvement for the storing of court records and, in particular, the avoiding the need for physical storage space. However, this ignored its core technological advantage which is the ability to perform “spider-browsers” enabling simultaneous, interconnected and instant searches for information in multiple files both within or outside the Administration of Justice's records.*

*When sometimes material and procedural failures linked to legal proceedings become an outright miscarriage of justice -as has happened consistently in Spain in various cases-, this “structural delay”, is therefore both urgent and essential to address as is the immediate implementation of comprehensive procedural and interactive digitalization of our national courts. The immediate enacting of legislation should be invariably included in the list of upcoming legislative reforms envisaged for the Administration of Justice in Spain.*

*Despite the recent entry into force last July, the 7th, of the Law nº 18/11, from July, the 5th, regulating the usage of information and communication technologies within the Justice Administration, it lacks a coherent and widespread plan in order to implement the integral, procedural digitalization of the Justice Administration, no matter the partial and rushed experience done in the National High Court that proves that is not the right way of doing it.*

*The widespread and complete procedural digitalization is the paramount technological requirement to lead judicial organs away of their current and endemic procedural disarray. In addition, the importance of shedding light on procedural and technological obsolescence that disrupts professional -and even personal- efforts of Judges, magistrates and prosecutors; Court Clerks and auxiliary personnel concerned directly with defending the legality and citizenry, with no other reward than a scant salary that is temporarily decreasing.*

**Key words:** *digitalization, scanning, advanced search options, “spider-browsers”, “structural delay”, comprehensive procedural and interactive digitalization, the widespread and complete procedural digitalization.*

**Índice:** I.- *Introdución.* II.- *A dixitalización procedemental integral e a modernización xudicial estrutural dos Xulgados e Tribunais.* III.- *A dixitalización procedemental á luz dunha próxima experiencia comparada: o caso de Portugal.* IV.- *A implantación de buscadores de segunda xeración como corolario da dixitalización e modernización xudicial.* V.- *A dixitalización á luz da vixencia da Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, reguladora do uso das tecnoloxías da información e a comunicación na Administración de Xustiza.* VI.- *Conclusión: a implantación da digitalización procedemental como obrigado fito normativo da modernización da Xustiza.*

## I Introducción

O núcleo do labor xudicial plasmado no normalizado ditado de resolucións xudiciais decisorias ou interlocutorias require como presuposto previo a existencia dun conxunto coordinado de medios materiais e humanos residenciais nas distintas Oficinas xudiciais que asegure material e inescusablemente o normal e acelerado desenvolvemento do proceso en calquera Orde xurisdiccional, de forma que se cumpra o imperativo dunha xustiza a tempo e sen dilacións de ningún xénero.

Porén, a realidade cotiá das Oficinas xudiciais -polo menos tal como acaece actualmente en España-, non responde materialmente ata a data a semellantes parámetros de normalizada eficacia, sendo a miúdo obvio que os seus recursos materiais e humanos non funcionan homoxeneamente con aquel cometido resolutor propio do titular xudicial e que semellante descoordinación propicia a aparición de múltiples disfuncións procesais sempre presididas por senllos endémicos males: o descontrol procedemental primeiro e o retardo xurisdiccional despois.

Resulta pois imprescindible dotar de inmediato aos diferentes órganos xudiciais unipersoais y colexiados dun instrumento informatizado de xestión e control avanzados que permita aos responsables do seu normalizado funcionamento cotián coñecer con exactitude, fiabilidade e sinxeleza o pormenorizado estado tramitacional de todos os procesos ao seu cargo a fin de asegurar o seu mellor desenvolvemento procesal, sen prexuízo de resultar igualmente plausible que se posibilitase ademais que o seu contido puidese ser posto integramente e de xeito instantáneo en poder daquelas superiores Instancias xudiciais ou gobernativo-xurisdicionais competentes ao efecto.

Parecería igualmente plausible que semellante instrumento de control non sobrecargase o abafador traballo tramitacional diario dos diferentes órganos xudiciais unipersoais e colexiados –tal como desde logo ocorreu en España ata a data en canto a implantación de sucesivos e custosos programas informáticos no ámbito xudicial parece máis orientada á obtención dun control estatístico superior e alleo que a lograr a mellor e máis eficaz xestión procesal cotiá-, senón que como primordial premisa facilite e potencie o habitual funcionamento de Xulgados e Tribunais.

A integrada utilización dunha interface visual agradable ao usuario e de doado e xeral manexo aínda para aquel persoal auxiliar orfo de maiores coñecementos informáticos resulta sen dúbida extremo tan imprescindible como o combinado emprego dun procesador de textos interactivo e dunha avanzada base de datos, adiciándose todo iso ao normalizado acceso aos novidosos soportes documentais aptos tanto para a utilización de buscadores de última xeración como para o seu masivo e instantáneo envío vía “e-mail” a través de INTERNET ou daquelas eventuais INTRANET’s xudiciais ou corporativo-institucionais que puidesen xeneralizarse no futuro.

Así, existe unha pauta tecnolóxica –a dixitalización-, que non só serve de base senón que asume e aínda centra o acelerado proceso de innovación informática, telemática e ofimática no que se atopa inmersa a sociedade contemporánea e cuxa integral asunción pola Administración de Xustiza permitiría obter a súa inmediata equiparación aos normalizados e aínda máis avanzados parámetros tecnolóxicos na materia.

## II A dixitalización procedemental integral e a modernización xudicial estrutural dos Xulgados e Tribunais

A dixitalización supón pois a conversión masiva e individualizada dos procedementos xudiciais en soportes dixitais de imaxes inalterables e permitiría non só a normalizada integración de toda clase de innovacións e soportes gráficos e audiovisuais senón que sobre todo suporía abrir dunha vez o ámbito da Administración de Xustiza á catarata de adiantos tecnolóxicos que caracterizan á sociedade actual e ao seu futuro inmediato.

En suma, a dixitalización non só constitúe un novidoso factor tecnolóxico aforrador de espazo físico nos correspondentes edificios xudiciais –a cuxa connotación paradoxalmente reducirase a mesma en España mediante o Real Decreto núm. 937/03, de 18 de xullo, de modernización dos arquivos xudiciais-, senón que ben por contra asume e aínda centra o acelerado proceso de innovación informática, telemática e ofimática en que se atopa inmersa a sociedade contemporánea e cuxa integral asunción pola Administración de Xustiza lle permitiría alcanzar aquelas pautas de eficacia e control procedementales anheladas por todos.



A implantación de procedementos de masiva xestión documental, audiovisual e telemática en tempo real que leva consigo a dixitalización integral dos diferentes procedementos xudiciais –tanto en trámite como arquivados-, leva consigo pois a aparición de órganos xudiciais dixitalizados e interactivos nos que non só poderían visualizarse, imprimirse e reproducirse todas as resolucións xudiciais consideradas “stricto sensu” –é dicir, Providencias; Autos e Sentenzas-, senón mesmo o resto das actuacións –o acervo probatorio e as dilixencias-, ademais daquelas outras documentais –demanda; contestacións; alegacións e escritos varios-, aportadas polas correspondentes Contrapartes ou por calquera Organismo público e privado e calquera que fose o seu soporte (papel; imaxes; arquivos informáticos; etc...).

A dixitalización integral dos diferentes órganos xudiciais é o presuposto necesario de calquera pauta de efectiva modernización xudicial estrutural da Administración de Xustiza que permitiría entre outros extremos e nun prazo inmediato:

- a) Erradicar o descontrol procedemental e as clamorosas bolsas de atraso tramitacional inherentes ao mesmo ao permitir visualizar doada e cotiamente aos diferentes Secretarios e ás superiores Autoridades xudiciais ou inspectoras competentes e mediante meros toques de “rato” calquera documento ou actuación xurisdiccional e a súa correspondente situación tramitacional material e efectiva.
- b) A interrelación e comunicación telemático-dixital entre as diversas Instancias e órganos xudiciais así como coas demais Administracións Públicas de carácter territorial ou institucional.
- c) A redución substancial da duración dos distintos procesos ao permitir no seu caso a inmediata e masiva notificación telemático-dixital vía “e-mail” das correspondentes resolucións xudiciais ás Contrapartes comparecidas públicas e privadas.
- d) O inmediato acceso a caixas de correo xudiciais dixitais vía “e-mail” das diferentes Contrapartes públicas e privadas; dos colectivos de Letrados e Procuradores e aínda dos cidadáns en xeral.
- e) A introdución de buscadores lineais e aínda transversais de última xeración non só de carácter xeneralizado na Administración de Xustiza senón mesmo singularizadamente adaptados a cada Orde xurisdiccional e aínda a cada órgano xudicial colexiado ou unipersoal que permitirían a obtención de precisos parámetros en tempo real da inxente masa de información –desde identidades ás sucesivas vicisitudes procedementais ou aínda catálogos de historiais persoais, etc.-, contida naqueles múltiples e interconectables arquivos xudiciais previamente dixitalizados.

A dixitalización debería permitir ademais a consecución de órganos xudiciais controlados, transparentes e interrelacionados a un custo unitario que non debería superar unha media de DEZAOITO MIL (18.000) EUROS por órgano xudicial unipersoal ou Sección de órgano xurisdiccional de carácter colexiado que posibilitaría non só economizar gastos correntes como teléfono; correo postal ou papel senón que ademais faría dar á Administración de Xustiza un salto cualitativo-temporal que a faría servir de locomotora modernizadora do resto das Administracións Públicas e aínda do Sector privado.

Fracasadas pero aínda contemporáneas experiencias de modernización tecnolóxica realizadas en España nos seus diferentes órganos xudiciais –que levaron mesmo á dilapidación de cantidades millonarias por diversas Administracións Públicas-, aconsellarían a efectiva



aplicación ao respecto dunha máxima por demais de mero sentido común: non implantar nada de forma xeneralizada que non fose previa e oportunamente experimentado antes en tempo real e ata a saciedade na Administración de Xustiza a satisfacción dos seus correspondentes usuarios.

Semellantes extremos posibilitarían que os titulares xudiciais –a quen se lles fai sempre responsables dos seus correspondentes órganos xudiciais-,<sup>1</sup> contasen cun equipamento tecnolóxico punta; de doado manexo e custo asumible; capaz de devorar os innumerables baleiros temporal-tramitacionais existentes no curso dos diversos procesos xudiciais; susceptible de controlar e aínda de previr toda clase de disfuncións procedementais e de afrontar o endémico atraso da Administración de Xustiza.

Todo iso sería pois o feixe dun soporte ofimático de cotián e común emprego nos diferentes órganos xudiciais ou unipersoais –en particular, polos seus diferentes titulares xudiciais a fin de que os mesmos tivesen efectiva posibilidade material de desempeñar a superior inspección que ao cabo sempre inescusablemente se lles demanda-, sen prexuízo de que o envés de igual aplicación e equipamento ofimáticos fixese tamén posible empregar ao Servizo de Inspección de Xulgados e Tribunais a cargo do Consello Xeral do Poder Xudicial como activo elemento de prevención de toda clase de anomalías e como eficaz revisor a posteriori das irreversibles incidencias xudiciais ocasionalmente acaecidas.<sup>2</sup>

Hase de subliñar así mesmo que a efectiva implantación material de semellante equipamento ofimático susceptible de cotiá, común e ambivalente utilización pola Inspección de Xulgados e Tribunais e polos diferente titulares dos órganos xudiciais unipersoais ou colexiados a fin do mellor e máis efectivo control procedemental e resolutor, precisamente baseado na previa e integral dixitalización do contido das actuacións xudiciais, suporía introducir un patente factor de homoxeneidade e normalización informáticas no caótico panorama actual irreversiblemente segmentado xa entre o Ministerio de Xustiza e as diferentes Comunidades Autónomas con competencias transferidas ao respecto.<sup>3</sup>

1 Mentres a reforma operada pola L.O. núm. 19/03, de 23 de decembro, de modificación da L.O. núm. 6/85, de 1 de xullo, do Poder Xudicial, allea paradoxal, funcional e materialmente a efectiva dirección dos diferentes órganos xudiciais aos Xuíces e Maxistrados, o Art. 165 “ab initio” da vixente redacción da devandita L.O. núm. 6/85, de 1 de xullo, mantén a atribución aos correspondentes titulares xudiciais dunha “superior dirección” ao respecto non só baleira de todo efectivo contido seón mesmo susceptible de xerar eventuais resultas disciplinarias, conforme ao sancionador teor dos Arts. 417,9; 418,11; 419,3 e 420 de igual Norma legal que ao cabo resultan mesmo pública e mediaticamente esixidos aínda baixo pautas de carácter primordialmente obxectivo, sen prexuízo de que aqueloutra Lei núm. 15/03, de 25 de Maio, reguladora das retribucións da carreira xudicial, os responsabilice mesmo nun plano retributivo aínda da falta de efectividade xurisdiccional derivada de calquera disfunción procedemental a cuxa orixe ou etiología poidan ser desde logo por completo alleos.

2 O inicial propósito da Vicepresidencia do Consello Xeral do Poder Xudicial pareceu abundar desde logo en semellante pauta organizativa non só por terse instituído alí unha Comisión de Modernización e Informática Xudicial senón mesmo porque Fernando de Rosa Torner –que daquela a preside-, significou que “unha Inspección nunca debe actuar a posteriori, cando xa ocorreu un caso... Debemos formular unha actuación preventiva para non ter que realizar unha actuación represiva...”, polo que “desde a miña responsabilidade como Vicepresidente do Consello vou instar a que exista unha Inspección preventiva, moi ligada ao territorio e que non funcione de forma burocratizada...”. Cit. Colli, Nieves-Villanueva, Nati: “Este será o CXPX das autonomías, pero como un órgano único para toda España”. “ABC”, 04.10.08, p.17. Porén, hase de subliñar que ata a data faltan tanto o “software” como o conxunto de utilidades ofimáticas que fagan materialmente posible semellante plausible propósito.

3 Para unha precisa aproximación periodística a semellante situación, Reventós, Laia: “La Justicia se ahoga en islotes”. “EL PAIS”, 23.12.08, Pp. 36 e 37.



Será pois plausible que o Consello Xeral do Poder Xudicial implantase a nivel estatal, en exercicio das súas exclusivas competencias ao respecto<sup>4</sup> e desde logo sempre *en paralelo* aos sistemas ofimáticos actuais auspiciados polo Ministerio de Xustiza e diferentes Comunidades Autónomas –sen que por ende ninguén vise invadidos os seus insólitos privilexios competenciais legal e regulamentariamente conferidos-,<sup>5</sup> un singularizado equipamento ofimático precisamente dirixido ao normalizado exercicio do control procedemental tanto de carácter inmediato a cargo de Xuíces e Maxistrados –que sempre se lles reclama segundo aquelas potestades xudiciais englobadas baixo as súas superiores facultades de “dirección e inspección de todos os asuntos”, establecidas polo Art. 165 da L.O. núm. 6/85, de 1 de xullo, do Poder Xudicial-, como aínda de modo remoto e como factor preventivo de toda clase de disfuncións tramitacionais e resolutorias polo Servizo de Inspección do Poder Xudicial.

4 Mentres o Art. 230,1 e 2 da L.O. núm. 6/85, de 1 de xullo, do Poder Xudicial, establece tanto que “os Xulgados e Tribunais poderán empregar calquera medio técnico, electrónico, informático e telemático para o desenvolvemento da súa actividade e exercicio dos seus fins, coas limitacións que á utilización de tales medios establece a L.O. núm. 5/92, de 29 de Outubro –aínda que hai que subliñar que semellante referencia normativa está xa notoriamente obsoleta ao estar derrogada a devandita Norma legal por aquelaoutra ulterior e agora vixente L.O. núm. 15/99, de 13 de decembro, de tratamento automatizado dos datos de carácter persoal-, e demais leis que resulten de aplicación”, como que “os documentos emitidos polos medios anteriores, calquera que sexa o seu soporte, gozan da validez e eficacia dun documento orixinal sempre que quede garantida a súa autenticidade, integridade e o cumprimento dos requisitos esixidos polas leis procesais”, o aptdo. 5 “in fine” de igual precepto de semellante Norma legal prevé tamén que “os programas e aplicacións informáticas que se empreguen na Administración de Xustiza deberán ser previamente aprobados polo Consello Xeral do Poder Xudicial que garantirá a súa compatibilidade”, sen prexuízo de que “os sistemas informáticos que se empreguen na Administración de Xustiza deberán ser compatibles entre si para facilitar a súa comunicación e integración nos termos que determine o Consello Xeral do Poder Xudicial”. Así, resulta de todo punto patente que conforme aos Arts. 107,3 e 110,2 m) e r) da devandita L.O. núm. 6/85, de 1 de xullo, o Consello Xeral do Poder Xudicial terá competencias –entre outras materias-, acerca “da inspección de Xulgados e Tribunais”, así como que, ademais, “no ámbito da súa competencia e con subordinación ás leis, poderá ditar regulamentos de desenvolvemento desta Lei para establecer regulacións de carácter secundario e auxiliar. Estes regulamentos poderán regular condicións accesorias para o exercicio dos dereitos e deberes que conforman o estatuto xudicial sen innovar aqueles nin alterar este no seu conxunto. Poderán aprobarse nos casos en que sexan necesarios para a execución ou aplicación desta Lei, naqueles casos en que así se preveña nesta ou noutra Lei e, especialmente –entre un amplo catálogo-, nas seguintes materias: m) Inspección de Xulgados e Tribunais...; n) Sistemas de racionalización, organización e medición do traballo que se estimen convenientes cos que determinan a carga de traballo que pode soportar un órgano xurisdiccional...”. Por iso, o Art. 98,1 do Regulamento núm. 1/05, de 15 de Setembro, dos aspectos accesorios das actuacións xudiciais, prevé que “a aprobación dos programas e aplicacións informáticos previstos no artigo 230,5 da Lei Orgánica do Poder Xudicial corresponde ao Pleno do Consello do Poder Xudicial, a proposta da Comisión de Informática Xudicial. Nos mesmos termos, compéte-lle establecer as características que teñen que reunir os sistemas informáticos que se empreguen na Administración de Xustiza”, sen prexuízo de que semellantes pautas resulten ao cabo baleiras de efectivo contido material ulterior na medida en que a súa efectiva posta en práctica corre paradoxalmente a cargo de terceiro persoal –os Secretarios xudiciais-, por completo alieo xerárquica e funcionalmente ao devandito órgano de goberno do Poder Xudicial ao depender de terceiras Instancias integradas no Ministerio de Xustiza ou aínda nos correspondentes Departamentos autonómicos con competencias transferidas na materia. En calquera caso, o Art. 3 do Regulamento núm. 2/10, de 25 de Febreiro, sobre criterios xerais de homoxeneización das actuacións dos Servizos comúns procesais, sinala tanto que “a dirección e xestión dos servizos comúns nos seus aspectos técnico-procesais, corresponde ao Secretario Xudicial Director que estea á fronte dos mesmos”, como que “a este respecto, os Secretarios Coordinadores Provinciais ao redactar os Protocolos e os Secretarios de Goberno ao aprobalos, velarán polo cumprimento dos criterios de homoxeneización aprobados polo Consello Xeral do Poder Xudicial e contidos neste Regulamento. Igualmente os referidos Protocolos deberán respectar o deseño, organización e funcións asignados pola Administración Pública competente para a creación do servizo común procesal. Con carácter xeral, o Secretario Xudicial que dirixa un servizo común responderá do estricto cumprimento de cantas actuacións lle encomenden os Xuíces ou Tribunais no exercicio das súas competencias, así como daquelas derivadas doutras funcións atribuídas ao servizo común conforme á normativa que as regule”. En calquera caso, o Art. 4 “ab initio” de igual Regulamento núm. 2/10, de 25 de Febreiro, prescribe tamén que “as distintas aplicacións de xestión procesal instaladas nos servizos comúns contarán con sistemas que permitan ao órgano que tiver encomendado a práctica dalgunha dilixencia -de carácter xudicial hai agora que lembrar-, coñecer en todo momento o estado de tramitación das dilixencias interesadas, coidando en todo momento o Secretario-Director do servizo de que a información estea debidamente actualizada e sexa completa”.

5 O Art. 102,1 e 2 “ab initio” do devandito Regulamento núm. 1/05, de 15 de setembro, prevé que “os sistemas informáticos postos ao servizo da Administración de Xustiza deberán observar o grao de compatibilidade necesario para a súa recíproca comunicación e integración. Corresponde ao Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial, a proposta da Comisión de Informática Xudicial e previo informe das Administracións Públicas encargadas da xestión e mantemento dos sistemas, determinar os elementos que han de reunir para cumprir as esixencias de compatibilidade”, así como que “os programas e aplicacións informáticos postos ao servizo da Administración de Xustiza, unha vez que obtiven a aprobación do Consello Xeral do Poder Xudicial nos termos do Art. 230,5 da Lei Orgánica do Poder Xudicial, serán de uso obrigatorio no desenvolvemento da actividade da Oficina Xudicial conforme aos criterios e instrucións de uso que diten, no ámbito das súas competencias, o Consello Xeral do Poder Xudicial e as Administracións competentes na dotación de medios materiais”, sen prexuízo de que os apartados 3 e 4 de igual precepto do devandito Acordo regulamentario establezan, por un lado, que “as Administracións Públicas competentes na dotación de medios materiais velarán polo mantemento dun nivel óptimo de seguridade na xestión dos sistemas de información e infraestruturas tecnolóxicas postos ao servizo da Administración de Xustiza”; por outro, que “os programas e aplicacións informáticos incorporarán un acervo documental para favorecer a homoxeneización formal das dilixencias de ordenación e resolucións xudiciais de mero trámite cuxo uso se fomentará, dentro do máis estricto respecto á independencia xudicial. O devandito acervo documental será aprobado pola correspondente Sala de Goberno en coordinación, no seu caso, coa Comisión Mixta integrada por representantes da Sala de Goberno e da Administración competente en materia de medios materiais ao servizo da Administración de Xustiza, sen prexuízo do contido dos Protocolos de Actuación Procesal contemplados no Art. 8 do Real Decreto núm. 1608/05, de 30 de decembro, polo que se aprobou o Regulamento Orgánico do Corpo de Secretarios Xudiciais”, apuntándose por último no seu apartado 5 que “as aplicacións de xestión procesal contemplarán, en todo caso, como unha das súas funcionalidades, a elección da interface de usuario nas linguas oficiais das respectivas Comunidades Autónomas”.

### III A dixitalización procedemental á luz dunha experiencia comparada próxima: o caso de Portugal

A experiencia comparada na materia -levada a cabo desde logo con encomiables pautas de sinxeleza e fiabilidade ofimáticas xeneralizadas-, supón un patente exemplo de como abordar unha reforma normativa prestando atención e solucionando desde logo os cotiáns problemas tramitacionais que determinan en calquera caso o seu éxito ou fracaso, sen que desde logo haxa que acudir a ningunha lonxana pauta de experiencia –como podería desde logo ser a propia dos Estados Unidos onde xa levan practicamente tres lustros de historia ao respecto-, cando existen xa outras farto próximas e propias dun universo xurídico máis próximo.

Así, o sistema informático dixitalizado integrado dos Tribunais Administrativos e Fiscais de Portugal -coñecido como SITAF e que dá soporte ofimático ao sector xurisdiccional que en España equivale á Orde xurisdiccional contencioso-administrativa-, soporta sen descontrol ou caos tramitacional a hipercontenciosidade da Orde xudicial administrativa portuguesa derivada da práctica supresión de límites previos para acceder á mesma, ao non ser sequera preciso como elemento condicionante ao respecto o esgotamento da inicial e previa vía administrativa.

A diferenza do que acaeceu en España coa reforma operada pola Lei núm. 29/98, de 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa e que desde logo entrou en vigor hai agora xa máis de dez anos sen ser acompañada de ningún efectivo soporte ofimático avanzado -ata o punto de que aqueles sistemas informáticos pretendidamente novidosos coñecidos como “LIBRA” ou “MINERVA” non se implantaron nos correspondentes órganos xudiciais unipersoais ou colexiados da devandita referida Orde xurisdiccional senón ata varios anos despois e desde logo desprovistos de posibilidade ningunha de dixitalización-, en Portugal aborouse a reforma da súa Xurisdición Administrativa facendo do correspondente soporte ofimático e da efectiva asunción das técnicas de dixitalización as súas senllas pedras basais.

A propia Exposición de Motivos do Decreto-Lei portugués núm. 325/03, de 29 de decembro, apunta xa sen ambages que “se trata de dar resposta ás cuestións derivadas da implantación dos Tribunais Administrativos de Círculo e dos Tribunais Tributarios recentemente establecidos -entre outros extremos-, no que atinxe ao seu novo sistema informático..., que permitirá asegurar unha tramitación esencialmente informática dos procesos”.

Por conseguinte, o devandito referido Decreto-Lei portugués núm. 325/03, de 29 de decembro, inclúe precisamente no seu Capítulo II -relativo á organización e funcionamento dos Tribunais da Xurisdición Administrativa e Fiscal-,<sup>6</sup> as correspondentes pautas de trami-

6 Malia a súa denominación, non se trata dunha Xurisdición Administrativa no anello sentido tradicional tal como a concebimos en España -onde baixo ese nome se designa ao conxunto de órganos administrativos dependentes das Administracións Públicas que ditan resolucións administrativas de carácter xenérico ou aínda singularizado (tal como desde logo acaece a título exemplificativo cos Tribunais Económico-Administrativos ou co novidoso Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais)-, senón dunha Xurisdición plena integrada por órganos xudiciais e dirixida á efectiva tutela xudicial da correspondente actuación administrativa. A súa cúpula componse do Supremo Tribunal Administrativo, con sede en Lisboa, así como por senllos Tribunais Centrais Administrativos Norte e Sur, con respectiva sede en Oporto e Lisboa, dos que respectivamente dependen no primeiro caso aqueles Tribunais Administrativos de Círculo e Fiscais residenciais en Braga, Coimbra, Mirandoua, Peñafiel, Oporto e Viseu -aínda que está prevista unha reforma desta última demarcación territorial que sería dividida e que determinará a previsible radicación dunha nova sede en Aveiro-, mentres que no segundo as sedes dos devanditos referidos órganos xurisdicionais periféricos se atopan radicadas en Almada, Beja, Castelo Branco, Funchal (Madeira), Leiria, Lisboa, Loulé, Lourés, Ponta Dogada (Azores), e Sintra. Entraron en vigor mediante a sucesiva promulgación da Lei núm. 13/2002, de 19 de Febreiro; da Lei núm. 4-A/2003, de 19 de Febreiro, así como daqueloutra Lei núm. 107-D/2003, de 31 de Decembro, onde se regula o seu correspondente Estatuto así como a súa estrutura orgánica e demarcación territorial. En suma, as súas competencias e estrutura coñectaríanse no Ordenamento xurídico español co ámbito de aplicación da Lei núm. 29/98, de 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa.



tación procesal, prestando ademais especial e singularizada atención aos fitos ofimáticos precisos para a efectiva aplicación das correspondentes técnicas de dixitalización como soporte condicionante das diferentes actuacións tramitacionais.

Mentres o apartado 1 do Art. 4 do devandito Decreto-Lei portugués núm. 325/03, de 29 de decembro, establece que “a tramitación dos procesos nos Tribunais da Xurisdición Administrativa e Fiscal será efectuada informaticamente, debendo ser as normas procesais relativas aos actos dos Maxistrados e das Secretarías xudiciais obxecto das adaptacións prácticas que se revelen necesarias”, o seu apartado 2 prevé o correo electrónico como habitual pauta tecnolóxica normalizada de comunicación coas correspondentes Contrapartes sempre que a mesma sexa prevista pola correspondente normativa procesal.

En calquera caso, o apartado 3 do Art. 4 de semellante Decreto-Lei portugués núm. 325/03, de 29 de decembro, prevé precisamente como soporte material de todo iso que a tal fin os documentos presentados polas Partes en soporte papel sexan dixitalizados pola Secretaria xudicial -ou polo persoal funcional auxiliar dependente da mesma segundo desde logo natural e cotiamente acaece-, nos casos e termos a desenvolver pormenorizada e regulamentariamente polo Ministerio de Xustiza de Portugal.

Establécese tamén polo apartado 4 do Art. 4 de igual Norma legal portuguesa que semellantes documentos susceptibles de ser dixitalizados poidan ser achegados -ao órgano xudicial correspondente-, mediante correo electrónico ou calquera outro medio de transmisión electrónica de datos, podendo desde logo ser dispensadas as correspondentes Contrapartes de remitir ao Tribunal o soporte en papel e as súas copias -prevéndose ademais o ulterior desenvolvemento regulamentario de semellantes extremos-, sen prexuízo de que se preserve no seu apartado 5 a eventual discrecionalidade xudicial conforme á normativa procesal portuguesa relativa ás súas superiores facultades de esixir a eventual aportación -parecería mellor aludir á exhibición-, dos correspondentes soportes documentais orixinais ás Partes comparecidas previamente á súa dixitalización a fin da súa incorporación material ao correspondente proceso.

Mentres en España as correspondentes aplicacións informáticas se desenvolveron e se implantaron unilateralmente polo Ministerio de Xustiza ou polas correspondentes Comunidades Autónomas con competencias transferidas na materia sen axustarse á previa promulgación de soporte normativo-reglamentario ningún de alcance xeral,<sup>7</sup> hase de destacar que en Portugal desenvolveuse regulamentaria e pormenorizadamente aquel referido Art. 4 do devandito Decreto-Lei portugués núm. 325/03, de 29 de decembro, mediante o Decreto núm. 1417/03, de 30 de decembro, a fin de regular os aspectos específicos de aplicación do

7 As previsións normativas establecidas ao respecto en España caracterízanse pola adopción de pautas tecnolóxicas abertas no que atinxe á realización das comunicacións procesais -tal como prevén tanto o Art. 230 da vixente redacción da L.O. núm. 6/85, de 1 de xullo, do Poder Xudicial, como os Arts. 135,5 e 162 daqueloutra Lei núm. 1/00, de 7 de xaneiro, de Axuízamento Civil-, sempre que se asegure o cumprimento das normas procesais ao respecto amén dos principios de confidencialidade, privacidade e seguridade dos correspondentes datos ofimáticos, en relación coa observancia así mesmo do contido tanto daqueloutra L.O. núm. 15/99, de 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal, como do Real Decreto núm. 994/99, de 11 de xuño, polo que se aprobou o Regulamento de medidas de seguridade dos ficheiros automatizados que conteñan datos de carácter persoal. Porén, fóra do desenvolvemento regulamentario por parte do Consello Xeral do Poder Xudicial de singularizadas potestades discrecionais dirixidas a asegurar a compatibilidade -a miúdo dificultosa senón imposible por completo-, entre os diferentes sistemas informáticos implantados polo Ministerio de Xustiza e as diferentes Comunidades Autónomas -o que se plasma tanto no Art. 230,5 “in fine” daquela L.O. núm. 6/85, de 1 de xullo, como nos Arts. 86 a 97 do Regulamento núm. 1/95, de 15 de setembro, do Pleno do Consello Xeral do Poder Xudicial e relativo aos aspectos accesorios das actuacións xudiciais, así como no Anexo I daqueloutra Acordo de data 20 de setembro do 2006 de igual órgano plenario do Poder Xudicial e relativo á creación de ficheiros de datos de carácter persoal dependentes dos órganos xudiciais-, omitiuse farto paradoxalmente e ata datas farto recentes -como máis adiante pormenorizadamente se aludirá-, prescribir tanto a obrigatoriedade da dixitalización integral das actuacións xudiciais como establecer pautas de mantemento dos correspondentes ficheiros ofimáticos ao respecto que ata a data poidan ser potestativamente achegados ao proceso polas correspondentes Contrapartes comparecidas.

Sistema Informático dos Tribunais Administrativos e Fiscais (SITAF), de Portugal, cohonestándose ademais todo iso coa vixencia a partir do día 1 de xaneiro do 2004 da correspondente reforma da Xurisdición Administrativa e Fiscal portuguesa, de modo que se regularon tanto a presentación mediante vía electrónica do soporte documental correspondente como a súa tramitación informática e o seu obrigado e cotián tratamento dixitalizado.

Implantáronse pois a fin da admisión normalizada de documentos por vía electrónica determinados estándares -sendo paradoxal en calquera caso que se impuxese ao respecto o formato TIFF e non o máis versátil e xeneralizado PDF-, establecéndose ademais unha dirección "e'mail" xeral e centralizada, así como a necesidade -por outra parte obvia-, de que o correspondente remitente contase con sinatura electrónica avanzada, dispensándose en suma de achegar copias en soporte papel a aquela Contraparte que presentase ao correspondente Tribunal os seus documentos mediante vía electrónica, salvo que se tratase de soportes documentais que levasen consigo un volume superior ás *cen (100) páxinas*.

Prevese pois polos Arts. 2, 3 e 4 do devandito Decreto portugués núm. 1417/03, de 30 de decembro, a inicial e preceptiva obriga xenérica de dixitalización de todo o soporte documental presentado nos correspondentes procesos da súa Xurisdición Administrativa e Fiscal, de modo que por un lado se establece o directo almacenamento daqueles documentos remitidos mediante vía electrónica naqueles normalizados arquivos ofimáticos antes salientados, mentres que por outro se prescribe tamén a obrigada dixitalización daqueles outros soportes documentais en papel pormenorizadamente achegados en cada caso polas correspondentes Contrapartes, pola Secretaría xudicial ou -débese desde logo sobreentender-, polo persoal auxiliar da Administración de Xustiza dependente da mesma.

Malia establecerse semellante pauta xenérica de dixitalización xeneralizada de todo o soporte documental da tramitación procesal inherente á Xurisdición Administrativa e Fiscal portuguesa, prevese así mesmo a discrecional opción por parte da titular da Secretaría do correspondente órgano xudicial de omitir semellante dixitalización nos seguintes supostos: a) Cando exceda de *cincoentas (500) páxinas* o soporte documental en papel; b) Cando o soporte documental en papel tivese sido achegado en formato superior ao A-4; e c) Cando o soporte físico do documento achegado non sexa en papel ou cando o mesmo o sexa, en suma, en documento de características que dificulte a súa efectiva dixitalización.

En calquera caso, o imperativo establecemento da devandita xeneralizada obriga de almacenamento en arquivos dixitalizados de todo o contido dos correspondentes procesos administrativos e fiscais en Portugal non empece para que se establezan eventuais salvagardas conservativas relativas á garda do correspondente soporte-papel pola titular da Secretaría correspondente dos diferentes órganos xudiciais naqueles casos en que -debido sen dúbida ás características ou á propia deficiente calidade do documento orixinal-, a dixi-

8 Residía pois no devandito extremo a capital diferenza entre as previsións normativas de España e Portugal. Mentres en Portugal se estableceu a dixitalización como obrigada pauta habitual de arquivo, almacenamento e control procedemental-ofimático das correspondentes actuacións procesais e aínda do proceso considerado no seu conxunto -salvo singularizadas excepcións daquela pormenorizadamente regulamentadas-, en España apuntase no seu día tan só a devandita técnica como mera posibilidade polo Art. 3,3 do Real Decreto núm. 937/03, de 18 de xullo, de modernización de arquivos xudiciais, a título de mero factor aforrador de espazo físico nos ategados arquivos xudiciais, articulándose así mesmo singularizadas previsións técnicas ao respecto polo punto 11 do Anexo IV do Real Decreto núm. 84/07, de 26 de xaneiro, sobre implantación na Administración de Xustiza do sistema informático de telecomunicacións LEXNET para a presentación de escritos e documentos, o traslado de copias e a realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos. Produciuse así o paradoxo de que en España se previu a dixitalización como pauta precisa pero accesoría para a comunicación procesal -ligándose mesmo ás previsións normativas da Lei núm. 59/03, de 19 de decembro, de sinatura electrónica-, sen que porén se prescribe de modo inmediato e xeneralizado como imprescindible fito previo de utilizar a dixitalización como obrigada soporte de arquivo e control ofimático do contido e transcurso dos diferentes procesos, de modo que mesmo se se procede ocasionalmente á dixitalización total ou parcial do seu contido se prescinde logo por completo dos seus datos ofimáticos como capital pauta de control procedemental nos diferentes órganos xudiciais.



talización resulte dificultosa, prevéndose entón o seu arquivo e consulta en lugar axeitado do Tribunal Administrativo e Fiscal portugués do que en cada caso se trate.

Por último -como non podía ser doutro xeito-, prevese tamén que os documentos procesais emanados dos correspondentes titulares xudiciais ou das Secretarías se poidan incorporar ao soporte electrónico-ofimático dos procesos administrativos sempre que contenga a sinatura electrónica avanzada, sen que desde logo exista previsión normativa -aínda que nada empeza desde logo-, a que os devanditos documentos producidos "ad intra" do correspondente proceso por aqueles órganos xudiciais ou pola devandita fedataria xudicial poidan ser no seu caso así mesmo dixitalizados unha vez asinados fisicamente polos seus autores e en réxime de tratamento dixital polo menos idéntico a aquelas documentais provenientes das diferentes Contrapartes comparecidas.

En suma, os Tribunais Administrativos e Fiscais de Portugal contan cun soporte ofimático que permite aos seus usuarios -en particular, aos titulares xudiciais; ao persoal das correspondentes Secretarías e aínda ás Representacións legais das Contrapartes comparecidas- acceder de forma instantánea e fiable ao efectivo contido material dos diferentes procedementos, ben de forma inmediata ou aínda a través de INTERNET, asegurando así a realización efectiva de pautas de control tramitacional malia a masiva sobrecarga procedemental que actualmente lastra semellante especializada Orde xudicial portuguesa.

Así, a dixitalización asumida como cotiá pauta técnico-ofimática pola Xurisdición Administrativa e Fiscal portuguesa permíttelles desde logo ás súas diferentes Autoridades xudiciais e gubernativo-xudiciais coñecer en tempo real e sen asomo de descontrol procedemental o pormenorizado estado en tempo real da súa singularizada situación tramitacional.

Malia o grao da súa pendencia resolutoria -inherente sen dúbida a extremos tan paradoxais como a posibilidade de irrestrito acceso á Orde xudicial administrativa portuguesa ou o "hipergarantismo" do seu vixente sistema procesal-, a decidida asunción da dixitalización como efectiva e fiable base do Sistema Informático dos Tribunais Administrativos e Fiscais (SITAF), de Portugal constitúe non só próxima e inicial iniciativa a imitar senón seguro alicerce de todo ulterior proxecto de reforma que alí poida abordarse.

O actual Sistema Informático dos Tribunais Administrativos e Fiscais (SITAF), de Portugal asume pois en tempo real a súa cotiá realidade tramitacional mediante a masiva dixitalización procedemental integral das súas diferentes actuacións -que transparentan ademais sen disimulo as súas rémoras e disfuncións-, de modo que serve de patente exemplo da canle tecnolóxica precisa para obter unha base técnico-ofimática que integre de forma efectiva e sen ningún xénero de exclusións unha inevitable realidade: o proceso contido nun único soporte dixitalizado que sexa fiel reflexo non só da súa realidade documental senón inclusive da súa transformación tramitacional cotiá.

O soporte dixitalizado integral das actuacións xudiciais correspondentes á Xurisdición Administrativa e Fiscal de Portugal ten porén aínda pendente de abordar -sen dúbida por patentes motivos orzamentarios-<sup>9</sup> tanto a súa extensión ao resto das súas Ordes xurisdicionais como a integración de buscadores transversais de última xeración que potencien o rendemento procesal cotidián dos demais órganos xudiciais lusos.

<sup>9</sup> En calquera caso, non parece que sexa alleo á devandita onerosidade orzamentaria o feito de que a implantación e desenvolvemento ofimáticos de semellante sistema informático de dixitalización da Orde xudicial administrativa de Portugal correse materialmente a cargo dunha específica Entidade empresarial de ámbito multinacional á cabeza no campo da consultoría institucional pero que trata desde logo de rendibilizar ao máximo a súa experiencia ao respecto, ao empregar como ulterior factor engadido de rendibilidade empresarial a cautividade dos desenvolvementos daquel sistema ofimático alí implantado.

## IV A implantación de buscadores de segunda xeneración como corolario da dixitalización e modernización xudicial

O obrigado corolario en España de semellante proceso de masiva dixitalización procedemental constituiríao non só o establecemento de pautas de interconectividade telemática senón sobre todo a elaboración primeiro e a implantación despois dun catálogo de “buscadores” de última xeración –extremo sobre o que deberían centrarse os diversos e aínda contrapostos esforzos institucionais realizados tanto polo Ministerio de Xustiza como polas diferentes Comunidades Autónomas e aínda polo propio Consello Xeral do Poder Xudicial-, a fin de que a nivel xeral, por sectores xurisdicionais ou aínda mesmo respecto a cada órgano xudicial colexiado ou unipersoal se puidese obter en tempo real a información necesaria tanto para o mellor control procedemental como inclusive no que atinxe á realización da diaria función xudicial.

Comezan pois a implantarse xa na actual práctica ofimática da sociedade contemporánea buscadores de segunda xeración que posibilitan o diálogo directo entre o usuario e a máquina -mesmo baixo a súa connotación de dicción verbal-, de modo que resulta posible a pormenorizada elaboración de perfís ou patróns de busca para grupos de actuacións -agrupadas por ordes xurisdicionais; fases tramitacionais, etc.-, ou aínda caso por caso.

Por conseguinte, non só debería resultar posible nun futuro próximo na Administración de Xustiza española poder buscar interconectadamente a fin de analizar de modo tan coherente como exhaustivo o contido dos diversos arquivos dixitalizados correspondentes a cada órgano xudicial unipersoal ou colexiado baixo parámetros globais ou relativos a cada Orde xurisdiccional -que deberían ser elaborados ou polo menos aprobados polo Consello Xeral do Poder Xudicial como órgano de goberno de Xuíces e Tribunais-, cuxo resultado achegase datos identificativos e tramitacionais precisos a partir de perfís ou mostras de ADN; pegadas dactilares; medidas antropométricas; imaxes ópticas singularizadas e desde logo sobre calquera outros meros datos identificativos -como o DNI/NIF; nomes, alcumes e datas de nacemento; direccións postais; lugares de traballo ou de normal concorrencia, teléfonos ou enderezos telemáticos, etc.-, senón que en certos supostos -sobre todo no que atinxe á Orde penal-, semellantes extremos deberían estenderse así mesmo aos arquivos automatizados do resto das Administracións Públicas.

Semellante informática xudicial integrada imprescindible para a eficacia da Administración de Xustiza debería permitir, tamén en tempo real e mediante linguaxe máquina-máquina ou aínda en diálogo home-máquina, a pormenorizada resposta aos interrogantes deixados sen cobertura por aqueles perfís de busca xerais antes aludidos, de modo que as respostas precisas para a axilización procedemental e o mellor desenvolvemento do cometido xurisdiccional fluísen a través dos diversos sistemas ofimáticos a partir dunha premisa global: a existencia de múltiples arquivos xudiciais previa e integramente dixitalizados e diariamente actualizados debido a una cotiá realidade procedemental sempre suxeita a mutación.

A informática xudicial tería pois que estar primordialmente ao servizo do labor xurisdiccional e non desde logo ao revés -como actualmente acaece-, na medida en que os diversos sistemas ofimáticos implantados na Administración de Xustiza responden a prioridades diversas pero sempre farto diferentes do devandito extremo, ao estar dirixidas á obtención de parámetros estatísticos a miúdo vacuos e que en modo ningún contribúen a axilizar a abrumadora realidade tramitacional diaria das actuacións xudiciais que atenaza aos nosos Xulgados e Tribunais.





En calquera caso, para que as cousas funcionen e se fagan posibles os anhelos persoais e as ilusións colectivas dunha Xustiza eficaz e mellorable cada día, resulta ineludible implantar na mesma solucións prácticas que respondan ás prosaicas necesidades da realidade cotiá, de modo que –afirmabamos recentemente-, “a dixitalización integral dos seus órganos xudiciais constitúe obrigado fito tecnolóxico do todo punto imprescindible”.<sup>10</sup>

Malia a obviedade de que “só cando se implante o expediente xudicial electrónico en todos os órganos –incluída a Fiscalía-, será posible a tramitación do procedemento desde o seu inicio ata o seu arquivo en formato dixital”,<sup>11</sup> as reticencias e reparos cara a dixitalización procedemental como ineludible presuposto tecnolóxico da modernización da Administración de Xustiza pareceron arraigar mesmo entre as superiores Instancias ministeriais.

Aludiuse así como factor de exclusión da dixitalización procedemental integral dos Xulgados e Tribunais a pretendidas complexidades tramitacionais cotiás, ao terse afirmado precisamente polo no seu día Secretario Xeral de Modernización e Relacións coa Administración de Xustiza do Ministerio de Xustiza Julio Martínez Meroño que, entón, “teríamos que escanear e dixitalizar todos os papeis que entrasen e –iso-, sería materialmente imposible”.<sup>12</sup>

Semellante afirmación da devandita outrora alta Autoridade ministerial equivalía pois á postura dun responsable bancario ou empresarial que baixo capa da complexidade de inventariar os seus activos patrimoniais se negase a coñecer o exacto contido e clasificación dos mesmos, a súa cuantificación diaria e cotiá evolución, de modo que non só se abocaría á correspondente Entidade crediticia ou comercial a riscos insospeitados e prácticas inaceptables nun sistema de control e auditoría financeira serio senón que, con toda seguridade, habería que proceder á súa inmediata intervención a fin de conxurar tanto a previsible aparición de toda clase de disfuncións e desmandos contables como a súa ulterior e irreversible quebra institucional.

En realidade, a implantación da dixitalización procedemental nos órganos xudiciais en España non suporía tanto maior problema tecnolóxico-material como ter que reorientar a proxectada reforma da Oficina xudicial a fin de adaptala funcional e estruturalmente á catarata de innovacións tecnolóxicas e ofimáticas de última xeración –sen que tampouco se realizase estudo nin experiencia material integral ao efecto ata a data-,<sup>13</sup> téndose executado como máximo illadas probas de ferramentas ou aplicacións informáticas singularizadas pero desprovistas desde logo de indicio ningún de interactividade global e de suficiente visión de futuro.<sup>14</sup>

As modernas tecnoloxías ofimáticas condicionan e aínda determinan as pautas de reforma e organización da Administración de Xustiza en xeral e da Oficina xudicial en particular, sen que poida abordarse con realismo e eficacia a súa reforma se se prescinde de asumir a dixitalización procedemental integral dos órganos xudiciais como elemento basal da política de modernización e das pautas de accesibilidade, interconectividade e transparencia tramitacionais que lles son inherentes.

10 Ramírez Sineiro, José Manuel: “La digitalización procedimental integral de los Órganos judiciales como premisa tecnológica de su eficacia jurisdiccional”. “DELIBERACION”, núm. 10, Novembro, 2008, p. 26.

11 Reventós, Laia: op. cit, p. 37.

12 Cit. Ibidem, p. 37.

13 Ao respecto, Peral, María: “Los jueces ponen en evidenciá revolución informática de Bermejo”. “EL MUNDO”, 15.11.08, p. 24.

14 Sobre o particular, Linde, Pablo: “La justicia mira al siglo XXI”. “EL PAIS”, 08.11.08, p. 21.



Aludir pois a dificultades materiais, procesais ou organizativas como eventuais factores de exclusión ou de imposibilidade da implantación da dixitalización procedemental integral dos Xulgados e Tribunais supón descoñecer non só a patente e aínda próxima experiencia comparada na materia senón obstinarse mesmo en permanecer á marxe dunha segura pauta de modernización tecnolóxica que progresiva pero irreversiblemente xa se asentou nos sectores público e privado da nosa sociedade.<sup>15</sup>

Ademais, a combinación da dixitalización procedemental integral<sup>16</sup> dos nosos Xulgados e Tribunais coa implantación de avanzados buscadores lineais e transversais de segunda xeración supón a única pauta tecnolóxica susceptible de paliar ou aínda solucionar o actual caos informático-institucional de ámbito estatal e autonómico que reina nunha Administración de Xustiza segmentada entre o Ministerio de Xustiza e as diferentes Comunidades Autónomas con competencias transferidas na materia.

Mentres a dixitalización procedemental integral das actuacións xudiciais permitiría o instantáneo acceso ao contido material dos procesos tanto en trámite como arquivados, os buscadores lineais e transversais de última xeración permitirían a interconectividade total dos órganos xudiciais á vez que tamén servirían para paliar ou aínda erradicar as actuais taifas ofimático-institucionais que presiden todos os ámbitos da nosa Administración de Xustiza e que determinan a miúdo que nin sequera se poida acceder nin moito menos coñecer informaticamente e de xeito remoto o contido procedemental de Xulgados e Tribunais próximos ou mesmo radicados na mesma cidade e con común sede xudicial.

15 Así, "o Boletín Oficial do Estado abandonou o papel. Segue existindo, claro, pero desde o inicio do novo ano só é posible acceder aos seus contidos a través da Rede. A versión dixital convivía desde hai tempo coa letra impresa e non lle ía mal: a súa media diaria de visitas era duns tres millóns. Se no outro prato da balanza se colocan os suscritores que tiña a edición do BOE en papel –doce mil-, é evidente que a versión electrónica gaña por goleada. O Ministerio da Presidencia -do que depende este Boletín-, aforra con este salto á INTERNET uns seis millóns de euros. Forma parte da lóxica dos tempos que se produzan estas mudanzas. E xa se ve que son sensatas e que permitirán aforrar tempo e diñeiro. Tamén é verdade que semellantes cambios converten en ruínas, nun intre, conviccións fundamente arraigadas durante milenios. Que leis, decretos, regulamentos, sentenzas e demais documentos oficiais pasen a ter a lixeira consistencia das cousas que circulan pola Rede poría os pelos de punta a Hammurabi, aquel rei que na vella Mesopotamia se encargou de que o seu código fose tallado nun imponente bloque de diorita. Aí están, gravadas en caracteres cuneiformes (pódense ver no Louvre), as leis que debían rexer a convivencia entre os súbditos de Hammurabi. Tamén as Táboas da Lei que recibiu Moisés tiñan un notable peso. Esa idea da letra esculpida que non pode borrarse doadamente, ese afán pola duración, esa vontade de que o lexislado adquira a solemnidade e o peso da pedra (e da letra escrita)..., vaíse obviamente ao garete cun BOE ao que se pode acceder coa mesma facilidade coa que un encarga *on line* unha cesta de bombóns. Dun tempo a esta parte, hai unha querenza por producir leis ou emendalas en canto se produce un escándalo e a xente da rúa se indigna. Púxose de moda a idea de que as cousas só pasan nos Xulgados, se intervéñ a lei. E a cada pouco hai que facer algunha nova. Por iso hai que celebrar este BOE dixital. Imaxinen por un momento que a Hammurabi lle tivese tocado unha cidadanía tan exaltada. ¡Non habería salas no Louvre para acoller os seus diferentes códigos!". El Acento-Opinión: "El peso y la ligereza". "EL PAIS", 03.01.09, p. 20.

16 En calquera caso, en España lévase actualmente a cabo unha experiencia-piloto ao respecto na Audiencia Nacional. Así, "a dixitalización da Audiencia Nacional para a implantación do expediente dixital é un dos eixes do Plan Estratégico de Modernización do Sistema de Xustiza 2009-2012. Este Plan, aprobado o 18 de Setembro de 2009 –que supún un investimento continuado de centos de millóns de euros a cuxa cobertura se dedicarán en maior ou menor grao os ingresos das taxas xudiciais recentemente introducidas no noso sistema procesal-, contén o conxunto de medidas encamiñadas a un servizo público de xustiza tecnoloxicamente avanzada, máis áxil e eficiente, que garanta os dereitos da cidadanía...". de modo que a súa concreción "no Proxecto de dixitalización da Audiencia Nacional significa a implantación dunha xestión integral do Expediente dixital en formato dixital, un proceso que tamén se iniciou nas Fiscalías da Audiencia Nacional... A dixitalización dos documentos segue as seguintes fases: a) Planificación do traballo diario; b) Manipulación previa para deixar o documentos nas mellores condicións para ser escaneado; c) Dixitalización –que consiste na práctica en escanear os documentos que ingresen en soporte papel na Oficina de Rexistro da Audiencia Nacional e que estará interconectado co sistema de notificacións e comunicacións telemática LEXNET-, e posterior control de calidade; d) Catalogación dos documentos en *pdf* para que o usuario final poida localizar en cuestión de segundos, a golpe de teclado, calquera documento obrante na causa". Cit. [www.legaltoday.com/actualidad/noticias](http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias), 23 de Novembro de 2010, Pp. 1-4. En calquera caso, parece non ser prioritaria a implantación no devandito sistema dun buscador asociado tipo "araña" de última xeración, de modo que non resulta aventurado afirmar que o devandito proxecto experimental nace xa lastrado ou, polo menos, moi curto de miras, sen que paradoxalmente se prevexa sequera experimentar a busca interconectada, instantánea e masiva de documentos e imaxes dixitalizados en arquivos informáticos e telemáticos non só pertencentes aos Xulgados e Tribunais da Audiencia Nacional senón tamén respecto a outros sitios noutros órganos xurisdiccionais –xa centrais ou periféricos-, ou nos Departamentos ministeriais; Entes institucionais, etc...



## V A dixitalización procedemental en España á luz da vixencia da Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, reguladora do uso das tecnoloxías da información e a comunicación na Administración de Xustiza

Malia todas as reticencias e o caos institucional inherente á insólita perpetuación da segmentación horizontal-competencial da oficina xudicial e á diferente dependencia institucional-funcional do correspondente persoal funcional; dos Secretarios xudiciais e dos propios titulares xurisdicionais, o certo é que ao final da etapa do Ministro Fernández Bermejo á fronte do Ministerio de Xustiza, así como despois, se tratou de afrontar o reto da modernización da Administración de Xustiza abordando o desafío da dixitalización procedemental integral dos diferentes órganos xudiciais.

Así, despois dunha tramitación parlamentaria sen maiores incidencias e conforme á súa Disposición final cuarta, o pasado día 7 de xullo do 2011 entrou en vigor –sen “vacatio legis” ningunha–, a Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, reguladora do uso das tecnoloxías da información e a comunicación na Administración de Xustiza (B.O.E. núm. 160), “ao día seguinte ao da súa publicación no *Boletín Oficial do Estado*”.

¿Quere iso dicir que a partir de entón en todos os órganos xudiciais españois –fosen colexiados ou unipersoais; de pobo, cidade ou gran capital–, se produciu o comezo dun proceso de dixitalización universal de todos os seus documentos contidos en soporte-papel ou que, polo menos, se empezou a dixitalizar o contido de todos os procedementos incoados a partir daquela data de vixencia da devandita Norma legal de pretendida vocación de alcance xeral?

Evidentemente, a resposta non só é negativa senón que a cotiá realidade procedemental-xudicial –exacerbada ademais pola crúa situación económica–, produce como resultado que o devandito propósito normativo parece ser máis un mero “desiderátum” legal que a regulación normativa da execución material de plans tecnolóxicos efectivos e de eficacia contrastada.

Non existe pois un plan de implantación inmediata e masiva en todos os órganos xurisdicionais españois dirixido á súa dixitalización procedemental integral, sin que tampouco existan sequera previsións de pormenorizadas pautas sucesivas a fin de acometer a devandita tarefa territorialmente ou por ordes xurisdicionais, nin desde logo consta que se preveise un calendario prospectivo ao respecto fóra de xenéricas previsións na fronteira temporal do ano 2015.

En realidade, o contido normativo da devandita Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, acomódase ao vello refrán de que “do dito ao feito vai un treito” que –no presente caso–, parece que vai para longo, ata o punto de que as súas Disposicións transitorias primeira e segunda “in fine” prevén a obvia coexistencia de procedementos en soporte papel e formato electrónico,<sup>17</sup> prevéndose así mesmo un prazo de *catro (4) anos* pola súa Disposición

17 Así, as Disposicións transitorias primeira,1 e segunda “in fine” da devandita Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, prevén tanto que “durante o tempo en que coexistan procedementos tramitados en soporte papel con procedementos tramitados exclusivamente en formato electrónico, os servizos electrónicos de información do estado da tramitación a que se refire a presente Lei incluírán, respecto aos primeiros, polo menos a fase na que se atopa o procedemento e o órgano ou unidade responsable da súa tramitación”, como que “será admisible a remisión do expediente en formato papel se as condicións técnicas non permitisen a súa remisión telemática”.

adicional terceira desde a entrada en vigor da presente Lei para que as Administracións con competencias en materia de Administración de Xustiza garantan a interoperabilidade entre os sistemas informáticos e telemáticos no seu caso operativos.<sup>18</sup>

A única experiencia de masiva dixitalización procedemental integral abordouse na Audiencia Nacional con resultados cando menos discutibles<sup>19</sup> –sen que por outra parte se realizase experiencia integral ningunha en terceiros órganos xudiciais nin sequera ao abeiro dos controvertidos ensaios de implantación da Nova Oficina Xudicial (NOX)-,<sup>20</sup> non tanto porque semellante propósito sexa equivocado senón porque as ideas mestras conforme ás que se abordou o proxecto parecen ter posto máis énfase no proceso de xestión procedemental que na eficaz explotación integral da información susceptible de obterse do arquivo dixitalizado a fin de abordar desde aí –non antes-, o quefacer procesal diario e o cometido xurisdiccional cotián.

Así, alí “a *rede* cáese cada dous por tres e non funciona o sistema de dobre pantalla nun escritorio integrado para Maxistrados, Secretarios Xudiciais e persoal dos Corpos de Xestión e Tramitación Procesal. Perdeuse documentación, datos cruzados entre expedientes”, sen que exista –segundo sinala unha recente crónica periodística-<sup>21</sup> unha orde correlativa entre as Sentenzas”, producíndose “un colapso no sistema xudicial da Audiencia Nacional sen precedentes”.

“Esta é a paisaxe case de guerra que deixa un paseo polas instalacións onde se trasladaron recentemente os Xulgados Centrais do Contencioso da Audiencia Nacional” –é o relato de Erika Montañés-, de modo que “este campo de minas vén sementado por un proxecto de implantación do expediente xudicial electrónico na Audiencia Nacional feito mal, sen os medios necesarios e con présas por parte do Ministerio de Xustiza”.<sup>22</sup>

“Non foi ata Marzo deste ano 2011 cando o Goberno –en realidade o Ministerio de Xustiza habería que precisar-, comezou a apurar prazos, consciente de que tiña que completar o *seu proxecto estrela* na Administración de Xustiza –ao ser este un dos eixes do Plan Estratégico de Modernización do Sistema de Xustiza 2009-2012-, antes das eleccións xerais. O pasado xuño o devandito Departamento anunciou que iniciaba a última fase do expe-

18 Malia que a Disposición adicional terceira de semellante Norma legal farto recente prescriba que “no prazo de *catro (4) anos* desde a entrada en vigor da presente Lei, as Administracións con competencia en materia de Administración de Xustiza garantirán a interoperabilidade entre os sistemas ao servizo da Administración de Xustiza, de acordo coas especificacións establecidas polo Comité técnico-estatal de Administración xudicial electrónica no marco institucional de cooperación en materia de administración electrónica”, parece cando menos dubidoso senón farto difícil que nas circunstancias de masiva contracción orzamentaria que se prevén para os próximos exercicios orzamentarios se programen investimentos ao respecto con cargo ao orzamento das diferentes Comunidades autónomas con competencias ao respecto, salvo que naturalmente se produza un incremento xeneralizado dos supostos de aplicación das diferentes taxas xudiciais.

19 Malia que semellante “proceso na Audiencia Nacional se iniciou en Setembro de 2010 coa posta en marcha do Servizo de Dixitalización Masiva que permitiu a dixitalización de máis de *trinta e un millóns (31.000.000) de páxinas* dos procedementos en trámite... o seu Presidente Angel Juanes admitiu onte que o proceso de dixitalización para implantar o expediente xudicial electrónico está causando problemas, especialmente nos Xulgados –Centrais-, do Contencioso-Administrativo”. Pola súa parte, o sindicato Comisiones Obreiras (CCOO), asegurou hoxe nun comunicado que “o expediente xudicial electrónico segue sen funcionar e ten atascados decenas de procedementos por causas alleas aos traballadores”, sen prexuízo de que “Juanes sinalase que a Sala de Goberno –da Audiencia Nacional-, é consciente destes inconvenientes e que está en contacto co Ministerio de Xustiza para emendalos”. Cit. Pablo Sanjuán. EFE, 3.11.11. [www.lexdiario.es](http://www.lexdiario.es).

20 En calquera caso, a ausencia de ensaios integrais de dixitalización no seo da Nova Oficina Xudicial sucesivamente experimentada en órganos xudiciais de Burgos, Murcia, Cáceres e, por último, de León, tamén xerou públicas críticas en canto “o expediente dixital brillou pola súa ausencia”, de modo que o Decano dos Procuradores leoneses manifestou que “a cadea desta bicicleta –a modernización xudicial-, é o expediente dixital e mentres non funcione, a bicicleta non vai andar ben”. “Seguindo coa metáfora –apuntábase nunha recente publicación asociativo-xudicial-, a bicicleta non só carece de cadea senón de roda diantera, pois sen o expediente dixital, o Servizo de Ordenación do Procedemento supuxo un aumento de burocracia” –polo que-, o Secretario do Colexio de Avogados de León declaraba pola súa parte que “pulsamos un atraso evidente desde que un escrito se presenta no rexistro ata que recibimos a primeira notificación da súa posta en marcha”, cifrándose o atraso en “dous meses ou máis”. Cit. “NOTICIAS FRANCISCO DE VITORIA”, núm. 35, Outubro, 2011, p. 7.

21 Montañés, Erika: “El proyecto estrella de digitalizar la Audiencia Nacional sume a Justicia en el caos”. [www.abc.es](http://www.abc.es), 05.12.11, p. 1.

22 *Ibidem*, Pp. 1 e 2.



diente xudicial electrónico que suporía a implantación da dixitalización masiva no resto da Audiencia Nacional ata setembro. Imposible facelo”.<sup>23</sup>

“Creouse –alí-, o novo Servizo Común de Rexistro, Reparto, Dixitalización e Arquivo encargado de recibir, rexistrar, dixitalizar e catalogar nun único xestor documental toda a información para que fose accesible a todos os axentes autorizados para a súa consulta e tramitación”, pero “non chegaban os prazos –afirman senllas Delegadas do Sindicato de Traballadores da Administración de Xustiza (STAX)-, así que se subcontratou unha Empresa externa que ata fai uns días seguía manexando documentos aos que só pode acceder o persoal cualificado e autorizado”.<sup>24</sup>

“Xustiza quería estender posteriormente o despregamento –á orde xurisdiccional penal-, da Audiencia Nacional, pero este paso só se conseguiu frear tras dous meses de negociación, con numerosas presións dos Xuíces e Sindicatos, reunións ata co Presidente da Audiencia Nacional e diversos encontros extraoficiais este mesmo mes de novembro” do 2011, de maneira que “a situación é tan caótica que se viron obrigados a paralizar este mesmo mes das eleccións –a implantación-, do expediente dixital na rama penal da Audiencia Nacional”.<sup>25</sup>

“O proxecto de papel cero é marabilloso. Todos o queremos, pero ben feito. Entendemos que Xustiza tería que ter desenvolvido un proxecto-piloto cunha dixitalización que non fose tan masiva e despois propagalo sucesivamente ao resto de sectores da Audiencia” –afirma a dirixente sindical Elisa Losada-, pero “non se pode vender algo así, facerse a foto, non recoñecer que se fixo mal e facelo a calquera prezo prexudicando ao cidadán” –agregou a voceira do Sindicato de Traballadores da Administración de Xustiza (STAX), Emilia Rubio-, xa que “o resultado deste sistema caótico tradúcese directamente en que os cidadáns se viron inxustamente tratados”,<sup>26</sup> ao ser “afectados por unha demora nos procesos que levou a incoar de media tres demandas en seis meses”.<sup>27</sup>

“Non fan falta xuízos de intencións –comentou ao respecto Juan Carlos Girauta en recente columna xornalística-, cando os resultados son os que son. Onde había precariedade hai agora un galimatías imposible; onde había atrasos, hai agora extravío de expedientes; naquel laberinto –transitable grazas a rutinas anellas-, reina agora a anarquía, crúzanse os datos e accédese sen autorización. O colapso”.<sup>28</sup>

Parece pois que se comezou a casa polo tellado, ademais de incorrer nun atávico e maximalista centralismo informático-organizativo cando os ordenadores persoais –agora xa portátiles, ultraportátiles e tabletas-, hai xa cinco lustros que desbancaron aos grandes computadores centralizados, de estrutura radial e con terminais cautivos, de modo que a nivel mundial se impuxo un sistema telemático farto plural e descentralizado, dominado por esa rede de alcance universal denominada INTERNET.

A dixitalización procedemental integral non só é factor senón requisito imprescindible da modernización xudicial, pero a súa implantación parece máis lóxico iniciala de abaixo a arriba, é dicir, nos órganos xudiciais unipersoais, ao ser precisamente nos mesmos onde se

23 Ibid., p. 3.

24 Ibid., p. 3.

25 Ibid., p. 4.

26 Cit. Ibid., p. 4.

27 E. Montañés-G.D. Olmo: “El Expediente digital colapsa varias Salas da Audiencia”. “ABC”, 6.12.12, p. 25.

28 Girauta, Juan Carlos: “El lío da Audiencia”. “ABC”, 6.12.12, p. 16.

inician –ás veces tamén rematan alí-, a abafadora maioría dos procesos, proseguindo logo a continuada prosecución da devandita tarefa nos niveis superiores da Administración de Xustiza.

Sería pois plausible elaborar un preciso plan de dixitalización sectorializado en paralelo por ordes xurisdicionais e cun calendario preciso, con fitos sucesivos que mesmo comprendese retroactivamente ata unha data determinada os correspondentes arquivos de xestión dos órganos xudiciais unipersoais primeiro e dos de carácter colexiado despois, segundo fosen chegando a súa fase “ad quem” aqueles procesos iniciados “a quo” xa dixitalizados e a partir dunha data sucesiva e predeterminada –que podería desde logo coincidir coa anterior-, a partir da que se dixitalizase así mesmo o incoado inicialmente nas devanditas Instancias xudiciais superiores.

Sen dúbida, o camiño do inferno está sementado de frustradas boas intencións, de modo que intentar presentar a dixitalización como un produto de “marketing” político novo e brillante non se acomoda a solucionar eficazmente unha abafadora realidade xudicial por completo desbordada e repleta de papel fóra de control, cuxa premisa inicial supón precisamente a súa pormenorizado análise e catalogación a fin da súa correcta e ulterior dixestión dixitalizadora por fases temporais sucesivas; en Xulgados e Tribunais de ordes xurisdicionais determinadas e por demarcacións territoriais completas competencialmente predeterminadas.

A devandita Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, incorre ademais nun salto no baleiro ao prescindir de assimilar a actual realidade imposta polo papel e de asumir a necesidade de que durante un longo período de transición –nunca inferior a un lustro cando menos-, resultará imprescindible contar coas actuacións no devandito soporte documental tradicional –mesmo malia a súa dixitalización-, en tanto que os profesionais, o resto dos órganos xudiciais de cada Orde xurisdicional e aínda determinados sectores críticos das Administracións Públicas –nos Departamentos ministeriais de Facenda, Xustiza e Interior e, en especial, nas Direccións Xerais da Policía e da Gardia Civil ou Institucións asimiladas das Administracións autonómicas e de ámbito local-, con especial incidencia e relación coa Administración de Xustiza, se dixitalizan ao unísono ou por completo.

En calquera caso, a Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, configura o “expediente xudicial electrónico” –segundo sinala expresamente a súa Exposición de Motivos-, como “herdeiro dixital dos autos que tradicionalmente constituíron o decorado dos nosos Xulgados e Tribunais”;<sup>29</sup> establece “a obrigatoriedade de que o inicio do procedemento sexa sempre por medios electrónicos”; recalca a transcendencia do “foliado electrónico” como elemento clave da seguridade e do control procedemental,<sup>30</sup> ademais de determinar os “rexistros e sedes electrónicas” ligadas a cada órgano xurisdicional unipersoal ou colexiado e aos seus servi-

29 Mentres o Art. 26,1 da devandita Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, define o expediente xudicial electrónico ao catalogalo como “o conxunto de documentos electrónicos correspondentes a un procedemento xudicial calquera que sexa o tipo de información que conteña”, o seu Art. 27,1 e 3 precisa tanto que “terán a consideración de documentos xudiciais electrónicos as resolucións e actuacións que se xeren nos sistemas de xestión procesal, así como toda información que teña acceso doutra forma ao expediente, cando incorporen datos asinados electronicamente na forma prevista na Sección 2ª do Capítulo II do Título III da presente Lei”, como que “terá a consideración de documento público o documento electrónico que inclúa data electrónica e que incorpore a sinatura electrónica recoñecida do Secretario xudicial, sempre que actúe no ámbito das súas competencias, conforme ao disposto nas leis procesais”.

30 Malia que o Art. 26,3 “ab initio” de igual Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, prescriba que “o foliado dos expedientes xudiciais electrónicos se levará a cabo mediante un índice electrónico, asinado pola oficina xudicial actuante segundo proceda”, non deixa de ser paradoxal que se omita precisar a concreta identidade da persoa, funcionario ou Autoridad asinante dos cales integran a Oficina xudicial, despois de desde logo perderse unha boa ocasión para acabar co réxime de responsabilidade difusa que impera nos órganos xudiciais y que se debe en boa parte a que maioritariamente e salvo excepción as actuacións xudiciais sexan exclusivamente asinadas polos titulares dos órganos xurisdicionais e das súas correspondentes Secretarías ou aínda por ámbos os dous, sen que porén non asinen practicamente nunca os integrantes do persoal funcional auxiliar malia ser os mesmos que teñen ao seu cargo a tramitación procesal cotiá de carácter inmediato.



zos comúns, non só aos efectos de comunicación senón mesmo de acceso –no seu caso-, restrinxido ás correspondentes Partes comparecidas.<sup>31</sup>

Malia que a devandita Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, impón un xenérico e imperativo mandato de dixitalizalo todo, porén omite sinalar non só por onde comezar –é dicir, por que órganos xudiciais e en que Orde xurisdiccional-, senón tamén acoutar temporal e materialmente semellante desiderativo mandato normativo, xa que non é o mesmo dixitalizar actuacións “vivas” e en trámite que aquelas outras que estean arquivadas.

Impónse pois a necesidade dun ulterior desenvolvemento normativo-regulamentario ao respecto –de feito así mesmo se prevé pola Disposición final segunda da devandita Lei núm. 18/11, de 5 de xullo-,<sup>32</sup> tanto a nivel competencial estatal como autonómico, sen prexuízo de que haxa que subliñar que sendo os arquivos xudiciais –en particular, os de xestión-, algo vivo, con múltiples entradas e saídas, quizais non fose banal en prol da obtención dunha maior seguridade xurídica, poñer a fronteira temporal-retroactiva da dixitalización no comezo do pasado ano 2010 e non soamente na correspondente á vixencia da devandita farto recente Norma legal naquel pasado día 7 de xullo do 2011.

A devandita Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, omite paradoxalmente salientar ou aínda aludir a cargo dos cales recae materialmente a obriga de proceder a materializar o devandito proceso de dixitalización procedemental dentro de cada órgano xudicial, Servizo procesal común ou Oficina xudicial, sendo en calquera caso patente que semellante cometido haberá de quedar normalmente a cargo do correspondente persoal funcional auxiliar alí destinado e baixo a responsabilidade dos Secretarios xudiciais dos que dependan.<sup>33</sup>

A incompatibilidade dos sistemas informáticos implantados nas diferentes Comunidades Autónomas con competencias en materia de Administración de Xustiza con aqueles desenvolvidos polo Ministerio de Xustiza ou aínda a imposibilidade de que algunhas das súas ferramentas informáticas sexan incapaces de asumir e integrar o masivo proceso de dixitalización procedemental legalmente previsto constitúen primordial e publicitaria preocupación tanto da nosa mellor doutrina<sup>34</sup> como dalgunha cualificada Instancia

31 Así, o Art. 41 de semellante Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, establece que “se porá a disposición das Partes un servizo electrónico de acceso restrinxido onde estas poidan consultar, previa identificación e autenticación, polo menos información sobre o estado de tramitación do procedemento, salvo que a Normativa aplicable estableza restricións á devandita información e con pleno respecto ao disposto na L.O. núm. 15/99, de 13 de decembro, de Protección de Datos de carácter persoal e lexislación que a desenvolva. A información sobre o estado de tramitación do procedemento comprenderá a relación dos actos de trámite realizados, con indicación sobre o seu contido, así como a data na que foron ditados”.

32 A Disposición final segunda da devandita Lei núm. 18/11, de 5 de xullo, baixo o epígrafe de “desenvolvemento normativo” precisamente prevé que “corresponde ao Goberno e ás Comunidades Autónomas, no ámbito das súas respectivas competencias, ditar as disposicións necesarias para o desenvolvemento e aplicación da presente Lei”.

33 Mentres o Art. 457 da L.O. núm. 6/85, de 1 de xullo, establece que “os Secretarios xudiciais dirixirán no aspecto técnico-procesal ao persoal integrante da Oficina xudicial, ordenando a súa actividade e impartindo as ordes e instrucións que estimen pertinentes no exercicio desta función”, o Art. 102,2 “in fine” do Regulamento núm. 1/05, de 15 de Setembro, sinala que “os Secretarios xudiciais, no marco das competencias contempladas no Art. 454 da Lei Orgánica do Poder Xudicial, velarán pola axeitada utilización dos sistemas e programas informáticos. O manexo dos mesmos corresponde ao persoal adscrito ás distintas unidades da Oficina xudicial, baixo a superior dirección do Secretario xudicial correspondente”.

34 “Do que se queixan os xuíces en materia de informatización –apunta Alejandro Nieto-, non é da falta de aparatos senón de *insuficiencia de programas axeitados*, singularmente de interconexión de Xulgados e Tribunais e de almacenamento accesible de datos... Esta insuficiencia agrávase polo fraccionamento competencial, dado que cada Comunidade Autónoma con competencias transferidas conta co seu propio sistema e ningún deles é compatible cos demais a efectos de intercomunicación de datos. Ademais, aínda non se implantaron os expedientes xudiciais electrónicos, obrigando á acumulación desas montañas de papel que tanto asombran aos visitantes dos nosos Xulgados... Onde a informática pode atopar o seu mellor e máis directo campo de aplicación é nas comunicacións. O traslado das sentenzas, dos autos, sumarios e expedientes poderá realizarse en soporte non de papel con notable aforro de tempo e o mesmo pode dicirse dos demais trámites”. Nieto, Alejandro: “EL MALESTAR DE LOS JUECES Y EL MODELO JUDICIAL”. Madrid, Editorial Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 53.

gubernativo-xudicial.<sup>35</sup>

Porén, unha correcta orientación do proceso de dixitalización procedemental integral de todos os órganos xurisdicionais españois podería superar esa atávica e anacrónica descoordinación informática dunha Administración de Xustiza insolitamente segmentada competencial e funcionalmente, xa que precisamente ningún óbice tecnolóxico existe que impida que todo o acervo documental dixitalizado –calquera que sexa a súa orixe-, poida ser posto en común en arquivos dixitais telematicamente interconectados; nun arquivo dixital xudicial xeral ou –se se quere-, nunha “nube” xudicial de acceso seguro y aínda regulamentariamente pautado cos protocolos, habilitacións e trazas de seguridade que en cada caso se estimen precisos.

Por tanto, a clave do éxito futuro do proceso de dixitalización integral da segmentada Administración de Xustiza en España non radica tanto no loable desexo da súa uniformización por abaixo –que sen dúbida faría todo máis doado e moito máis económico-, como na xeneralizada posibilidade de acceso ao produto rematado, é dicir, non só no que afecta a cada expediente electrónico e á información pormenorizada xudicialmente operativa alí contida senón, sobre todo, na análise instantánea e global de toda a información dixitalizada contida en todas as actuacións sucesivamente dixitalizadas a nivel local, autonómico e estatal e, en particular, en obter pormenorizadas pautas integradas de xestión procesal a través da extracción de identidades, datos, gráficos, avisos de pendencia, etc., mediante a utilización xeneralizada de buscadores avanzados de segunda xeración.

Débase formular ademais a salvidade de que habería que discriminar conforme ao abano de respectivas competencias xudiciais de cada órgano xurisdicional, de modo que se axustase ás mesmas a posibilidade de empregar o alcance dos devanditos buscadores-araña ao preciso ámbito obxectivo, funcional e territorial inherente a cada Xulgado ou Tribunal na medida en que –valla o símil-, aínda que todos conforman a flota xudicial española, non é o mesmo un portaavións –o Tribunal Supremo-; un cruceiro –un órgano xurisdicional colexiado-; unha fragata –un Xulgado periférico-, que un patrulleiro –un Xulgado de pobo-, en canto se ben resulta necesario que todos operen coordinadamente –de aí que a interconectividade telemática global en tempo real sexa requisito imprescindible en todo sistema de organización moderno-, moi diferentes porén resultan ser os seus respectivos volumes de traballo e as súas necesidades de busca a fin de obter unha xestión procesal-dixital integrada.

35 Así, despois de afirmar “que a transferencia das competencias sobre a Administración de Xustiza ás Comunidades Autónomas foi un acerto e constitúe unha realidade que non debe ter marcha atrás”, o Vicepresidente do Consello Xeral do Poder Xudicial Fernando de Rosa Torner matizou recentemente o seu propio aserto ao aludir a liña seguida que “tampouco debemos esquecer que a Xustiza é un dos poderes do Estado e, por tanto, debe existir unha Xustiza única e igual para todos os cidadáns. Non podemos, vía transferencia da xestión dos medios materiais e humanos ao servizo da mesma, desligar ao Estado deste Poder e manter a situación actual na que, dependendo de onde se teña fixada a residencia, o cidadán goza dunha Xustiza máis ou menos rápida, áxil e eficaz. Para corrir esta disfunción debemos servirmos das novas tecnoloxías, cuxa utilización ha de permitir ao cidadán acceder aos servizos que a Administración lle debe facilitar dunha maneira moito máis áxil, sen importar onde resida. Por iso, ao igual que ocorre coa Axencia Tributaria, é inaprazable dotar á Xustiza española dun sistema informático único, no que todos os órganos xudiciais, con independencia da súa ubicación, tramiten os procesos baixo unha mesma plataforma e que lles permita estar interconectados en tempo real, entre eles e o resto dos organismos, xa sexan nacionais ou internacionais, que a diario colaboran cos mesmos. E o momento é agora, aproveitando que a nova Lei reguladora do uso das tecnoloxías da información e a comunicación na Administración de Xustiza impón ás Administracións con competencias a obriga de dotar ás Oficinas xudiciais de sistema de xestión procesal que permitan a tramitación electrónica dos procedementos, pois moitos dos sistemas existentes na actualidade non soportan outra evolución que lles permita alcanzar este obxectivo. É triste ver como se alardea de ter investido centos de millóns de euros en modernizar a Xustiza e logo visitar os Xulgados e comprobar que nada ou moi pouco cambiou: os montóns de expedientes en papel seguen enriba das mesas e ocultan ata os ordenadores. Ademais, cando se fala da execución dun plan para modernizar a Xustiza, non podemos esquecer que o Ministerio do ramo unicamente se refire aos órganos xudiciais radicados nun determinado territorio, non tendo involucrado no proceso de modernización ao resto das Administracións autonómicas, co que os beneficios do mesmo non alcanzan a todos os cidadáns, ampliándose a brecha dixital”. Rosa Torner, Fernando de: “Medidas para modernizar la Justicia”. “EL MUNDO”, 29.11.11, p. 21.





Non deixa de ser pois sintomático que precisamente no punto 2 “in fine” das medidas contempladas a fin da obtención dunha Xustiza áxil e previsible, o Programa electoral do Partido Popular, que gañou por ampla maioría as derradeiras eleccións xerais celebradas o pasado día 20 de novembro do 2011, sinalase expresamente que “impulsaremos unha Axencia que articule un sistema informático único e permita o coñecemento inmediato en rede dos datos xudiciais e dos que consten nos rexistros públicos relacionados coa Administración de Xustiza”.

Pois ben, se semellante compromiso electoral non está feito a fume de pallas e se encerraba un efectivo propósito de bo goberno axiña se verá, sen prexuízo de lembrar que programas avanzados de segunda xeración están xa dispoñibles no mercado e mesmo que algúns son desde fai anos de utilización habitual en precisos Organismos de determinados Departamentos ministeriais, non sendo desde logo imposible senón necesaria a súa adaptación e cribado informáticos que faga posible tamén a súa aplicación cotiá no ámbito da Administración de Xustiza.

Finalmente, en épocas de contracción orzamentaria<sup>36</sup> -así como á vista do recorte xeralizado do gasto público anunciado para o próximo exercicio económico-, non parece moi coherente a creación de máis Axencias especializadas cando non só existe o Consello Xeral do Poder Xudicial senón que, no seu seo, xa radica o Centro de Documentación Xudicial (CENDOX), que quizais fose plausible redeseñar ou quizais, chegado o caso, introducir dentro da órbita dun Departamento ministerial institucionalmente reforzado e de novo cuño que aborde sistemática, sucesiva e pormenorizadamente o ancestral desafío en España da modernización da Administración de Xustiza e, como epítome da mesma, a dixitalización procedemental integral de todos os seus órganos xurisdiccionais.

## VI Conclusión: a implantación da dixitalización procedemental como obrigado fito normativo da modernización da Xustiza

Sen dúbida existen longos andeis repletos de ponderadas reflexións sobre a aplicación dos principios xurídicos pero, non obstante, esqueceuse a miúdo que a súa aplicación cotiá depende da realidade material e procesal incrustada nas correspondentes actuacións de órganos xudiciais unipersoais ou colexiados que languidecen incapaces de soportar as carencias organizativas e materiais de todo xénero que diariamente lles afectan.

Mentres se discutía nas altas Instancias institucionais e xudiciais cara onde mellor sería orientar a Administración de Xustiza,<sup>37</sup> a infraestrutura dos diversos órganos xudiciais

<sup>36</sup> Así, “a Xustiza non se salva da redución xeneralizada nos Orzamentos do Estado para 2011. Se o ano pasado o Departamento de Francisco Caamaño era dos poucos que non tiña recortes para 2010 e crecía un *once por cento (11%)*, nos datos presentados onte pola Vicepresidente económica Elena Salgado apréciase unha redución dun *seis con nove por cento (6,9%)* do gasto non-financeiro previsto para 2011...”, de modo que “a dotación consolidada para a política de Xustiza en 2011 é... un *cinco con oito por cento (5,8%)* menor que o exercicio anterior...”, e a cifra resultante para a modernización tecnolóxica e de comunicacións foi de case un *cinquenta por cento (50%)* menos”. García-León, Carlos: “La modernización de la Justicia se para en seco”. *www.expansión.com*, 4 de Outubro do 2010, Pp. 1-4.

<sup>37</sup> “O Lexislativo –estea en mans dun partido ou doutro afirmaba Alejandro Nieto-, dita sen continencia lei tras lei a cal máis confusa e perturbadora da orde xudicial tanto nos seus aspectos persoais como organizativos, mentres que os órganos administrativos de aplicación colaboran decididamente a aumentar o desgoverno xa creado. Unha política xudicial que –nótese ben-, non é exclusiva dun partido, senón de todos os que se van turnando sucesivamente no Goberno; de tal maneira que o chamado Pacto de Estado para a Reforma da Xustiza –suscrito polos principais partidos políticos o 28 de Maio do 2001-, máis que un pacto para a liberación foi unha conspiración para o secuestro –que non o rapto-, da Xustiza. Aos feitos e aos seus resultados me remito. A lúa de mel que seguiu a este Pacto foi doce certamente e estivo amenizada por coros triunfais..., pero non durou moito, xa que o Partido Socialista se distanciou pronto alegando que as leis do seu desenvolvemento aprobadas pola maioría parlamentaria popular eran unha fraude...”. En calquera caso –engadida igual autor-, “o desgoverno xudicial é consecuencia, en definitiva, da destrución intencionada do Poder Xudicial e, conxuntamente, do mal funcionamento do seu sucedáneo, o servizo público da Administración de Xustiza”. Nieto, Alejandro: “EL DESGOBIERNO JUDICIAL”. Madrid, Editorial Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2005, Pp. 31 y 32.

deixábase corroer polas carencias materiais ou aínda pola implantación de modelos e sistemas informáticos inservibles, parcelados territorial ou institucionalmente, incompatibles entre si e desde logo alleos ás perentorias necesidades e realidade material dos procesos así como tamén a ulteriores e previsibles pautas de efectiva innovación tecnolóxica.

Dilapidáronse pois os escasos recursos financeiros en ferramentas informáticas non xa carentes de posibilidade ningunha de desenvolvemento e evolución futuras senón ás veces aínda obsoletas antes de implantarse e das que pouca ou ningunha utilidade diaria resultaba posible extraer –e xa se sabe que nada hai máis caro que aquilo que non funciona-, sen prexuízo de que a súa implementación práctica descoñecese os retos e necesidades diarias do labor xudicial derivado da abafadora realidade tramitacional cotiá dos diversos Xulgados e Tribunais, a cuxos titulares aqueles sistemas proporcionaban información maioritariamente inútil para o eficaz desempeño do seu cometido xurisdiccional.

Cando en ocasións as disfuncións materiais e procedementais inherentes ás actuacións xudiciais se transforman en flagrante inxustiza -tal como se puxo de manifesto e por desgracia en España de forma reiterada en datas farto recentes en casos que todos temos presentes-<sup>38</sup> resulta mesmo imperativo moral -como subliñou o asasinado líder dos dereitos civís Martin Luther King-, que “non quedemos satisfeitos ata que a xustiza flúa como a auga...”<sup>39</sup>

Resulta pois tan urxente como imprescindible abordar a imperativa implantación da dixitalización procedemental integral e interactiva dos nosos Xulgados e Tribunais a nivel nacional, de modo que a súa ineludible e inmediata obrigatoriedade procedemental non sexa un mero desiderátum lexislativo senón efectiva pauta material cotiá en España para a súa Administración de Xustiza.

É imprescindible romper pois o vicioso círculo que desde hai décadas aprisiona aos órganos xurisdiccionais españois e que consiste tanto en que os sistemas de “software” alí instalados están tecnoloxicamente obsoletos como que os novos que se tratan de implantar non proporcionan utilidades operativas que sirvan para superar dunha vez o seu descontrol procedemental e o seu crónico e a miúdo xa cronificado atraso resolutorio.<sup>40</sup>

A efectiva materialización da dixitalización procedemental integral e xeneralizada constitúe pois tanto a canle como o requisito técnico-ofimático imprescindible para sacar aos ór-

38 Entre estes, o máis notorio foi, en palabras de Alejandro Nieto, “o comunmente chamado *caso Mariluz*... -que-, comezou en xaneiro de 1999 cando Santiago del Valle denunciou no Xulgado de gardia de Sevilla uns abusos cometidos a unha filla súa, dos que resultou ser el o autor segundo Sentenza de data 15 de Novembro do 2002 do Xulgado do Penal núm. 2 de Sevilla... Catro anos mediaron entre a denuncia e a sentenza, que xa é prazo respectable pero non extraordinario nos tempos que corremos. Interposto inmediatamente recurso de apelación, este foi resolto pola Audiencia Provincial de Sevilla o 17 de Maio do 2003, é dicir, nun prazo procesal case correcto. Agora ben, as grandes dilacións comezaron cando a Audiencia Provincial de Sevilla tardou case tres anos en *notificar* a súa sentenza confirmatoria ao Xulgado do Penal e este –un órgano xudicial afectado de endémicas deficiencias estruturais segundo desde logo hai agora que subliñar-, tardou xusto ano e medio en *iniciar dilixencias* para localizar ao condenado a efectos de entregarlle a indicada resolución. Entrementes foi asasinada a nena Mariluz, probablemente por Santiago del Valle que desfrutara durante estes anos de liberdade, sen que ninguén o inquietase, pois ata Marzo de 2008 non se emitiu contra el a orde de busca e captura, precisamente despois (para chegar ao colmo do grotesco), de que o presunto autor xa tería sido detido pola Policía”. Nieto, Alejandro: “EL MALESTAR...”, op. cit. p. 53.

39 Luther King, Martin: “TENGO UN SUEÑO Y OTROS DISCURSOS”. Biblioteca EL Mundo, Barcelona, 2008, p. 40.

40 Recente liña doutrinal non deixa porén de amosarse farto escéptica respecto á modernización tecnolóxica no ámbito da adopción de decisións xudiciais, ao manifestar que “un Xuíz que ten que resolver un caso medianamente importante –que con frecuencia non tramitou el senón algún dos seus moitos antecesores-, conta para iso cunha boa arroba de papel, un paquete de DVD's e uns cantos vídeos, sen esquecer algunhas notas persoais manuscritas e outras recollidas no ordenador. Excelente material de traballo froito da modernización tecnolóxica que lle permitiría estudar fíblemente o caso nun par de semanas de concentración. Mais é o caso, lamentablemente, que para resolver non dispón de moito máis dunha tarde: ordinariamente, duns minutos, segundo as estatísticas e os módulos oficialmente calculados. ¿Para que serve entón tanto material? ¿De que valeu a modernización do aparato da Administración de Xustiza? O Xuíz resígnase, repasa as súas notas, toma a decisión practicamente ás cegas e preme as teclas que, como se dixo antes, permitirán materialmente... redactar ás cegas a sentenza. Esta é a modernidade real...”. Nieto: “EL MALESTAR...”, op. cit. p. 83.



ganos xudiciais dos seus endémicos marasmo e descontrol procedementais así como para obviar a obsolescencia tecnolóxica que padecen e a esterilidade de improbos e denodados esforzos profesionais e aínda persoais –a miúdo descoñecidos e ás veces ignorados-, de Xuíces, Maxistrados e Fiscais; de Secretarios Xudiciais e do correspondente persoal funcional auxiliar que maioritariamente cumpre o seu cometido co único afán de defender a legalidade e aos cidadáns, sen máis recompensa que un soldo neta e temporalmente decrecente e susceptible sin dúbida en moitos casos –sobre todo nos niveis profesionais de entrada; nas retribucións de gardias, destinos penosos por saturados, etc.-, de ser manifestamente mellorado.

A dixitalización procedemental integral da Administración de Xustiza resulta así requisito imprescindible para a solución dos problemas da Xustiza en España pero, porén, non é a panacea de toda a súa complexa problemática funcional e institucional, de modo que abordar as súas crónicas carencias requiriría tamén reforzar urxentemente a deteriorada posición institucional actual dos titulares xudiciais e acabar co seu reiterado e contumaz ninguneo normativo que deixou insolitamente afásica a estrutura organizativa dos Xulgados e Tribunais.

Unha década de reformas normativas fixo imposible que apareza a natural pirámide xerárquica de toda organización eficiente pública ou privada nos órganos xurisdicionais españois, converténdose actualmente os mesmos máis ben en conos truncados, integrados polas Oficinas xudiciais –sexan vellas ou xa novas-, imposibles de ser eficazmente xestionadas mediante meras pautas organizativas de alcance transversal que ademais de potenciar a responsabilidade difusa dos que alí traballan –que non é outra cousa que irresponsabilidade encuberta e xeneralizada-, impiden a conexión organizativa con aquelas esgazadas puntas de pirámides descabezadas, integradas polos Xuíces e Maxistrados cuxo labor xudicial diario resulta cada vez máis frustrado, estéril ou inservible, ao ficar condicionado por múltiples e sucesivas medidas organizativas e procesais que en vez de remediar, cronificaron e quizais fagan pronto irremediable a situación real da Xustiza española, onde a primordial protección do xustizable queda a miúdo postergada por deficiencias estruturais que ninguén materialmente remata por solucionar.

Nada nin ninguén na Administración de Xustiza debe ser pois máis importante que o cidadán, en calquera das súas facetas como recipiendario do devandito servizo público esencial nunha democracia –sexa como vítima, prexudicado, reo ou interesado xustizable-, de modo que todas as medidas tecnolóxicas e organizativas que contribúan a facer posible a mellor, máis áxil e máis certera aplicación material individualizada da legalidade, contribuirán ao fortalecemento da Xustiza como pilar fundamental dunha sociedade, cuxos líderes a reivindicación pública, enfática e mediaticamente cada día como máis xusta, avanzada e democrática, malia todas as súas carencias nos albores do Século XXI.

# Regap

## Comentarios e crónicas

### 2



# Disciplina e sustentabilidade orzamentarias.

## Primeiro período de sesións do ano 2011 no Parlamento de Galicia

*"A economía consiste en saber gastar e o aforro en saber gardar"*  
MARDEN, ORISON SWEET

**Índice:** I. *Introdución.* II. *Composición da cámara. Baixas e altas de deputados.* III. *Reunións dos órganos da cámara. Calendario de actividades.* IV. *Procedemento especial de carácter institucional. O debate anual de política xeral.* V. *Procedementos de natureza normativa.* VI. *Procedementos de control e impulso, e información.* VII. *Declaracións institucionais.* VIII. *Procedementos de control económico e orzamentario.* IX. *Procedementos relativos a outras institucións e órganos.*

## I Introdución

Desde unha perspectiva institucional este período de sesións ten a especialidade da celebración da reunión da Conferencia de Presidentes y Presidentas de Parlamentos Autonómicos (COPREPA)<sup>1</sup>, reunida en Pamplona os días 7 e 8 de marzo de 2011. Aprobou a seguinte Declaración institucional:

"Conscientes do momento de crise económica polo que atravesan España e o mundo, cos graves efectos que a mesma está provocando no seo das familias afectadas pola perda de emprego, e as preocupantes consecuencias que limitan fortemente a vida e o desenvolvemento dos mozos e dos sectores poboacionais máis débiles da armazón social.

<sup>1</sup> Para unha comprensión do alcance deste órgano de colaboración interparlamentaria pode consultarse o meu "Manual do parlamentario". Parlamento de Galicia. Santiago de Compostela. 2011.



Persuadidos polo convencemento firme de que desde as Cámaras de representación popular é imprescindible levantar a voz en defensa do papel da política como instrumento máis eficaz e insubstituíble para a resolución dos conflitos e das diferenzas de calquera tipo para a defensa das liberdades de toda a cidadanía.

Comprometidos coa obriga de responder ás demandas da cidadanía para que desde as Asembleas legislativas se ofrezan solucións e respostas aos problemas reais da sociedade, e de exercer a función parlamentaria con toda a plenitude democrática e participativa que as nosas funcións demandan.

Empeñados en defender o papel dos Parlamentos Autonómicos no proceso de construción da Unión Europea, respondendo ás previsións do Tratado de Lisboa para facer efectivo o principio de subsidiariedade.

Neste Día da Muller, sensibilizados coa gravidade da situación que padecen moitas mulleres en España e no mundo vítimas da discriminación polo seu sexo e da violencia de xénero, decididos a conseguir que no noso país se abra finalmente un escenario real á igualdade de oportunidades para mulleres e homes.

Os Presidentes e Presidentas dos Parlamentos Autonómicos (COPREPA) ACORDAN:

Primeiro: Apostar desde as institucións democráticas, e de maneira singular desde os Parlamentos autonómicos, en que se traballe cun impulso unánime para atopar solucións á crise económica. O futuro das nosas sociedades democráticas pasa por proporcionar unhas condicións de vida digna á totalidade da cidadanía, con garantía do dereito ao traballo protexido pola Constitución e os Estatutos de Autonomía.

Segundo: Dirixir a mirada e o empeño firme cara a situación que padece a poboación xuvenil, gravemente acosada polos efectos da crise, para deseñar políticas específicas que revirtan o colapso que os mozos atopan para a súa incorporación ao mundo laboral, de tal maneira que poidan alcanzar o seu pleno desenvolvemento persoal, vexan garantida a súa autonomía, o seu futuro e se favoreza a súa emancipación.

Terceiro: Promover desde os Parlamentos Autonómicos accións para a colaboración e cooperación nas políticas reguladoras da inmigración, de tal maneira que en todas as Comunidades Autónomas se alcance unha efectiva integración dos inmigrantes, evitando as situacións de exclusión e favorecendo a súa participación no proceso democrático en todos os lugares elixidos para a súa residencia, de acordo coa normativa vixente.

Cuarto: Reivindicar o papel dos Parlamentos Autonómicos na defensa dos valores democráticos e apostar polas vías democráticas para a consecución da delicada tarefa de cohesionar as relacións sociais así como a construción de proxectos que garantan o desenvolvemento dos nosos pobos onde non poden ter cabida a extorsión, as ameazas, nin ningún tipo de expresión da violencia.

Quinto: Manifestar o convencemento de que a través da política con maiúsculas é posible atopar as mellores vías de convivencia e os acordos que incidan na calidade de vida, a seguridade e o desenvolvemento persoal das cidadás e cidadáns do noso país.

Sexto: Proclamar a defensa do Estado social e democrático de Dereito, e do Estado Autonómico consagrados pola Constitución, como verdadeiros artífices do progreso e transformación social e da garantía das liberdades públicas alcanzados nos anos de vida democrática.



tica, e modelo imprescindible para asegurar o futuro desenvolvemento que entre todos, institucións e cidadanía, habemos de alcanzar desde a solidariedade e a confianza nas grandes posibilidades do pobo español.

Sétimo: Perseverar na loita contra a violencia de xénero que padecen moitas mulleres no noso país cun continuo e inadmisibile goteo de vítimas mortais, mediante o impulso de actuacións efectivas de apoio ás mulleres que padecen acoso e persecución dos seus agresores, favorecendo a educación precisa para reverter a cultura sexista que favorece as agresións e malos tratos cara as mulleres.

Oitavo: Animar aos cidadáns e cidadás a participar nas convocatorias electorais que se celebrarán o 22 de maio próximo, facendo da expresión da súa vontade nas urnas o verdadeiro impulso democrático lexitimador das institucións parlamentarias e das decisións políticas que haberán de aplicarse no futuro.

Noveno: Reafirmar a aposta dos Parlamentos Autonómicos, como máximas institucións da representación popular das nosas Comunidades, por participar no procedemento de elaboración dos actos lexislativos da Unión Europea en aplicación do principio de subsidiariedade, e así garantir un maior achegamento das decisións comunitarias á cidadanía e preservar ao mesmo tempo a necesaria transparencia dos acordos que se adopten nos distintos niveis de decisión da Unión Europea.

Décimo: Insistir na vontade de todos os Parlamentos de aproximar a súa actividade á cidadanía ofrecendo instrumentos para favorecer un mellor coñecemento da vida parlamentaria como a Rede Parla, que agora impulsamos e na que nos comprometemos a ofrecer a máxima información ao servizo dos cidadáns e cidadás."

## II Composición da cámara. Baixas e altas de deputados

Como adoita suceder, logo dos comicios municipais de maio produciuse un salientable número de renuncias a súa condición de deputado, coa conseguinte substitución polos deputados candidatos seguintes nas listas<sup>2</sup>. Estes foron:

Nome da/o deputada/o que causou a BAIXA:	Nome da/o deputada/o que causou a ALTA:	Data (2011)	Partido	Circunscrición electoral
Carlos Negreira Souto	Antonio Ángel Fraga Sánchez	xuño	PP	A CORUÑA
Manuel Santos Ruíz Rivas	María de la Encarnación González Montemuiño	xuño	PP	A CORUÑA
José Antonio García López	María Lourdes Yáñez García	xuño	PP	LUGO
José Carlos López Campos	María Lorena López Rodríguez	xuño	PP	PONTEVEDRA
José Fervenza Costas	Jacobo Moreira Ferro	xuño	PP	PONTEVEDRA
M <sup>a</sup> del Mar Barcón Sánchez	Luis María Tojo Ramallo	xuño	PSOE	A CORUÑA
Rosendo Luís Fernández Fernández	Marta María Rodríguez-Vispo Rodríguez	xullo	PP	OURENSE
Ignacio Javier López Chaves Castro	D. <sup>a</sup> María de Fátima Iglesias Ferreira	xullo	PP	PONTEVEDRA

<sup>2</sup> En íntima relación con estes procesos están as regulacións sobre o estatus do sufraxio pasivo que estudei en: *Pensamiento republicano y derecho constitucional. El problema de la irrelegibilidad en las democracias contemporáneas*. "Reflexiones sobre inelegibilidad y pensamiento republicano: el problema de las limitaciones del derecho de sufragio en el derecho constitucional español". Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C. Outubro 2007.



### III Reunións dos órganos da cámara. Calendario de actividades

A ordenación do traballo parlamentario e o calendario de actividades aprobouse na Mesa-Xunta de Portavoces de 25 de xaneiro de 2011 para o primeiro período ordinario, tal como se establece no artigo 67 do Regulamento do Parlamento de Galicia<sup>3</sup>.

Como resumo estatístico, este é o resultado global das reunións dos órganos da Cámara durante este período:

ÓRGANO	Núm. reunións	
MESA	28	
XUNTA DE PORTAVOCES	12	
PRESIDENTES/AS DE COMISIÓN	6	
PLENO	11	
DEPUTACIÓN PERMANENTE		
	Comisión 1. <sup>a</sup> , Institucional, de Administración xeral, Xustiza e Interior	11
	Comisión 2. <sup>a</sup> , Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente e Servizos	9
	Comisión 3. <sup>a</sup> , Economía, Facenda e Orzamentos	9
	Comisión 4. <sup>a</sup> , Educación e Cultura	10
	Comisión 5. <sup>a</sup> , Sanidade, Política Social e Emprego	13
COMISIÓN	Comisión 6. <sup>a</sup> , Industria, Enerxía, Comercio e Turismo	8
	Comisión 7. <sup>a</sup> , Agricultura, Alimentación, Gandería e Montes	8
	Comisión 8. <sup>a</sup> , Pesca e Marisqueo	10
	Comisión do Regulamento	
	Comisión do Estatuto dos Deputados	2
	Comisión de Peticións	1
	Comisión de Control da CRTVG	5
	Comisión para as relacións co Consello de Contas	2
	Comisión de Asuntos Europeos	1
	Comisión de estudo sobre a seguridade Viaria en Galicia	3
	Comisión non permanente de estudo para a elaboración dun plan de dinamización demográfica de Galicia	11

### IV Procedemento especial de carácter institucional.

#### O debate anual de política xeral

O debate de política xeral tivo lugar os días 15 e 16 de marzo de 2011, cumprido o trámite previo (artigo 48 da Lei 1/1983) de solicitude por parte do conselleiro da Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza a través de escrito presentado no Rexistro da Cámara con data 5 de febreiro de 2011 (doc. núm. 58840), de comparecencia do presidente da Xunta para informar e debater respecto da situación política da Comunidade Autónoma de Galicia<sup>4</sup>.

Tras a intervención do presidente pola mañá, e dos grupos parlamentarios pola tarde, e logo das intervencións dos correspondentes portavoces e de novo do presidente da

<sup>3</sup> Explico os criterios xerais de funcionamento do Estado autonómico e dos seus órganos en "Temarios Dereito constitucional e autonómico grupos A1 A2". EGAP. 2011. <http://egap.xunta.es/fich/public216.pdf>

<sup>4</sup> Para unha mellor comprensión do alcance dos procedementos gobernamentais no Parlamento teño escrito: "Técnica legislativa y control judicial". Na Revista Debate, publicación dixital da Asemblea Nacional de Panamá. [http://www.asamblea.gob.pa/debate/DEBATE\\_No16/DEBATE-016-2009-ABRIL.pdf](http://www.asamblea.gob.pa/debate/DEBATE_No16/DEBATE-016-2009-ABRIL.pdf)

Xunta, cumprindo as regulamentarias roldas de réplica e súplica, e logo da presentación no Rexistro xeral das propostas de resolución, a Mesa do Parlamento admitiu a trámite 218 propostas de resolución do Grupo Parlamentario Bloque Nacionalista Galego, 240 do Grupo Parlamentario dos Socialistas de Galicia, e 37 do Grupo Parlamentario Popular. Do conxunto destas propostas, aprobáronse 37 resolucións a iniciativa do G.P. Popular, 16 resolucións do G.P. BNG e 20 do Grupo Parlamentario dos Socialistas. Pódense consultar no BOPG núm. 435 fasc. 2, do 22 de marzo de 2011.

## V Procedementos de natureza normativa

Durante o primeiro período de sesións de 2011 presentáronse oito proxectos de lei.

1. Proxecto de lei de convivencia e participación da comunidade educativa.
2. Proxecto de lei de apoio á familia e á convivencia de Galicia.
3. Proxecto de lei de disciplina orzamentaria e sustentabilidade financeira.
4. Proxecto de lei do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia.
5. Proxecto de lei da área metropolitana de Vigo.
6. Proxecto de lei de mobilidade de terras.
7. Proxecto de lei do turismo de Galicia
8. Proxecto de lei do Plan galego de estatística.

No mesmo período aprobáronse catro proxectos de lei. Estes proxectos, xa convertidos en leis, son:

1. Lei 1/2011, do 28 de febreiro, reguladora do Consello Galego da Competencia
2. Lei 2/2011, do 16 de xuño, de disciplina orzamentaria e sustentabilidade financeira.
3. Lei 3/2011, do 30 de xuño, de apoio á familia e á convivencia de Galicia
4. Lei 4/2011, do 30 de xuño, de convivencia e participación da comunidade educativa.

En relación coa Lei 2/2011, cómpre facer as seguintes reflexións, que serven para ubicar o novo contexto de tramitación orzamentaria cos cambios normativos adoptados:

En tempos de penurias e incertezas económicas todas as reflexións científicas, sexan de ámbitos económicos ou doutras ciencias sociais, e políticas diríxense a un reenfoque dos condicionantes que as Institucións e os procedementos xeran en relación co funcionamento da economía en xeral e da facenda pública en particular.

Nesta orde de cousas a procura da eficiencia na xestión dos recursos públicos atopa o seu lugar de estudo natural no que en sede doutrinal se denomina Dereito orzamentario, pois os orzamentos do sector público son nas modernas sociedades democráticas un instrumento fundamental de ordenación da economía e de equilibrio dos eventuais desaxustes do denominado sistema de mercado.

Desde unha perspectiva parlamentaria a cuestión pode ser analizada tamén con ánimo de mellorar algo esencial cando de recursos públicos estamos falando: o perfeccionamento da participación das Cámaras na elaboración da lei de orzamentos e especialmente no seguimento posterior de como esta se executa e os resultados que con a devandita plasmación práctica se obteñen<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> A doutrina española é escéptica en relación a este obxectivo. Así Pedrós Abello, no seu estudo preliminar ao libro *El poder financiero del Parlamento*, Instituto de Estudos Fiscais, Madrid, 1981, páxina 11.



O punto de partida desta cuestión no noso Dereito é o artigo 134<sup>6</sup> da Constitución que perfila unha regulación con dúas notas fundamentais:

- Preocúpase esencialmente da tramitación da lei de orzamentos e do seu contido e esquece o control posterior da súa execución polo Parlamento
- Atribúe un papel destacado ao Goberno en relación ao outorgado ao Parlamento en comparación ao que teñen no procedemento legislativo ordinario.

Cando o Tribunal Constitucional español<sup>7</sup> analiza esta lei de orzamentos destaca tres obxectivos especialmente relevantes, os cales son:

- asegurar o control democrático do conxunto da actividade financeira pública (arts. 9.1 e 66.2, ambos os dous da CE),
- participar da actividade de dirección política ao aprobar ou rexeitar o programa político, económico e social que propuxera o Goberno e que os orzamentos representan, e
- controlar que a asignación dos recursos públicos se efectúe, como esixe expresamente o art. 31.2 CE, dunha forma equitativa,

Deste modo está recoñecendo que a formulación tradicional de singularizar a función orzamentaria á marxe das restantes das Cámaras perdeu sentido en pleno século XXI e cuns legislativos totalmente renovados tanto no seu funcionamento e relacións cos restantes poderes do Estado como no tratamento das cuestións orzamentarias.

A función de control parlamentario do Goberno presenta na actualidade aspectos novidosos que modifican a súa conceptualización tradicional dentro do Dereito constitucional. Como sinalaba Giuseppe de Vergottini a función de control nos parlamentos de fins do século XX evoca ante todo o sometemento do Goberno á superioridade parlamentaria e unifica o poder de dirección do Parlamento e o poder de verificación do respecto governamental das directivas parlamentarias<sup>8</sup>.

No ámbito da doutrina os profesores Montero e García Morillo definiron o control parlamentario como “a actividade parlamentaria encamiñada, a través dunha multiplicidade de mecanismos diversos, á comprobación da actividade do poder executivo e á verificación da súa actuación aos parámetros establecidos polo Parlamento, susceptible de producir diversas consecuencias entre as que convén destacar a responsabilización política do Goberno<sup>9</sup>. Como observamos, este sector doutrinal disocia o concepto de control e o de responsabilidade, de tal xeito que o exercicio do control parlamentario poderá levar con-

6 1. Corresponde ao Goberno a elaboración dos Orzamentos Xerais do Estado e ás Cortes Xerais o seu exame, emenda e aprobación.  
2. Os Orzamentos Xerais do Estado terán carácter anual, incluírán a totalidade dos gastos e ingresos do sector público estatal e neles se consignará o importe dos beneficios fiscais que afecten aos tributos do Estado.  
3. O Goberno deberá presentar ante o Congreso dos Deputados os Orzamentos Xerais do Estado polo menos tres meses antes da expiración dos do ano anterior.  
4. Se a Lei de Orzamentos non se aprobara antes do primeiro día do exercicio económico correspondente, consideraranse automaticamente prorrogados os Orzamentos do exercicio anterior ata a aprobación dos novos.  
5. Aprobados os Orzamentos Xerais do Estado, só o Goberno poderá presentar proxectos de Lei que impliquen aumento do gasto público ou diminución dos ingresos correspondentes ao mesmo exercicio orzamentario.  
6. Toda proposición ou emenda que supoña aumento dos créditos ou diminución dos ingresos orzamentarios requirirá a conformidade do Goberno para a súa tramitación.  
7. A Lei de Orzamentos non pode crear tributos. Poderá modificalos cando unha Lei tributaria substantiva así o prevega  
7 Pode lerse esta doutrina en sentenzas como a 223/2006, do 6 de xullo, que ademais predicán este contido tamén para as relacións entre Goberno e Parlamento tanto no ámbito nacional como autonómico. (Así se contén no Fundamento xurídico 5º).  
8 Tomado do seu traballo “*la funzione di controllo nei parlamenti alla fine del secolo*”. Ponencia presentada ao seminario sobre o control parlamentario, Madrid, 1995.  
9 Tomado das páxinas 35-36 do seu libro *El control parlamentario*, Madrid, 1984.

sigo a existencia dunha responsabilidade política ou non, segundo o tipo de instrumentos utilizados ou as circunstancias políticas que se produzan.

Supón un principio xeralmente admitido o feito de que ao ser o Parlamento o que aproba e autoriza os ingresos e gastos ten o dereito de comprobar se as súas prescricións foron observadas. Deste modo, o control parlamentario implica, como subliñaron Le Guern, Message e Tessier<sup>10</sup>, tres esixencias fundamentais: o poder de información ao obxecto de verificar a pertinencia das opcións gobernamentais e o respecto ás autorizacións concedidas, a potestade de criticar e a de sancionar co rexeitamento a proposición de que se trate.

A un lado destas conceptualizacións teóricas do control e a súa transcendencia no ámbito financeiro, atópase a necesaria superación, ao noso xuízo, do principio xeralmente admitido de que a lei orzamentaria, e en xeral todas as materias atinentes ás finanzas públicas teñen o seu mellor tratamento en sede gobernamental. Como reclamou Cazorla Prieto “cómpre acabar coa trasnoitada idea de que o Goberno é o dono do orzamento, singularmente na súa fase de elaboración e execución”<sup>11</sup>.

O noso máis alto tribunal reflexionou sobre a natureza dos créditos orzamentarios e a relación que garda a súa execución cos mecanismos de responsabilidade política nos Parlamentos na ilustrativa sentenza 223/2006, do 6 de xullo, na que expón a teoría sobre a dobre confianza na execución do orzamento:

“... Na súa condición de vehículo de dirección da política económica do Executivo o orzamento é un instrumento fundamental para a realización dos seu programa de goberno. As singularidades do seu procedemento de elaboración e aprobación fan del, ademais, unha expresión acreditada, no económico, da confianza parlamentaria sobre a que necesariamente ha de constituírse calquera Goberno.

A execución dun orzamento en curso supón a verificación de dúas confianza: dun lado a obtida polo Goberno coa investidura do seu Presidente; doutro a concedida especificamente pola Cámara ao seu programa anual de política económica. Así como a primeira só se perde nos casos expresamente establecidos (co éxito dunha moción de censura ou o fracaso dunha cuestión de confianza), a segunda consérvase ao longo do período de vixencia natural (ou prorrogada) do orzamento, de sorte que o Goberno pode pretender lexitimamente que as previsións económicas nel contidas se observen rigorosamente no curso da súa execución. Pode pretender, en definitiva, que só sexa relevante a oposición ao seu programa de goberno traducida nunha retirada formal da confianza obtida coa investidura e que, constante esa confianza, non se dificulte a execución do programa do Goberno facéndoo impracticable coa desnaturalización do programa económico sobre o que asenta. Este é o fundamento da facultade que se lle recoñece ao Executivo para opoñerse á tramitación de iniciativas lexislativas que poidan desvirtuar o instrumento económico da súa acción de goberno.” (Fundamento xurídico 5º).

Como xa subliñou a Constitución española ademais de singularizar no artigo 66 a aprobación dos orzamentos da función lexislativa ordinaria, dedica expresamente un precepto, o artigo 134 incluído dentro do Título rubricado “Economía e Facenda” a esta tarefa das Cortes Xerais.

<sup>10</sup> Le Guern, H-Message, H-Tessier, A. “Le controle parlementaire du Budget de l’Etat. Le role de l’Assanblée nationale 1983-1987” en *Revue française de finances publiques* núm. 18 (1987).

<sup>11</sup> Vid. o seu traballo “El procedimiento presupuestario: control parlamentario de la ejecución del presupuesto”. Ponencia presentada no seminario sobre dereito parlamentario celebrado en Vitoria- Gasteiz, marzo de 1990.



O noso máis alto Tribunal perfilou nunha xa antiga sentenza 76/1992 o alcance da lei anual de orzamentos dentro das categorías tradicionais das funcións das Cámaras, ao afirmar no seu fundamento xurídico 4º que:

“... Tratándose dunha lei que non é só un conxunto de previsións contables (STC 65/1987, fundamento xurídico 4.), senón un vehículo de dirección e orientación da política económica que corresponde ao Goberno, non só pode -e debe- conter a previsión de ingresos e as autorizacións do gasto, senón que tamén pode establecer «disposicións de carácter xeral en materias propias da lei ordinaria estatal (con excepción do disposto no apartado 7. do art. 134 C.E.) que gardan directa relación coas previsións de ingresos e as habilitacións de gastos dos Orzamentos ou cos criterios de política económica xeral en que se sustentan» (STC 63/1986, fundamento xurídico 12).

Así pois, as leis anuais de Orzamentos teñen un contido mínimo, necesario e indispoñible (STC 65/1987, fundamento xurídico 4.), constituído pola expresión cifrada da previsión de ingresos e a habilitación de gastos, e un contido posible, non necesario e eventual que pode afectar a materias distintas a ese núcleo esencial constituído pola previsión de ingresos e a habilitación de gastos.”

A Constitución española no seu artigo 134.1 e o Estatuto de Autonomía para Galicia, no seu artigo 10, apartado. 1º, letra b), atribúen ao Parlamento a función de aprobar os orzamentos, o que é plenamente coherente co réxime parlamentario que dimana do esquema institucional dos artigos 66 e 152 da Carta Magna. Desde a perspectiva xurídica esta é a primeira posibilidade que teñen as Cámaras de condicionar e, polo tanto, controlar a actividade financeira do executivo<sup>12</sup>.

A elaboración dos orzamentos xerais do Estado español descríbese na lei Xeral Orzamentaria 47/2003 de 26 de novembro e na Comunidade Autónoma atopa a súa norma reguladora na Lei 11/1992, do 7 de outubro, de réxime financeiro e orzamentario de Galicia<sup>13</sup>. O título III desta última Lei ocúpase desta materia, dispoñendo cal é a tramitación oportuna que debe seguir o anteproxecto de lei de orzamentos xerais da comunidade autónoma dun modo polo demais moi semellante ao disposto na normativa do Estado para os Orzamentos Xerais. Nesta orde de cousas preséntase máis correcta, desde o punto de vista técnico, á hora de enumerar as competencias parlamentarias na elaboración dos orzamentos xerais, a prescrición do artigo 31, apdo. 2º da Lei de principios ordenadores da Facenda Xeral do País Vasco<sup>14</sup> ao explicitar que é función do parlamento a aprobación do seu propio orzamento, que se integrará, para os efectos da debida orde, nos orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Euskadi. Esta autonomía recoñecida con carácter case universal ás Cámaras está sendo aconsellada pola mellor doutrina que se ocupou do problema dos orzamentos dos Parlamentos.<sup>15</sup>

En sintonía co previsto no artigo 88 da Constitución<sup>16</sup> o proxecto de orzamentos deberá ir acompañado dunha exposición de motivos e dos antecedentes necesarios para poderse

<sup>12</sup> En palabras do Mestre Sainz de Bujanda: “a aprobación do orzamento é por esencia a manifestación suprema e sintética do poder financeiro do Parlamento”. Tomado do seu traballo: “El poder financiero de las Cortes Generales: aspectos constitucionales del Presupuesto del Estado”, en *Las Cortes Generales*, vol. I, IEF, 1987.

<sup>13</sup> Publicada no DOG núm. 200, do 14 de outubro de 1992.

<sup>14</sup> Manexamos a edición do Parlamento vasco na colección: traballos parlamentarios 2. Nela pódese consultar a completa tramitación parlamentaria da lei coas distintas modificacións que lle foron incorporadas ao proxecto orixinal.

<sup>15</sup> Así Carlo Finzi: *L'autonomia amministrativa ed economica delle assemblee legislative*. Camera dei deputi. Secretaria Generale. Roma, 1980. Para as Cortes Xerais resulta de interese o traballo de Salvador Montejo Velilla: “El régimen económico del Parlamento desde el punto de vista de la autonomía financiera”, contido no libro colectivo: *El Parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia*.

<sup>16</sup> e no artigo 111 do Regulamento do Parlamento de Galicia.

pronunciar. Este mandato constitucional incumpríase no pasado no caso de Galicia, de xeito xeralizado nos proxectos de lexislación común, no tocante aos antecedentes necesarios que deben acompañar ás iniciativas gobernamentais. É precisamente o proxecto anual de orzamentos a única laudable excepción que se someteu, cando menos formalmente<sup>17</sup>, aos requisitos documentais que posibilitan a necesaria información previa dos parlamentarios, para o debate e eventual aprobación do seu texto. Neste sentido, o artigo 52 da Lei 11/1992 para o caso galego establece unha garantía complementaria, como é a obrigatoriedade da remisión da citada documentación ao Parlamento antes do 20 de outubro, coa que queda claramente periodificado o inicio do ciclo orzamentario no seo da Cámara autonómica. A fixación deste prazo no empece, ao noso xuízo, a perfecta constitucionalidade dos orzamentos tramitados co seu incumprimento, pois atopámonos ante unha mera irregularidade que no seu caso daría lugar exclusivamente aos eventuais controis de carácter político que a Cámara tivese a ben realizar<sup>18</sup>.

A aparición no Dereito orzamentario español por imperativo do Plan de Estabilidade e Crecemento aprobado no seu día pola Unión Europea da restrición do déficit orzamentario supuxo tamén modificacións normativas con consecuencias parlamentarias. Deste modo podemos traer a conto o artigo 8 do Real Decreto lexislativo 2/2007 do 28 de decembro polo que se aproba o texto refundido da lei de Estabilidade orzamentaria no que se dispón respecto do establecemento do obxectivo de estabilidade orzamentaria o seguinte:

- No primeiro semestre de cada ano, o Goberno, mediante acordo do Consello de Ministros, a proposta do Ministerio de Economía e Facenda e previo informe do Consello de Política Fiscal e Financeira das Comunidades Autónomas e da Comisión Nacional de Administración Local en canto ao ámbito das mesmas, fixará o obxectivo de estabilidade orzamentaria referido aos tres exercicios seguintes, tanto para o conxunto do sector público, como para cada un dos grupos de axentes comprendidos no ámbito de aplicación da lei. O devandito obxectivo estará expresado en termos porcentuais do Produto Interior Bruto nacional.
- A proposta de fixación do obxectivo de estabilidade estará acompañada dun informe no que se avalía a fase do ciclo económico que se prevé para cada un dos anos contemplados no horizonte temporal de fixación do devandito obxectivo. Este informe será elaborado polo Ministerio de Economía e Facenda, previa consulta ao Instituto Nacional de Estatística e ao Banco de España sobre a posición cíclica da economía española, e tendo en conta as previsións do Banco Central Europeo e da Comisión Europea. Conterá o cadro económico de horizonte plurianual e terá en conta, entre outros, os seguintes parámetros de referencia: a previsión de evolución do Produto Interior Bruto nacional e diferencial respecto ao seu potencial de crecemento, comportamento esperado dos mercados financeiros, do mercado laboral e do sector exterior, previsións de inflación, necesidades de endebedamento, as proxeccións de ingresos e gastos públicos en relación co Produto Interior Bruto e a análise de sensibilidade da previsión.

Respecto da tramitación parlamentaria nas Cortes Xerais do citado instrumento a lei dispón que o acordo do Consello de Ministros no que se conteña o obxectivo de estabilidade

17 Martínez Lago é moi crítico con este cumprimento formal da remisión dos antecedentes pois entende que a situación actual provoca que o debate parlamentario conte con amplas zonas de obscuridade e fortes impedimentos para o pleno coñecemento do alcance da lei que se aproba. "El control parlamentario sobre el presupuesto público", *Presupuesto y Gasto Público*, 48/2007. Secretaría General de Presupuestos y Gastos, Instituto de Estudios Fiscales, Páxina 131.

18 O incumprimento do mandato temporal previsto na lei orzamentaria é habitual nos anos nos que se produce unha convocatoria electoral, pois o executivo xurdido das urnas non dispón do tempo necesario para a preparación dun proxecto tan complexo como é o orzamentos.





orzamentaria remitírase ás Cortes Xerais acompañado do informe ao que se refire o apartado anterior. En forma sucesiva e tras o correspondente debate en Pleno, o Congreso dos Deputados e o Senado pronunciaranse aprobando ou rexeitando o obxectivo de estabilidade proposto polo Goberno.

Se aprobado o obxectivo de estabilidade polo Congreso dos Deputados o mesmo fose rexeitado polo Senado, o obxectivo someterase a nova votación do Congreso, aprobándose se este o ratifica por maioría simple.

Aprobado o obxectivo de estabilidade polas Cortes Xerais, a elaboración do proxecto de Lei de Orzamentos Xerais do Estado haberá de acomodarse a ese obxectivo. Se é rexeitado, o Goberno, no prazo máximo dun mes, remitirá un novo acordo que se someterá ao mesmo procedemento.

Este procedemento suscitou no seu día serias reservas para autores como Jiménez Díaz en relación a posibles superposicións de debates, indefinición nos casos de discrepancias entre as Cámaras o rexeitamento das propostas presentadas. En tales casos suscítase mesmo a necesaria solución mediante a participación do Tribunal Constitucional<sup>19</sup>.

Son moi variadas as problemáticas suscitadas desde o punto de vista do control parlamentario á hora da elaboración dos orzamentos. Deterémonos aquí en tres que seguen mantendo a súa relevancia na actualidade: o contido natural da lei de orzamentos, o tratamento das emendas orzamentarias e a prórroga automática dos orzamentos.

O primeiro destes problemas foi resolto inicialmente pola Sentenza do Tribunal Constitucional núm. 76/1992 que perfilou de forma clara o contido estrito das leis de orzamentos proscribindo a defectuosa técnica lexislativa de incluír materias heteroxéneas no seo da lei orzamentaria anual. Esta práctica viña sendo habitual nas leis autonómicas de orzamentos xerais nas que non era insólito atopar modificacións de leis alleas aos estados de ingresos e gastos, como a de función pública ou a de patrimonio. Problemática que non é nova, pois xa en tempos da II República, e referíndose ao artigo 116 da Constitución do 9 de decembro de 1931, autores como Fábregas del Pilar ou Gutiérrez del Álamo criticaron a situación, se ben con escasos froitos. Na actualidade o Tribunal Constitucional parte da concepción da lei de orzamentos como instrumento ou como “vehículo de dirección e de orientación da política económica que corresponde ao Goberno” (STC, do 20 de xullo de 1981, Fundamento Xurídico 2º; STC 65/1987, do 21 de maio, Fundamento Xurídico 4º) e deste modo o Tribunal conclúe que é perfectamente posible que a lei que aprobe os orzamentos estableza outras disposicións de carácter xeral en materia propia de lei común se “gardan directa relación coas previsións de ingresos e as habilitacións de gastos dos orzamentos ou cos criterios de política económica xeral nos que se sustenta” (STC 63/1986, Fundamento Xurídico 12; STC 65/1987, Fundamento Xurídico 4º; STC 134/1987, Fundamento Xurídico 6º).

*Lege ferenda* sería aconsellable, desde o punto de vista da técnica normativa, a ubicación independente daqueles artigos que tendo unha conexión directa coa materia orzamentaria non afecten de maneira directa ás previsións de ingresos e habilitacións de gastos, basicamente pola dose de seguridade xurídica que se aportaría aos distintos operadores encargados de aplicar o noso Dereito<sup>20</sup>.

19 “La ley general de estabilidad presupuestaria y el procedimiento de aprobación de los presupuestos”. *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 8, xuño 2003, Páxina 212.

20 Nesta liña tamén Ángel Avilés no seu comentario: “La significación de la ley de presupuestos en el ordenamiento financiero” incluído no volume colectivo “Jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia financiera y tributaria” (1981-1989). Editorial Tecnos, Madrid, 1990. Páxs. 266 a 272.



Sen dúbida a limitación máis transcendente que os parlamentarios atopan á hora de controlar a elaboración dos orzamentos é a contida no artigo 133.3 do Regulamento do Congreso dos deputados, para o caso galego no artigo 129 do Regulamento do Parlamento de Galicia nos seus apartados 3 e 4. Precísase nesta sede que as emendas ao proxecto de lei de orzamentos que supoñan un aumento de créditos nalgún concepto unicamente poderán ser admitidas a trámite se ademais de cumprir os requisitos xerais, propoñen unha baixa igual na contía da mesma sección<sup>21</sup>. Esta limitación trae de actualidade o requisito xeral esixido aos deputados para a presentación das emendas, a saber a necesidade de contar coa sinatura do portavoz do grupo parlamentario no que se integran. A pesar de que este requisito se contempla nos regulamentos parlamentarios “aos efectos de mero coñecemento” a práctica parlamentaria do caso galego inclinouse pola inadmisión das emendas que non cumpran esta formalidade, nunha liña que presenta, ao noso xuízo, serias dúbidas de constitucionalidade. Non podemos descoñecer como apunta Carmelo Ursino<sup>22</sup> que o poder de proposta de emenda é o único instrumento que se consinte ao deputado individual de poder contribuír á definición da disciplina dunha materia legislativa.

A un lado desta problemática xeral suscítase o grao de adecuación dos regulamentos parlamentarios ás técnicas de orzamentación por programas e obxectivos, debéndose resolver o papel que cumpre o concepto de “sección”<sup>23</sup> na tramitación do proxecto de lei de orzamentos xerais. Neste sentido, pode aconsellarse, como opina Fernández-Carnicero unha adecuación dos regulamentos parlamentarios ás novas técnicas orzamentarias superando esquemas facendísticos existentes no momento da elaboración dos estatutos parlamentarios<sup>24</sup>.

Unha limitación complementaria ao dereito de emenda dos parlamentarios é a que afecta a aquelas que supoñen unha minoración de ingresos para as que se esixe a súa remisión ao Goberno, no caso galego á Xunta de Galicia, para que emita informe favorable ás mesmas no prazo de 15 días. José Antonio Víboras considera que esta limitación se presenta como unha importante restrición ao principio de competencia orzamentaria das Cámaras, xa que o requisito da conformidade do Goberno pode supoñer, na práctica, unha verdadeira anulación do poder decisorio das mesmas<sup>25</sup>. De modo coherente coa interpretación que argumentaremos no tocante ás emendas que afecten a un proxecto de lei e que teñan efectos orzamentarios, deberase interpretar que a diminución de ingresos tomará como punto de referencia os fondos públicos vixentes no momento da tramitación do proxecto de lei de orzamentos e non o nivel de ingresos do proxecto de lei de orzamentos que se está discutindo. Como apuntou Cazorla Prieto outra interpretación “conduce a cercenar as facultades de control parlamentario e é prexudicial para que a Cámara poida desenvolver debidamente o seu cometido de control orzamentario nun dos aspectos que cobra día a día máis importancia”.

21 A doutrina constitucional sobre estas limitacións do dereito de emenda dos parlamentarios está contida, entre outras, nas SSTC 223 e 242/2006, do 6 e 24 de xullo, respectivamente.

22 Carmelo Ursino. Spunti per una riforma del parlamento. Democrazia e diritto. Nº 3.4. Edizioni Scientifiche Italiane. 1996.

23 Lucena Betriu móstrase a favor do abandono das clasificacións orgánica e económica na tramitación parlamentaria. *La transparencia presupuestaria. Problemas y soluciones*, Fundación Alternativas, Madrid.

24 Citado por Miguel Ángel Martínez Lago, Manual de derecho presupuestario. Editorial Colex. Madrid, 1992. Páxs. 91 a 93. Nesta orde de cousas, convén ter presente a introdución en España da técnica de orzamentación por programas, cando noutros países pioneiros nestas materias (Estados Unidos por exemplo) xa se abandonaron.

25 Pódese consultar neste sentido o seu traballo: “Limitaciones de los Parlamentos de Comunidades Autónomas en el debate presupuestario”, publicado no volume colectivo: *El parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia*.



Unha vez aprobada a lei anual de orzamentos xorden inevitables circunstancias que provocan as coñecidas modificacións orzamentarias, respecto das que o Parlamento debe manter o necesario control aínda que autores como Corcuera<sup>26</sup> manteñen que son precisamente un claro exemplo de como a supremacía parlamentaria en materia de orzamentos é unha entelequia hoxe en día. Entre todas elas destacan os créditos extraordinarios e suplementos de crédito que se corresponden a aqueles gastos que non poidan demorarse ata o exercicio seguinte, e respecto dos que non exista crédito no estado de gastos ou sexa insuficiente. Estes créditos extraordinarios requiren a tramitación dun proxecto de lei e polo tanto a oportuna aprobación parlamentaria, someténdose pois ao máis ríxido control parlamentario<sup>27</sup> que supón o pronunciamento da Cámara a través da canle do procedemento legislativo.

Sen embargo esta concepción tradicional cambiou co artigo 55.3 da lei xeral orzamentaria de 2003 na que se dispón que o Consello de Ministros autorice os créditos extraordinarios para atender obrigas do exercicio corrente, así como os suplementos de crédito cando se financien con baixa no Fondo de Continxencia. Esta excepción foi duramente criticada pola doutrina que considera que nos atopamos ante unha limitación, non prevista constitucionalmente, das facultades das Cortes Xerais sobre o gasto público, xa que as Cámaras deixan de aprobar a modificación que lles propoñería o Goberno por medio dun proxecto de lei e pasan a recibir simplemente información do emprego dado polo executivo ao fondo de continxencia<sup>28</sup>.

A actividade de control desenvolvida pola Comisión parlamentaria competente, no caso galego a de Economía, Facenda e Orzamentos, afecta ao seguimento das modificacións orzamentarias, e deste modo o artigo 65 da Lei 11/1992 prevé no seu apartado 2º que de cada modificación orzamentaria consistente nunha transferencia de crédito o consello da Xunta deberá dar conta, de maneira singular, no prazo máximo de 20 días, á Comisión de Economía, Facenda e Orzamentos, coa remisión da copia do correspondente expediente. De igual xeito as incorporacións de créditos previstas no artigo 71 da Lei citada deberán ser coñecidas pola comisión parlamentaria para os debidos efectos de control. Como subliñou Cazorla Prieto, “a acentuación deste control orzamentario en sede parlamentaria é unha imposición decidida dos tempos que corren e das circunstancias que imperan hoxe”<sup>29</sup>.

Esta actividade da Comisión parlamentaria de control ven sendo das máis destacadas dentro das comisións permanentes. Esta situación non é exclusiva don noso legislativo autonómico, e deste modo atopamos datos das Cámaras federais de Ontario e Québec nas que se pode comprobar como as comisións de orzamentos e finanzas e asuntos económicos

26 Corcuera Torres, A.: *Las modificaciones de los créditos presupuestarios competencia del Gobierno*, McGraw-Hill, Madrid, 1996

27 Desta maneira se regulan no artigo 62 na Lei de réxime financeiro e orzamentario de Galicia e se aprobaron varias leis afectantes ao réxime retributivo dos funcionarios ou para atender os gastos das eleccións ao Parlamento de Galicia. Neste sentido pódese consultar o noso traballo: “Crónica parlamentaria de final de legislatura del Parlamento de Galicia” 1º. Período de sesións, 1993. Revista das Cortes Xerais núm. 29, 2º cuatrimestre de 1993.

Algún autor como Alberto Figueroa Laraudogoitia inclúe dentro das funcións de control do Parlamento aquelas que se refiren ás autorizacións patrimoniais e financeiras que a Cámara ten atribuídas, conforme ás previsións que a lei vasca 14/1983, sobre patrimonio de Euskadi fai ao respecto. Vid. o seu libro: “El Parlamento vasco”. Instituto vasco de Administración Pública. Cuadernos autonómicos nº 17. Páxinas 113 e 114.

28 A estas críticas autores como Orón Moratal suman o problema engadido da posibilidade de creación de créditos novos a través de transferencias de créditos, previstas no artigo 52.1 da lei xeral orzamentaria, o que devalúa notablemente a intervención parlamentaria aprobatoria do plan financeiro estatal, a favor da competencia governamental durante a execución orzamentaria. “Prólogo a la tercera edición” da obra *Legislación presupuestaria*. 3ª edición, Tecnos, Madrid.

29 Tomado do seu traballo “El procedimiento presupuestario: control parlamentario de la ejecución del presupuesto”. Ponencia presentada ao Seminario sobre o dereito parlamentario, Vitoria-Gasteiz. Marzo, 1990.

supoñen unha porcentaxe moi importante, e en todo caso maioritario, das reunións mantidas polas respectivas comisións parlamentarias<sup>30</sup>.

Deste xeito paralelo á información relativa ás modificacións orzamentarias é necesario prever unha dación de conta periódica por parte dos responsables gobernamentais do Estado de execución orzamentaria<sup>31</sup>. O artigo 135 da lei xeral orzamentaria de 2003 dispón baixo o epígrafe de "Información a remitir ás Cortes Xerais" o seguinte: "Sen prexuízo da facultade das Cortes Xerais de solicitar do Goberno a información que estimen oportuna, a Intervención Xeral da Administración do Estado, con periodicidade mensual, porá a disposición das Comisións de Orzamentos do Congreso dos Deputados e do Senado información sobre a execución dos orzamentos. Coa mesma periodicidade, a Intervención Xeral da Seguridade Social remitirá ás devanditas Comisións información sobre a execución dos orzamentos das entidades que integran o sistema da Seguridade Social."

Opinamos, de acordo con Pulido Quecedo, que un bo mecanismo para o control de execución orzamentaria é o establecido polas oficinas de control orzamentario que permiten un asesoramento técnico dos órganos da Cámara e dos deputados en relación coa aprobación e execución dos orzamentos xerais e con aqueles aspectos da actividade parlamentaria que teñan repercusión nos ingresos e nos gastos públicos<sup>32</sup>.

Na IX lexislatura das Cortes Xerais<sup>33</sup> iniciouse un trámite parlamentario coa presentación dunha proposición de lei do grupo parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds pola que se crea a Oficina de Xestión e Control Orzamentario. As emendas presentadas polos distintos grupos tratan de configurar unha Oficina técnica fuxindo da redacción inicial que deseña un órgano máis semellante a unha comisión parlamentaria ad hoc. As dúbidas na súa configuración non auguran unha rápida constitución deste instrumento parlamentario xa anunciado polas leis orzamentarias decenios atrás.

O ciclo orzamentario complétase como ben é sabido coa tramitación da conta xeral da comunidade prevista nos artigos 118 e seguintes da nosa lei orzamentaria. Como apuntou Fernández-Carnicero a Conta xeral é o núcleo esencial do control orzamentario da execución do orzamento<sup>34</sup>. A conta xeral da comunidade de cada ano debe formarse, no caso galego, antes do 31 de agosto do ano seguinte e remitirse despois de acordo do Consello da Xunta ao Consello de Contas de Galicia e ao Tribunal de Contas dentro dos dous meses seguintes á súa formación. En todo caso, a conta xeral deberá ser aprobada polo Parlamento de Galicia para dar cumprimento ao disposto no apartado b) do artigo 10 do Estatuto de Autonomía.

30 Neste sentido, pódese consultar o traballo: "Les commissions parlementaires au Québec et en Ontario" do nº 1 do volume 19 da Revue parlementaire canadiense. 1996. Con carácter xeral os organismos internacionais especializados valoran singularmente nos seus esquemas de avaliación institucional o grao de participación que os parlamentarios teñen no control da execución do orzamento. Así o estudo *Evaluar un Parlamento*, publicado pola Unión Interparlamentaria, Ginebra, 2008, páxina 19 entre outras.

31 Deste modo, en Galicia o artigo 117, apartado. 3º da Lei 11/1992, obriga ao conselleiro de Economía e Facenda a comparecer trimestralmente ante a Comisión 3ª do Parlamento de Galicia, de Economía, Facenda e Orzamentos para os citados efectos.

32 Conforme ao seu traballo "Las comisiones de presupuestos" presentado ao Seminario sobre "Las comisiones parlamentarias" organizado polo Parlamento vasco en outubro de 1993. Segundo o traballo de Valverde Navarro e Ordóñez Domínguez a experiencia das oficinas orzamentarias parlamentarias alcanzou certo éxito nas Comunidades autónomas de Madrid, Canarias, Andalucía e Murcia. "La Oficina de control presupuestario", *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 8 xuño 2003, páxina 347 e seguintes. A importancia do papel das comisións parlamentarias no control do goberno, así como a necesidade de mellorar os medios persoais e materiais cos que contan foi sinalada por Francisco J. Visiedo Mazón na súa ponencia: "Auxilio técnico a las Comisiones" presentada ao Seminario antes citado.

33 Pode consultarse o Boletín Oficial das Cortes Xerais de 25 de abril de 2008, Serie B: Proposicións de lei, número 90-1 e o de 9 de marzo de 2010 número 90-36.

34 Vid. "La cuenta general del Estado ante el Tribunal de Cuentas y ante el Parlamento", en AAVV, *Funciones financieras de las Cortes Generales*. Madrid, Congreso de los Diputados, 1985. Páx. 249.



Non debemos perder de vista, como subliña Arce Janáriz, que o Parlamento pode requirir tamén do órgano de control externo, no caso de Galicia denominado Consello de Contas, ademais do relativo á conta anual, outros informes sobre cuestións de ámbito financeiro máis limitadas<sup>35</sup>, se ben a práctica galega neste extremo resulta pouco esperanzadora, xa que a maioría parlamentaria non é xeralmente proclive á solicitude destes informes especiais.

Respecto da materia da prórroga automática dos orzamentos o punto de partida constitucional é o artigo 134.4 que dispón:

“Se a Lei de Orzamentos non se aprobara antes do primeiro día do exercicio económico correspondente, consideraranse automaticamente prorrogados os Orzamentos do exercicio anterior ata a aprobación dos novos”.

Tal previsión constitucional<sup>36</sup> veu a ser interpretada no seu alcance pola Sentenza 3/2003 do 16 de xaneiro. No seu fundamento xurídico 5º afirmase:

“...a propia Constitución establece no seu art. 134.4 a posibilidade de que esa vixencia resulte temporalmente prorrogada no suposto de que “a Ley de Orzamentos non se aprobase antes do primeiro día do exercicio económico correspondente”, en cuxo caso “se considerarán automaticamente prorrogados os Orzamentos do exercicio anterior ata a aprobación dos novos”. No mesmo sentido, o art. 56.1 LGP dispón que “se a Lei de Orzamentos non se aprobase antes do primeiro día do exercicio económico correspondente, consideraranse automaticamente prorrogados os orzamentos do exercicio anterior ata a aprobación e publicación dos novos no Boletín Oficial do Estado”. En consecuencia, tendo a autorización de gastos prevista na Lei de orzamentos un carácter anual, é evidente que a prórroga dos créditos autorizados constitúe, como amosa a experiencia do Dereito comparado nas democracias parlamentarias, un mecanismo excepcional que opera en bloque e exclusivamente naqueles casos en que, rematado o exercicio orzamentario, aínda non foi aprobada a nova Lei. A prórroga opera, ademais, como un mecanismo automático, ex Constitutione, sen necesidade dunha manifestación de vontade expresa en tal sentido, durante o tempo que medie entre o inicio do novo exercicio orzamentario e “ata a aprobación dos novos”.”

Esta concepción do noso Alto tribunal levou a autores como Moreno González a expoñer os numerosos problemas que no ámbito do control se suscitan respecto aos orzamentos prorrogados, algúns deles derivados da lacónica regulación constitucional da institución que transmite dúbidas mesmo sobre os tipos de gastos sobre os que cabe entender operada a prórroga<sup>37</sup>.

En canto ás proposicións de lei, presentáronse catro:

1. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. do BNG, de modificación da Lei 9/2010, do 4 de novembro, de augas de Galicia.
2. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. do BNG e G.P. dos Socialistas de Galicia, de modificación da Lei de modificación da Lei 5/2001, do 28 de xuño, de réxime xurídico das concesións na illa de Ons.

35 Vid. A súa análise detida acerca dos órganos lexitimados para a solicitude destes informes nas comunidades que dispoñen de Sindicatura de Contas propia e aquelas nas que non existe no seu traballo: “La distribución del control parlamentario entre los órganos de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas”. Seminario VI Xornadas: Problemas actuales del control parlamentario, Madrid, 1995.

36 Que no ámbito autonómico non sempre conta coa constatación nos Estatutos de Autonomía e se introduce por vía legal, como ocorre no caso galego.

37 “Algunas consideraciones sobre el concepto y contenido de la Ley de Presupuestos. La Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2003, do 16 de enero”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 269, 2003, páxina 590.

3. Proposición de lei, a iniciativa do G.P. do BNG, reguladora do servizo público audiovisual e da autoridade audiovisual de Galicia.
4. Proposición, a iniciativa dos GG.PP. Popular de Galicia e dos Socialistas de Galicia, dos medios públicos de comunicación audiovisual de Galicia.

Non superaron o trámite de toma en consideración, e polo tanto foron rexeitadas seis proposicións de lei:

1. Proposición de lei, a iniciativa do Grupo Parlamentario do Bloque Nacionalista Galego, de normalización da onomástica de Galicia.
2. Proposición de lei, a iniciativa do Grupo Parlamentario dos Socialistas de Galicia, reguladora da participación das entidades locais nos tributos da Comunidade Autónoma de Galicia.
3. Proposición de lei, a iniciativa do Grupo Parlamentario do Bloque Nacionalista Galego, Galega de fomento da corresponsabilidade.
4. Proposición de lei, a iniciativa do Grupo Parlamentario do Bloque Nacionalista Galego, de modificación da Lei 9/2010, do 4 de novembro, de augas de Galicia.
5. Proposición de lei, a iniciativa do Grupo Parlamentario do Bloque Nacionalista Galego e Grupo Parlamentarios dos Socialistas de Galicia, de modificación da Lei de modificación da Lei 5/2001, do 28 de xuño, de réxime xurídico das concesións na illa de Ons.
6. Proposición de lei, a iniciativa do Grupo Parlamentario do Bloque Nacionalista Galego, reguladora do servizo público audiovisual e da autoridade audiovisual de Galicia.

Tamén durante este período se presentaron dúas proposicións de lei de iniciativa lexislativa popular:

Proposición de lei, de iniciativa lexislativa popular, para a mellora da convivencia e o desenvolvemento saudable do ocio nocturno galego, que posteriormente decaeu.

Proposición de lei de iniciativa lexislativa popular relativa á regulación das garantías hipotecarias, que *non foi admitida a trámite* por falta de requisitos legais.

Lembrar que se atopa en trámite unha proposición de lei proveniente da anterior lexislatura: Proposición de lei iniciativa lexislativa popular para a creación e regulación da Área Metropolitana de Vigo.

## Ponencia conxunta

Actualmente está constituída unha Ponencia conxunta para a elaboración dunha proposición de lei de fomento da cultura da paz de Galicia.

Desde o Executivo comunicouse ao Parlamento o acordo do Consello da Xunta de Galicia de aprobación de oito Convenios e acordos de cooperación con outras comunidades autónomas, que foron ratificados pola Cámara:

1. Convenio de colaboración entre a Comunidade Autónoma de Galicia e outras comunidades autónomas en materia de xuventude, para coordinación das súas actividades e instalacións.
2. Convenio de colaboración entre a Comunidade Autónoma de Galicia e outras comunidades autónomas en materia de Prevención e extinción de incendios forestais.



3. Convenio de colaboración entre a Comunidade Autónoma de Galicia e outras comunidades autónomas en materia de Protección civil e xestión e emerxencias.
4. Convenio de colaboración entre comunidades autónomas para o recoñecemento recíproco dos certificados de formación dos aplicadores de tatuaxes, piercings e micropigmentacións.
5. Convenio de colaboración entre comunidades autónomas para a execución que lles correspondan das medidas de internamento e medio aberto previstas no artigo 7.1 da Lei orgánica 5/2000, do 12 de xaneiro, reguladora da responsabilidade penal dos menores.
6. Convenio de colaboración entre comunidades autónomas para o intercambio de información sobre as licenzas de funcionamento aos fabricantes de produtos sanitarios a medida.
7. Convenio de colaboración entre comunidades autónomas para a coordinación das súas redes de centros de acollida á muller vítima de violencia de xénero.
8. Convenio de colaboración entre comunidades autónomas para o intercambio de información sobre a identidade de persoas inscritas nos rexistros de parellas de feito ou de similar natureza.

## VI Procedementos de control e impulso e información

Como xa reflectín na crónica do primeiro ano de actividade do Parlamento da presente lexislatura, a función de control e impulso do Executivo é unha dos labores máis relevantes. A través de proposicións non de lei e mocións, os grupos parlamentarios instan á Xunta a realizar accións concretas<sup>38</sup>.

Durante o primeiro período do ano 2011 presentáronse 297 proposicións non de lei en pleno; foron rexeitadas 31, aprobadas con modificación 17, aprobadas sen modificacións 6 e retiradas 10.

En Comisión presentáronse 402 proposicións non de lei, das que 78 foron rexeitadas, 21 aprobadas con modificacións e 34 sen modificacións, e foron retiradas 15.

En canto ás mocións, foron presentadas 27, das que se rexeitaron 20, aprobáronse con modificacións 5 e sen modificacións 2.

Tamén a través de solicitudes de comparecencia, interpelacións e preguntas, exercen os grupos parlamentarios unha forma de control do Executivo. No seguinte cadro tradúcese esta actividade durante o primeiro período:

Solicitudes de comparecencia en Pleno	Presentadas 72, tramitadas 14
Solicitudes de comparecencia en Comisión	Presentadas 56, tramitadas 17
Interpelacións	Presentadas 210, tramitadas 32, retiradas 4.

<sup>38</sup> Procedementos básicos e que teñen repercusión pública dabondo, así o expoño na miña aportación: "Descrédito de lo Político y respuesta social: la juridificación del voluntariado en el Estado Autonómico". *Ciudadanía y política*. X Jornadas de la Asociación española de Letrados de Parlamentos. Tecnos. 2004.

Preguntas orais en Pleno	Presentadas 590, tramitadas 87, retiradas 41, aprazadas 9
Preguntas orais en Pleno dirixidas ao Presidente da Xunta	Presentadas 20, tramitadas 20
Preguntas orais en comisión	Presentadas 1016, tramitadas 258, aprazadas 47, retiradas 72
Preguntas con resposta escrita	Presentadas 3643, tramitadas 4758, retiradas 68

## Informes e comparencias en cumprimento doutras normas

- \_ Plan galego de investigación, innovación e crecemento 2011-2015 (Toma de coñecemento - Mesa 5-4-11 - BOPG núm. 445 fasc. 3º, 6-4-11).
- \_ Solicitude de comparencia en Comisión de D. Francisco Hernández Rodríguez, D. Alfonso Vez Pazos e D. Fernando García Cachafeiro, propostos pola Consellería de Facenda para ocupar respectivamente os cargos de presidente e vogais do Consello Galego da Competencia (Publicación – BOPG 454 fasc. 2º, 19-4-11 - Comparencia - Comisión 3ª, 29-4-11).
- \_ Comparencia do presidente do Consello Galego da Competencia para cumprir o disposto no artigo 17 da Lei 1/2011, do 28 de febreiro, reguladora do Consello Galego da Competencia<sup>39</sup> (Solicitude de comparencia - BOPG núm. 489, 14-6-11 - Comparencia - Comisión 3ª, 22-6-11).
- \_ Comparencia do director xeral do Instituto Galego de Estatística para dar conta do programa estatístico anual 2010 (Solicitude de comparencia – Rexistro de entrada núm. 66005, 9-6-11).
- \_ Solicitude de comparencia en Comisión de D.ª Corina Porro Martínez proposta proposta conxuntamente polas Consellerías de Facenda e Traballo e Benestar, para ocupar o cargo de Presidenta do Consello Económico e Social de Galicia (Solicitude de comparencia - BOPG núm. 499, 28-6-11 - Comparencia - Comisión 3ª, 30-6-11).

## VII Declaracións institucionais

O Pleno do Parlamento, na súa sesión do 8 de febreiro de 2011, adoptou, por asentimento, o seguinte acordo: Declaración institucional do Parlamento de Galicia, no Día Internacional da Memoria das Vítimas do Holocausto e a prevención dos Crimes contra a Humanidade.

## VIII Procedementos de control económico e orzamentario

Informes sobre o estado de execución do orzamento:

- \_ Execución orzamentaria ao terceiro trimestre de 2010 (Entrada da iniciativa – 30-12-10; Toma coñecemento e traslado á Comisión 3ª - Mesa 11-1-11).
- \_ Execución orzamentaria ao cuarto trimestre de 2010 (Entrada da iniciativa – 31-3-11; Toma coñecemento e traslado á Comisión 3ª - Mesa 5-4-11).

<sup>39</sup> Sobre a temática teño publicado: "A participación no capital social como modalidade de axuda pública ás empresas". *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Servizo de Publicacións da USC. Vol. 12 nº 1. 2003.



- Execución orzamentaria ao primeiro trimestre de 2011 (BOPG núm. 505, 6-7-11; Toma coñecemento e traslado á Comisión 3ª - Mesa 4-7-11).

#### Modificacións orzamentarias:

- Modificacións do mes de novembro de 2010 (Dación en conta - Comisión 3ª, 24-2-11)
- Modificacións do mes de decembro de 2010 (Dación en conta - Comisión 3ª, 3-6-11)
- Modificacións do mes de xaneiro de 2011 (Dación en conta - Comisión 3ª, 3-6-11)
- Modificacións do mes de febreiro de 2011 (Dación en conta - Comisión 3ª, 3-6-11)
- Modificacións do mes de marzo de 2011 (Dación en conta - Comisión 3ª, 3-6-11)
- Modificacións do mes de abril de 2011 (Dación en conta - Comisión 3ª, 3-6-11)
- Modificacións do mes de maio de 2011 (Admisión a trámite – Mesa día 21-6-11)

## IX Procedementos relativos a outras institucións e órganos

### Consello de Contas

- Plan anual de traballo do Consello de Contas de Galicia para o ano 2011 (Recomendación aprobadas – BOPG núm. 454 fasc. 2º, 19-4-11).

### Valedor do Pobo

- Informe anual do Valedor do Pobo correspondente ao ano 2010 (Debate Pleno – Pleno día 28-6-11)

### Tribunal Constitucional

- Recurso de inconstitucionalidade número 8260/2010 promovido polo presidente do Goberno do Estado contra o artigo 2, números Un, Dous punto 2, Cinco e Dez puntos 1, 2 e 3, e os artigos 3 ao 9 da Lei 1/2010, do 11 de febreiro, de modificación de diversas leis de Galicia para a súa adaptación á Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 12 de decembro de 2006, relativa aos servizos no mercado interior (Admisión a trámite e suspensión da vixencia e aplicación dos preceptos impugnados - DOG núm. 248, 28-12-10; BOE núm. 310, 22-12-10; Toma de coñecemento – Mesa 21-12-10; Levantamento da suspensión – DOG núm. 90, 10-5-11).
- Recurso de inconstitucionalidade núm. 822/2011, promovido polo presidente do Goberno, contra os artigos 1 a 4 e disposicións adicionais primeira e segunda la Lei de Galicia 12/2010, de 22 de decembro, de racionalización do gasto na prestación farmacéutica<sup>40</sup> da Comunidade Autónoma de Galicia (Admisión a trámite e suspensión da vixencia e aplicación dos artigos impugnados - DOG núm. 54, 17-3-11; Auto do 21 de xuño de 2011 de levantamento da suspensión – DOG núm. 136, 15-7-11).

### Unión Europea

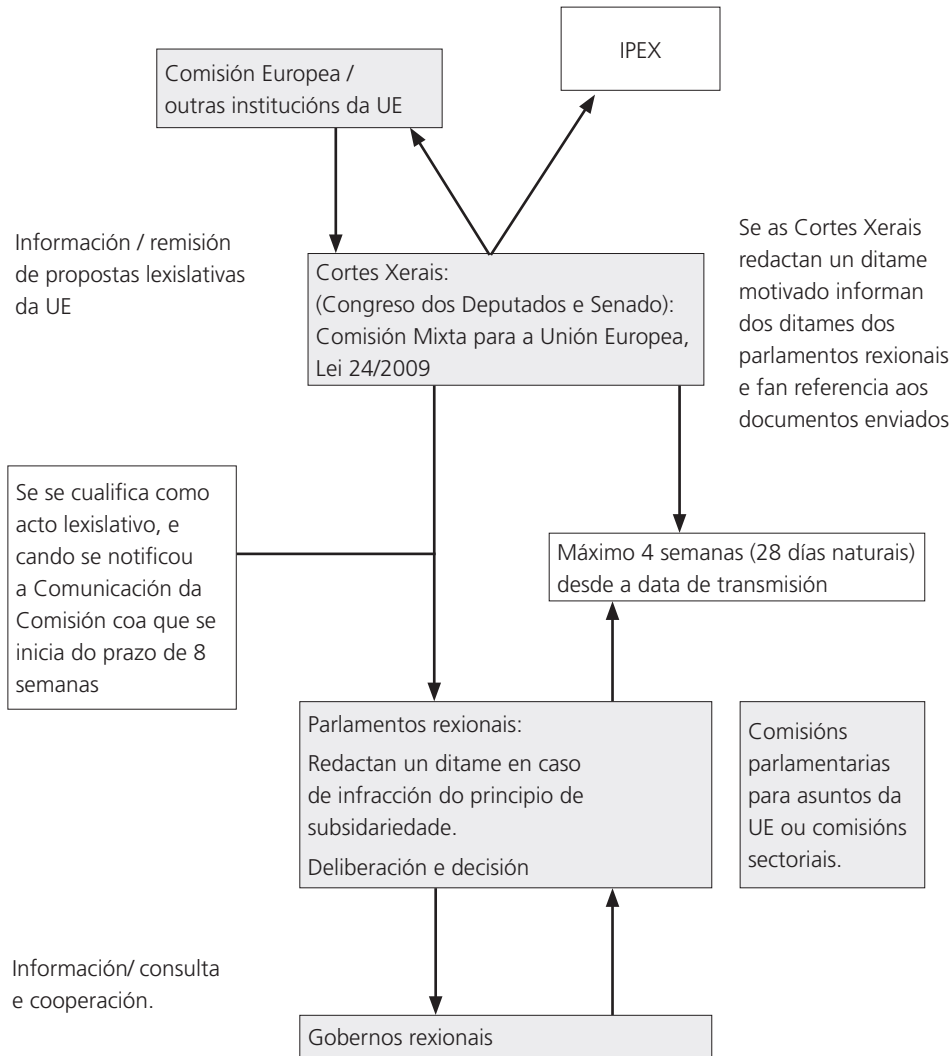
A Mesa do Parlamento, con data 5 de abril de 2011, aprobou a modificación das Normas reguladoras do procedemento para o control do principio de subsidiariedade nos proxectos legislativos da Unión Europea. Os procedementos foron:

<sup>40</sup> De interese ao respecto o meu traballo: "Problemas de constitucionalidad en la provisión de oficinas de farmacia: a vueltas con el principio de igualdad". Aranzadi Tribunal Constitucional. Nº 14. Decembro. 2005.



- a) 44 Consultas remitidas pola Comisión Mixta Congreso-Senado para a Unión Europea sobre o control da aplicación do principio de subsidiariedade nas iniciativas legislativas europeas, ata 31 de agosto de 2011.
- b) 3 Consultas á rede de seguimento de subsidiariedade no Comité das Rexións, ata 31 de agosto de 2011.

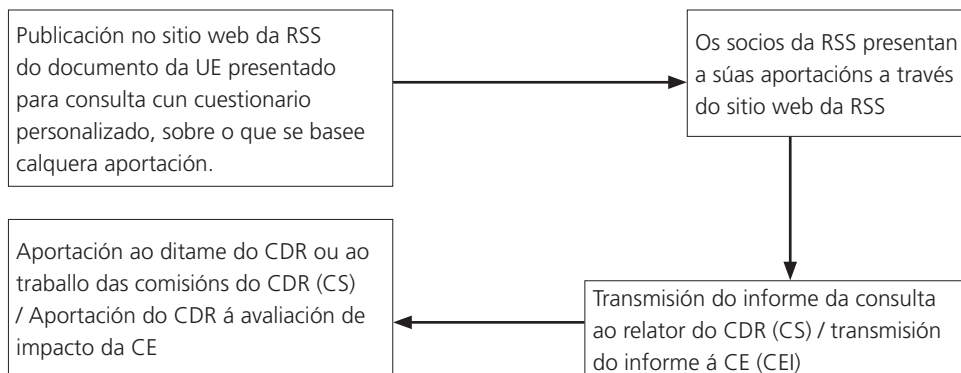
O Procedemento de control de subsidiariedade en España segue o seguinte esquema gráfico:



Cadro elaborado a partir do existente no Libro "El papel de los parlamentos regionales en el proceso de análisis de la subsidiariedad en el marco del sistema de alerta rápida del Tratado de Lisboa".



Respecto do procedemento seguido en relación ao Comité das Rexións, os procesos de consulta da avaliación de impacto (CEI) e consulta selectiva (CS) na Rede de seguimento da Subsidiariedade, segue este esquema:



### Solicitudes de información ao abeiro do artigo 9 do Regulamento<sup>41</sup>

Para o mellor cumprimento das súas funcións os deputados poden solicitar das Administracións públicas os datos, informes ou documentos que consten en poder destas.

Na actualidade resulta indubidable que os deputados precisan obter información para desenvolver as súas funcións constitucionais. A información é un presuposto obxectivo da correcta e libre formación da súa vontade institucional como medio indispensable para que os deputados, sobre todo da oposición, poidan axuizar con seriedade a acción política do goberno.

O procedemento previsto para a obtención da citada información instrumentábase a través dunha solicitude dirixida por conduto da Presidencia do Parlamento, á que a Administración deberá facilitar a documentación solicitada ou manifestarlle ao Presidente da Cámara, nun prazo máximo de 30 días as razóns fundadas en dereito que o impidan. Paralelamente os deputados gozan do dereito a recibir do seu grupo parlamentario a información e documentación necesaria para as súas funcións, se ben esta posibilidade suscita menos problemas xurídicos que a solicitude personalizada de información por parte do deputado aos poderes públicos.

O Tribunal Constitucional abordou en multitude de ocasións o alcance do dereito dos parlamentarios a recabar información, entendendo que a denegación ou incompleta satisfacción da solicitude dos parlamentarios non supón, por si mesma, a vulneración do dereito fundamental ao exercicio do cargo garantido polo artigo 23 da Constitución, xa que este non comprende o dereito a obter unha resposta cun concreto contido (Sentenza do Tribunal Constitucional 220/1991, do 25 de novembro).

A atribución regulamentaria límitase, pois, a un dereito ao procedemento ("*ius ut procedatur*") de tal xeito que só excepcionalmente poderá controlarse a través do amparo constitucional unha actuación das Administracións públicas que non conteste, ou o faga indebidamente unha solicitude de información do parlamentario. Déixase, pois, ao estrito ámbito do control político a crítica da actuación do Executivo.

<sup>41</sup> Ao respecto pode consultarse "lus in officium" e posición constitucional do parlamentario en Galicia ante a reforma estatutaria. *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Vol. 14, nº 2, 2005.

O propio Tribunal Constitucional, na súa Sentenza 181/1989, do 3 de novembro, entende que o amparo que poida solicitar o parlamentario á Presidencia ou, no seu caso, á Mesa do Parlamento non vén incluído dentro da facultade de recabar información por parte dos parlamentarios. O Tribunal argumenta desde consideracións de corrección xurídica e para evitar unha xudicialización inaceptable da vida política, de tal xeito que non lle corresponde ao máximo intérprete da Constitución decidir se a negativa a informar é politicamente oportuna ou non.

Os datos deste procedemento correspondentes a este período de sesións son:

	Presentados	Respostados
G.P. Popular de Galicia	8	12
G.P. dos Socialistas de Galicia	197	80
G.P. do Bloque Nacionalista Galego	217	84
Totais	422	176



# Xurisprudencia contencioso- administrativa

FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

## ADMINISTRACIÓN LOCAL

### **1 Competencia dos Concellos para autorizar e condicionar a instalación de estacións e antenas de telefonía móbil.**

A **Sentenza do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 4<sup>a</sup>) de 13 de decembro de 2011** (Casación 3035/2008, relator: Excmo. Sr. Martí García) desestima o recurso interposto contra unha parte da “Ordenanza municipal de antenas” do Concello de Ourense, recoñecendo a competencia municipal para ordenar, autorizar e condicionar a instalación de estacións base de telefonía móbil atendendo a criterios urbanísticos e estéticos. Considera que a limitación temporal das licenzas establecida na ordenanza non resulta desproporcionada, ao non supoñer unha restrición absoluta do dereito dos operadores, amparándose ademais na correspondente normativa sectorial. Tamén que a obriga de compartir o emprazamento por parte das diferentes operadoras pode impoñerse sempre que o requiran os intereses medioambientais ou urbanísticos que as Corporacións locais deben protexer.



## **2 Reclamacións de pagamento de contratistas das Administracións locais. Inaplicación das medidas cautelares contra a inactividade administrativa establecidas na reforma da Lei de loita contra a morosidade aos contratos celebrados antes da súa entrada en vigor.**

A **Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia –TSXG- (Sª do Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 12 de xaneiro de 2012** (recurso 4177/2011, relator: Ilma. Sra. Paz Eiroa) confirma o auto un Xulgado Contencioso-Administrativo que denegou a “medida cautelar positiva” solicitada pola entidade recorrente, de condea ao pagamento de determinadas facturas adebedadas polo Concello de Valdoviño, ao abeiro do disposto no artigo 200.bis da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público, introducido por Lei 15/2010, de 5 de xullo. E iso ao considerar que: «*La Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, entró en vigor el día 7 de julio de 2010 siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, según lo dispuesto en su disposición final única, y será de aplicación a todos los contratos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor, según lo previsto en su disposición transitoria primera. No es de aplicación al contrato del caso -la solicitud de la medida se refiere a facturas aceptadas el 25 de junio de 2009. En todo caso, el órgano judicial denegó la medida porque la ejecución del acto no pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción y tal considerando no se critica.*».

## **3 Servizo de recollida e tratamento de lixos. Natureza de taxa e non de prezo público. Servizo obrigatorio. Deber de pagamento con independencia de que o inmovible ao que se refire a taxa xere ou non residuos.**

A **sentenza do TSXG (Sª do Cont.-Ad., Secc. 4ª) de 23 de xaneiro de 2012** (rec. 16384/2009, relator: Ilmo. Sr. Selles Ferreiro) desestima o recurso interposto contra a Ordenanza reguladora da taxa pola prestación do servizo de recollida e tratamento de lixos e residuos urbanos do Consorcio das Mariñas (BOP da Coruña de 26/06/2009).

Insiste en que o tributo en cuestión ten a natureza de taxa e non de prezo público, aínda que nos atopemos «*ante un supuesto de excepción, al decir que, la simple existencia de basuras domiciliarias hace necesario el servicio y no cabe, por tanto, aducir su no utilización para no pagar la Tasa. En resumen o, dicho de forma mas terminante, se da el hecho imponible de la tasa aunque no exista utilización efectiva ni se haya provocado, pues la compensación económica que supone el cobro de la Tasa, no puede quedar al arbitrio de que los posibles destinatarios decidan o no utilizar el servicio.*». E en tal sentido incide tamén en que o servizo de recollida de residuos: «*es de recepción obligatoria de competencia municipal y se presta en régimen de derecho público, por lo que no es posible que el sujeto pasivo destinatario renuncie a su recepción por elementales razones higiénico-sanitarias de interés público (artículo 26.1 .a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local), de modo que, una vez que se ha implantado legalmente a través de la ordenanza reguladora, se devenga con el inicio de la prestación del servicio (artículo 26 del TRLRHL), por lo que el hecho imponible surge independientemente de que el sujeto pasivo (usuario) participe poco, mucho o nada en la producción de los residuos, ya que se exige cuando se preste el servicio exigible, y ello ha tenido lugar, con independencia de que las viviendas a que se destina el servicio se ocupen o no por su propietaria o que aquél se use con mayor o menor intensidad; finalmente, se ha indicado que la recogida de residuos se presta en régimen de derecho público, y ello es así porque ese servicio es público, con independencia de que se preste*

efectivamente de forma directa con los propios medios del ente local, o indirecta mediante contrato administrativo suscrito con una empresa, de manera que el importe que ingresa el usuario de ese servicio tiene la naturaleza jurídica de tasa y no de precio público, y así lo ha dispuesto con claridad el segundo inciso del artículo 2.2.a) de la LGT para evitar la llamada "huída del derecho administrativo" que se produciría si tal ingreso se calificara como precio público sujeto a derecho privado cuando su liquidación tiene su causa en la prestación de un servicio público que resulta obligatorio tanto para el ente titular de él, como para quien lo recibe, en este caso como sustituta del contribuyente».

#### **4 Anulación de orzamentos municipais por non ter sido obxecto de negociación colectiva.**

A **Sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 1<sup>a</sup>) de 1 de febreiro de 2012** (rec. 644/2009, relator: Ilma. Sr. Fernández Dotú) anula o acordo aprobatorio do orzamento municipal e do cadro de persoal do Concello de Ferrol (A Coruña) para o ano 2009 respecto de determinados epígrafes, por non ter sido obxecto de negociación colectiva (artigo 37 do Estatuto Básico do Empregado Público). Sinala o seguinte ao respecto:

«(...) se denuncia que la RPT anexa a los Presupuestos del año 2009 presenta varias modificaciones respecto a la RPT de 2008, en relación con las cuantías del complemento específico y del de productividad de determinados puestos de trabajo, cuyas modificaciones no encuentran en cuanto a su motivación amparo legal ni han sido objeto de negociación.

En tal sentido, se denuncia que determinados puestos, tales como el de Secretaria de Protocolo de la Alcaldía; Oficiales Administrativos de la Intervención General y del Negociado de Inspección y Recaudación; Jefe del Negociado de Tesorería; Jefe del Negociado de Promoción Cultural; Oficial administrativo de Bibliotecas y Archivos; Jefe del Negociado de Seguridad Pública; Encargado del Parque Móvil; Jefe del Negociado de Estadística; Encargado del Servicio de Obras; Encargado del Cementerio ;y Vigilante del Servicio de Sanidad, Consumo, Aguas y Mercado han visto modificada la cuantía del complemento específico asignado a cada uno de dichos puestos para acomodarla, sumada al complemento de destino, a la diferencia del citado complemento de destino del respectivo puesto y la cuantía del mismo que personalmente tenía reconocida cada trabajador.

Igualmente y en este mismo apartado, se denuncia el incremento del complemento específico para varios puestos, todos ellos de carácter eventual, del Gabinete de la Alcaldía, tales como el de Gerente de Urbanismo, Jefe de Gabinete de Alcaldía, Asesor de la Alcaldía, Asesor jurídico de Urbanismo, Asesor cultural, Técnico de Participación Ciudadana, Jefe del Gabinete de Prensa, los cinco puestos de Secretaria del Grupo municipal y, personal de apoyo al Gabinete de Prensa.

Efectivamente tales motivos de impugnación han de tener favorable acogida, pues amén de que no puede olvidarse cual es la naturaleza y finalidad de tal complemento, conforme a lo previsto en el art. 4 del Real Decreto 158/1996 , y que el establecimiento y la modificación del mismo exigirá que la corporación previamente lleve a cabo una valoración del puesto atendiendo a las concretas características del mismo, es lo cierto, amén de ello, que su modificación exige en todo caso la previa negociación con la mesa social, de acuerdo con lo previsto en el art. 37.1 del EBEP .

Ha de tener, asimismo, favorable acogida lo alegado por la parte actora respecto a la subida del complemento de productividad, pues, como el propio recurrente afirma, aún cuando el aumento que se recoge respecto del mismo no fuera sino derivado de aplicar el

incremento del IPC a su cuantía, respecto del año 2008, dicho tema habría de ser objeto de negociación, conforme al art. 37.1 a) del EBEP (...).

## DEREITOS FUNDAMENTAIS

- 1 Vulneración do dereito a acceder aos cargos representativos: constitucionalidade do requisito, establecido pola Lei Orgánica do réxime electoral xeral, de que as candidaturas presentadas por partidos políticos que non obtivesen representación en ningunha das Cámaras na anterior convocatoria electoral se acompañen dun determinado número de sinaturas de electores que as avalen. Subsanabilidade da insuficiencia de sinaturas de electores.**

A **Sentenza do Tribunal Constitucional 169/2011, de 3 de novembro** (relator: Sr. Delgado Barrio) estima o recurso de abeiro electoral promovido polo Partido Humanista contra unha resolución da Xunta Electoral de Pontevedra que declarou que o número de avais válidos presentados para poder formular a súa candidatura ás eleccións xerais de 2011 era insuficiente e que non resultaba posible emendar a devandita irregularidade achegando novos avais. Afirma, dunha parte, que «*con independencia de que la exigencia de avales no esté expresamente prevista en la Constitución, su eventual contradicción con el art. 23.2 CE sólo dependerá de que se hayan sobrepasado las limitaciones impuestas al legislador respecto de su carácter no discriminatorio o contrario al principio de representación política, no convirtiendo este requisito en arbitrario el hecho de que el legislador no haya explicado de manera suficiente las razones de su decisión legislativa, lo que sólo puede concluirse de su contraste con el texto constitucional*». E doutra que: «*la insuficiencia de avales ha de considerarse un defecto subsanable, susceptible, por tanto, de ser corregido mediante el trámite de subsanación que, de acuerdo con lo previsto en el art. 47.2 LOREG, indefectiblemente tiene que otorgar la Administración electoral cuando advierta que el número de firmas presentado es inferior al legalmente requerido*».

- 2 A esixencia de licenza urbanística de actividade aos centros de culto relixioso non supón unha vulneración do dereito constitucional á liberdade relixiosa.**

A **Sentenza do TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 18 de xaneiro de 2012** (recurso 10/2009, relator: Ilmo. Sr. Chaves García) desestima o recurso interposto contra unha resolución do Concello de Ourense, que dispuxo o cesamento inmediato do exercicio de actividade nun centro de culto da Igrexa de Dios Pentecostal Española, por carecer da preceptiva licenza de apertura. Afírmase na sentenza que: «*(...) La invocación de una actividad religiosa no comporta una exención del deber de justificar previamente la idoneidad de las condiciones de seguridad y salubridad de los locales, sino que resulta preceptiva la obtención de la previa licencia municipal de actividad. Ello sin perjuicio del impacto posterior de la Directiva 2006/123/CE (Directiva de Servicios) y su desarrollo legal en el ámbito local (posterior en vigencia al tiempo de dictarse el acto enjuiciado) y que puede abrir el paso a otras modalidades de control menos agresivas, tales como la comunicación previa o la declaración responsable. De ahí que en el caso y al tiempo planteado, resulta irrelevante el esfuerzo del demandante para desviar la motivación del desalojo y cierre del local a la cuestión de la subsanación o no de las deficiencias técnicas, ya que no se discute la buena voluntad del pastor ni de la confesión religiosa para acomodarse a las condiciones exigibles sino lisa y llanamente lo que se reprocha es el ejercicio de la actividad sin la previa licencia*».





No se trata de una sanción sino sencillamente de restablecer el ordenamiento jurídico perturbado al desarrollar la actividad como hecho consumado.

Estamos ante una construcción adaptada para un uso especial y ante una actividad que por naturaleza congrega numerosas personas, circunstancias que encarecen la actividad preventiva del visado municipal, tanto por la seguridad de los propios feligreses como por la eventual contaminación acústica al vecindario. El desempeño de tal actividad sin condiciones de seguridad y salubridad, aunque se esté tramitando el permiso o aunque se cuente con buena voluntad de sus promotores, es una espada de Damocles sobre la Administración municipal ya que ante cualquier calamidad o accidente podría generarse su responsabilidad por omisión o tolerancia, pese a conocer su clandestinidad. »

### **3 Dereito de folga. Radio Televisión de Galicia. Falta de motivación da resolución que fixa os servizos mínimos durante unha folga xeral.**

A **Sentenza do TSXG (Sª do Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 1 de febreiro de 2012** (recurso 22/2010, relator: Ilmo. Sr. Fernández Dotú) anula, por falta de motivación, o Decreto 151/2010, de 23 de setembro da Consellería da Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, polo que se ditan normas para garantir os servizos esenciais durante a folga xeral convocada para o día 29 de setembro de 2010.

Afirma o Tribunal, en primeiro lugar, que: «(...) la causalización de los servicios mínimos debe realizarse sobre la base de las concretas circunstancias de la huelga. (...) no todas las actividades desarrolladas por la Administración Autonómica como contenido de la prestación de un servicio esencial, imponen la fijación de unos mínimos durante la jornada de paro. No se puede discutir la necesidad de que los medios de comunicación social y los servicios de educación, no queden interrumpidos durante la jornada de huelga general, pero dicha su condición de “servicios esenciales” no exime a la Administración demandada del deber de señalar los concretos derechos y bienes en juego ni le exonera de explicar en qué medida la huelga general convocada los pone en peligro, así como de razonar que su preservación ha de hacerse precisamente en los niveles y proporciones decididas».

Con ese presuposto de partida, tras analizar as concretas circunstancias do caso, conclúe finalmente que: «dicha motivación ha de darse a conocer en el propio acto administrativo que establezca los servicios mínimos y, cuando se opte por una motivación “in aliunde”, esto es, mediante la referencia a otros documentos o actuaciones, será necesario que el propio acto de servicios mínimos identifique con la debida claridad ese otro documento o actuación donde se contiene la motivación, para que los huelguistas puedan conocer sin ningún genero de dudas cuál es la motivación y dónde se encuentra”, y no constando en el Decreto impugnado, ni en su preámbulo ni en su artículo único, ni la referencia ni la identificación de los informes o propuestas de servicios mínimos que pudieran haber elaborado la Consellería de Educación o el ente público CRTVG, no podemos entender cumplido el requisito de la motivación por esta concreta vía, lo que nos lleva a acoger los motivos de impugnación que el sindicato recurrente ha querido hacer valer en este procedimiento. Y ello conduce a su vez a la estimación del presente recurso contencioso-administrativo, al incidir negativamente el Decreto impugnado en el contenido constitucional del artículo 28.2 C.E., ante la ausencia de los datos precisos para poder enjuiciar la proporcionalidad de la restricción del ejercicio del derecho de huelga. »

## 1 *Producción de enerxía eléctrica fotovoltaica. Constitucionalidade e legalidade do Regulamento estatal que regula os requisitos esixibles para que as devanditas instalacións poidan obter axudas públicas.*

A **Sentenza do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 3<sup>a</sup>) de 1 de marzo de 2012** (Casación 428/2010, relator: Excmo. Sr. Bandres Sanchez-Cruzat), desestima o recurso interposto pola Xunta de Galicia contra o Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, polo que se regula a liquidación da prima equivalente ás instalacións de produción de enerxía eléctrica de tecnoloxía fotovoltaica en réxime especial. Señala que: *«Tal como expresa su preámbulo, el Real Decreto 1003/2010 se dicta para salvaguardar el sentido y finalidad de las “ayudas” que contiene la regulación del régimen especial aplicable a determinadas instalaciones de generación de energía eléctrica. A la vista de que ciertas instalaciones fotovoltaicas podrían estar cobrando de modo indebido los “fondos [...] que se perciben del consumidor eléctrico por el consumo de electricidad y uso de infraestructuras”, el Real Decreto trata de “mejorar el proceso de acreditación” de las instalaciones fotovoltaicas “[...] a la hora de ingresar en los distintos marcos retributivos que la legislación vigente dispone”. La norma impugnada, pues, intenta garantizar un “nivel mínimo de control” de modo que las instalaciones que no dispusieron de los elementos imprescindibles (los paneles solares, entre otros) para producir la energía comprometida no puedan disfrutar del especial régimen de primas. Para cumplir este objetivo el Real Decreto incluye en sus artículos 3 a 6, ambos inclusive, una regulación que detalla cómo y ante quién se ha de acreditar que la instalación fotovoltaica cuenta con los equipos necesarios para la producción de energía eléctrica (artículo 3), qué instalaciones deberán someterse a esta acreditación (artículo 4) y cuáles son los efectos económicos, provisionales o definitivos, que derivan de la acreditación o de la falta de acreditación del cumplimiento, por parte de las instalaciones receptoras de las primas, de las condiciones mínimas exigibles para generar energía eléctrica (artículos 5 y 6)».*

Con ese punto de partida conclúe, en primeiro lugar, que conforme á Sentenza do Tribunal Constitucional 18/2011, de 3 de marzo *«el Estado está legitimado para proceder a regular la liquidación de la prima equivalente de las instalaciones fotovoltaicas acogidas al Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, y al Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología, así como de aquellos mecanismos indicados para su implementación, en cuanto que ésta prescripción regula un elemento esencial del régimen especial de producción eléctrica, que incide en el régimen económico de la retribución en su conjunto, y no advertirse merma de las facultades autorizatorias de dichas instalaciones que competen a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus Estatutos de Autonomía y la Ley reguladora del Sector Eléctrico».*

En segundo lugar, que *«no consideramos que la determinación de los efectos derivados de la falta o insuficiencia de la acreditación, en referencia a la disposición de los equipos necesarios de las instalaciones fotovoltaicas, que justifica la declaración de inaplicación del régimen económico primado, prive de eficacia las resoluciones autorizatorias de las instalaciones fotovoltaicas acordadas por las Comunidades Autónomas, o que sea contraria al sistema de revisión de los actos en vía administrativa»*



E, finalmente, rexeita «*que el régimen de acreditación de las instalaciones fotovoltaicas con el objeto de comprobar que cuenten con los equipos necesarios para la producción de energía eléctrica conculque el principio de irretroactividad de las normas restrictivas de los derechos individuales*».

## **2 Modificación do Plan Sectorial de Ordenación Territorial de Parques de Tecnoloxía Alimentaria na Costa Galega para emendar deficiencias do anteriormente aprobado. Non cómpre tramitala pola vía da revisión de oficio de disposicións de carácter xeral. Convalidación por subsanación.**

A **Sentenza do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de 2 de febreiro de 2012** (Casación 2463/2009, relator: Excmo. Sr. Calvo Rojas), revoga unha sentenza anterior do TSXG que anulara o Acordo do Consello da Xunta de Galicia de 22 de xuño de 2006, polo que se adoptaron determinadas medidas para emendar as deficiencias detectadas no Plan Sectorial de Ordenación Territorial de Parques de Tecnoloxía Alimentaria na Costa Galega (omisión de avaliación de impacto ambiental sobre determinadas zonas protexidas). Tras casar a sentenza, o alto Tribunal desestima o recurso contencioso-administrativo interposto contra o referido Acordo. Considera —a diferenza da Sala de instancia— que non era necesario tramitar a corrección do Plan Sectorial pola vía da revisión de oficio de disposicións de carácter xeral (art. 102 Lei 30/1992, de 26 de novembro). Afirmo ao efecto que «*quien ostenta la potestad reglamentaria, además de acudir al procedimiento de revisión de oficio de las disposiciones generales previsto en el artículo 102.2 citado, puede también depurar o corregir los eventuales defectos de forma, de procedimiento o de fondo advertidos en una disposición mediante el dictado una nueva que subsane el defecto advertido. Lo contrario supone cercenar o restringir injustificadamente el ejercicio de la potestad reglamentaria a la Administración, que, claro es, también comporta la posibilidad de reformar lo previamente reglamentado. En suma, en contra de lo razonado por la sentencia recurrida, nada impide que la Administración sustituya los reglamentos que ha dictado por otros nuevos aun con el fin de subsanar vicios que incurran en alguna de las causas de nulidad radical (...). Además, no habiendo constancia de que contra el Plan Sectorial se hubiera interpuesto en su momento recurso directo, el planteamiento que alberga la sentencia recurrida puede comprometer seriamente los principios de seguridad jurídica y de confianza. (...)*».

## **3 Inconstitucionalidade da prohibición establecida na Lei de Ordenación Farmacéutica de Galicia de adxudicación de oficinas de farmacia aos farmacéuticos que cumprisen 65 anos.**

A **Sentenza do Tribunal Constitucional 79/2011, de 6 de xuño** (Relator Sr. Pérez de los Cobos Orihuel), declara inconstitucional e nulo o inciso “en ningún caso poden solicitar a adjudicación dunha oficina de farmacia os farmacéuticos que cumprisen sesenta cinco anos de idade ao inicio do procedemento” do art. 19.5 da Lei do Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de maio, de ordenación farmacéutica, na súa redacción orixinal, por establecer unha discriminación por razón da idade incompatible co principio constitucional de igualdade. Señala así que: «*no resulta conforme con las exigencias del art. 14 CE que se impida con carácter general a los mayores de sesenta y cinco años la opción de concurrir a la obtención de una autorización so pretexto de que, por razón de su edad, no podrán ser titulares de la oficina de farmacia durante un periodo imposible de precisar apriorísticamente (pero que no cabe descartar que llegue a superar los tres años) cuando el tiempo de apertura mínima de la oficina tan sólo se exige a efectos de permitir la transmisión de*



la oficina de farmacia, reconociéndose incluso algunas excepciones a tal limitación. De ahí que quepa concluir que si la edad de sesenta y cinco años no es obstáculo para seguir ejerciendo la profesión de farmacéutico titular de la oficina de farmacia a la luz del art. 20 de la ley, entonces la prohibición de acceso a una nueva autorización para los mayores de esa edad no está conectada con el interés público presente en la ordenación del servicio farmacéutico, y sin embargo incide en una de las formas de ejercicio profesional, precisamente la articulada a través de la organización de una actividad empresarial, faceta en la cual no está justificada la restricción impuesta a los mayores de sesenta y cinco años.

Por lo que hace, finalmente, a la alegación de la Xunta de que el acceso a los concursos de mayores de sesenta y cinco años puede propiciar situaciones especulativas en las que el concursante que supere esa edad, por sus mayores méritos, obtenga una autorización con la sola intención de transmitirla a un tercero o de gestionar la oficina de farmacia a través de un tercero nombrado farmacéutico regente, debemos advertir que, en todo caso, este tipo de riesgos especulativos, de resultar factibles, no pueden justificar, por su carácter preventivo y a la luz del principio de proporcionalidad, una exclusión a radice de los mayores de sesenta y cinco años de la opción misma de concurrir a los concursos para nuevas oficinas, frente a la alternativa de introducir mecanismos específicos que, sin sostenerse en tal exclusión absoluta, vayan dirigidos a eliminar o mitigar tales riesgos (...).

## MEDIO AMBIENTE E URBANISMO

### **1 Plans Xerais de Ordenación Municipal. Procedemento de aprobación. Efectos do silencio da Administración autonómica competente en materia de patrimonio histórico. Innecesariedade de informe do Interventor municipal.**

A **Sentenza do Tribunal Supremo (5ª 3ª, Secc. 5ª) de 24 de novembro de 2011** (Casación 1523/2008, relator: Excmo. Sr. Calvo Rojas), revoga unha sentenza anterior do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia que anulara na súa totalidade o Plan Xeral de Ordenación Municipal de Boiro (A Coruña), por terse aprobado sen o preceptivo informe da Consellería de Cultura en materia de patrimonio histórico. Considera o máximo Tribunal nesta sentenza que o prazo para a emisión do referido informe sectorial é de un mes desde que se solicita, transcorrido o cal pode continuar a tramitación do Plan Xeral (art. 83 da Lei 30/1992, de 26 de novembro e art. 85.3 Lei 9/2002, de 30 de decembro, de Ordenación Urbanística de Galicia –LOUGA-).

Engade así mesmo que: «*en cuanto al informe del Interventor municipal, el artículo 54 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de Abril, establece que "será necesario el informe previo del Secretario y además, en su caso, del Interventor o de quienes legalmente les sustituyan para la adopción de los siguientes acuerdos: a) En aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubieren de tratarse. b) Siempre que se trate de asuntos sobre materias para las que se exija una mayoría especial". En el expediente administrativo consta el informe preceptivo del Secretario General de la Corporación; además, el Plan General incorpora en su Capítulo 20 un Estudio Económico Financiero en el que analiza la capacidad económica del Municipio así como los costes de las actuaciones previstas, concluyéndose que resulta factible la realización de las inversiones previstas en el Plan. Así las cosas, y dado que la norma transcrita se refiere a la*

necesidad de informe del Interventor municipal "en su caso", entendemos que tal exigencia no opera en este caso y que, por tanto, la ausencia del mencionado informe carece de la relevancia invalidante que pretende atribuirle la parte demandante».

## **2 A declaración xudicial de nulidade total dun Plan Xeral de Ordenación Municipal afecta a todos os plans secundarios e actos ditados en execución daquel que non tivesen debido firmes.**

A **Sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 2<sup>a</sup>) de 10 de novembro de 2011** (recurso 4463/2011, relator: Ilmo. Sr. Arrojo Martínez) alcanzou as seguintes conclusións sobre as consecuencias da declaración de nulidade total do Plan Xeral de Ourense de 2003 realizada por dúas sentenzas anteriores do mesmo Tribunal ditadas o 17 de abril de 2008 (recs. 5172/2003 e 5185/2003), confirmadas polo Tribunal Supremo, respectivamente, en sentenza de 9 de marzo de 2011 (casación 3037/2008) e auto de 29 de setembro de 2011 (casación 3640/2008):

«(...) la anulación del P.X.O.M. de Ourense del año 2003, lleva a que la resolución administrativa impugnada carezca de la cobertura necesaria para su subsistencia, no habiéndose desvirtuado la circunstancia de que tampoco encontraría cobertura en el Plan Xeral anterior a dicho a P.X.O.M. anulado, siendo de tener en cuenta que la alcanzada conclusión anulatoria no puede ser evitada mediante la referencia a la inviabilidad de alegar defectos procedimentales con ocasión de impugnación indirecta, puesto que en realidad la cuestión aquí concurrente es la de que pendiente la formulada impugnación del acto de gestión urbanística, la desaparición, mediante pronunciamientos dictados en otros recursos contencioso-administrativos, del P.X.O.M. que hasta entonces constituía su amparo, se convierte en evidente motivo de anulación de tal acto de gestión ante la mencionada situación de ausencia de la necesaria cobertura para el mismo. Aquella conclusión anulatoria tampoco puede ser eludida con invocación de lo establecido en el artículo 72.2 L.J.98 en el que precisamente se establece que la anulación de una disposición produciría efectos para todas las personas afectadas, mientras que la referencia a la publicación se efectúa en relación con los denominados como efectos generales. En consecuencia, no se aprecia base para acoger el presente recurso de apelación." »

## **3 Efectos do silencio administrativo na aprobación de plans e na tramitación de licenzas urbanísticas.**

A **Sentenza do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de 13 de outubro de 2011** (Casación 3214/2008, relator: Excmo. Sr. Calvo Rojas) clarifica o réxime do silencio administrativo aplicable en Galicia no procedemento de aprobación dos plans. Afirmase nela que: «A partir de nuestra sentencia de 23 de diciembre de 2009 (recurso de casación 5088/2005) y sobre todo de la de 17 de noviembre de 2010 (casación 1473/2006), esta Sala ha venido precisando el alcance del artículo 16.3 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, puesto en relación en el artículo 43 de la Ley 30/1992, en orden a la aprobación por silencio del urbanístico del planeamiento urbanístico promovido por los particulares, quedando allí señalada la imposibilidad de adquirir por silencio facultades relativas al servicio público, cual es la del derecho a urbanizar, derivada de la aprobación de un instrumento de ordenación».

A posterior **Sentenza do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de 7 de decembro de 2011** (casación 227/2009, relator: Excmo. Sr. De Oro-Pulido López), tamén referida a Galicia, mantén o criterio xurisprudencial tradicional que proscribe a posibilidade de obter por



silencio administrativo licenzas para edificacións ou usos incompatibles coa ordenación urbanística, aplicando o disposto ao efecto no artigo 8.1.b) 'in fine' do Texto Refundido da Lei do Solo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de xuño e no artigo 195.1 Lei 9/2002, de 30 de decembro, de Ordenación Urbanística de Galicia. Incide igualmente en que *«Por otra parte, no estará de más señalar que el reciente Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de adopción de diversas medidas relativas, entre otras, al incremento de la seguridad jurídica en el sector inmobiliario, aunque no aplicable por razones temporales a las presentes actuaciones, se alinea decididamente con la doctrina legal establecida por este Tribunal por, entre otras, la citada sentencia de 27 de enero de 2009, como reconoce expresamente el apartado VI del Preámbulo de dicha disposición, en el que se resalta asimismo que la regla de la imposible adquisición por silencio administrativo de facultades o derechos que contravengan la Ordenación Territorial o urbanística ya estaba contenida en el art. 8.1.b) del Texto Refundido de 2008, al que atribuye carácter básico y que la nueva disposición legal no viene sino a confirmar. Disposición ésta última que, como hemos señalado anteriormente, continúa en la línea marcada por las disposiciones anteriores».*

#### **4 Disciplina urbanística. O prazo de un ano, de caducidade do procedemento de protección da legalidade, iníciase coa resolución de incoación, non coas dilixencias previas de investigación.**

As **Sentenzas do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Sec. 5<sup>a</sup>) de 13 de outubro de 2011 e 21 de decembro de 2011** (Casación 3987/2008 e 4796/2010), corrixen o criterio establecido polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia sobre a caducidade dos procedementos de protección da legalidade e sancionadores en materia urbanística, insistindo en que o cómputo do prazo se inicia coa resolución de incoación do expediente, e non coas dilixencias previas de investigación. Sinala ao efecto o alto Tribunal que: *«El artículo 43.2.a) de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, establece que en los procedimientos iniciados de oficio el cómputo del plazo máximo para resolver "(...) se contará desde la fecha del acuerdo de iniciación". Por su parte, el artículo 209.4 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, establece que "el expediente de reposición de la legalidad deberá resolverse en el plazo de un año a contar desde la fecha del acuerdo de incoación". (...) No podemos compartir el razonamiento que expone la Sala de instancia para fijar un día a quo diferente al establecido por la Ley, señalando como fecha inicial del cómputo el día siguiente a la finalización de las diligencias previas informativas. Por lo pronto debe notarse que las actuaciones previas se realizan a fin de determinar, con carácter preliminar, sin concurren circunstancias que justifiquen la iniciación del procedimiento de restablecimiento de la legalidad (...) no cabe reprochar a la Administración actuante que antes de iniciar el procedimiento sancionador realice unas actuaciones previas a fin de recabar los datos que luego habrán de figurar en el acuerdo de incoación. Pues bien, una vez realizadas esas actuaciones previas, el tiempo que tarde la Administración en acordar la incoación del procedimiento podrá tener las consecuencias que procedan en cuanto al cómputo de la prescripción (extinción del derecho); pero no puede ser tomado en consideración a efectos de la caducidad, pues esta figura lo que pretende es asegurar que una vez iniciado el procedimiento la Administración no sobrepase el plazo de que dispone para resolver».*



**5 Medio ambiente. Costas. Deslinde do dominio público marítimo-terrestre. Deber de motivar a afectación de terreos que perderon as súas características naturais.**

Senllas **Sentenzas do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de 12 de decembro de 2011** (Casación 2097/2007 e 410/2008, relator: Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata Pérez), anularon o deslinde do dominio público marítimo-terrestre de determinados tramos de costa do termo municipal de Ares (A Coruña) tras concluir que: *«la remisión que hace el artículo 4.5 de la Ley de Costas al procedimiento de desafectación previsto en el artículo 18 de la misma Ley lleva a considerar que los terrenos que han perdido sus características naturales de playa, acantilado o zona marítimo-terrestre no han de mantenerse indefinidamente en el ámbito del dominio público por el sólo hecho de que un deslinde practicado antes de la desnaturalización de los terrenos, los incluyó en su día como demaniales (...). Corresponde a la Administración justificar en forma expresa en qué medida siga siendo necesario mantener, en su caso, la afectación de terrenos que, en su día, fueron calificados formalmente como demaniales».*

**6 Autorización ambiental integrada. Non procede o seu outorgamento se o preceptivo informe urbanístico municipal se emite en sentido desfavorable.**

A **Sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 2<sup>a</sup>) de 15 de decembro de 2011** (recurso 4425/2011, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) anulou a autorización ambiental integrada outorgada pola Xunta de Galicia a unha Planta de elaboración de fariñas e aceites de peixe tras considerar que:

*«El informe del Ayuntamiento se emite en sentido desfavorable al otorgamiento de la autorización ambiental integrada porque la actividad a desarrollar está dentro del espacio natural protegido “Ensenada de San Simón”, incluido en la lista gallega de Lugares de Importancia Comunitaria de la Red Europea Natura 2000, y declarado zona de especial protección de los valores naturales según el Anexo I del artículo 1º del Decreto 72/2004; y porque a la actividad (...) no le es aplicable la categoría de industria limpia compatible con áreas residenciales por su escaso nivel de contaminación acústica, de humos, gases o vertidos descrita por las normas subsidiarias de planeamiento municipal. Es por lo tanto claro que el Ayuntamiento de Redondela emitió el informe urbanístico negativo al que se refiere el párrafo segundo del artículo 15 de la Ley 16/2002, y conforme a este precepto la Administración demandada no tenía otra opción que dictar resolución poniendo fin al procedimiento y denegando la autorización interesada».*

## PERSOAL

**1 Oferta de emprego público da Comunidade Autónoma de Galicia. Consolidación de emprego temporal. Persoal laboral “indeterino”: Pode extinguirse cando se amortizan as súas prazas ou cando se cobren polo procedemento selectivo axustado aos principios de igualdade, mérito e capacidade.**

A **Sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 1<sup>a</sup>) de 22 de febreiro de 2012** (rec. 120/2010, relator: Ilmo. Sr. Chaves García), desestima o recurso interposto fronte ao Decreto 437/2009, de 17 de setembro polo que se aproba a Oferta de Emprego Público da Comunidade Autónoma de Galicia. Afirmo, en primeiro lugar, o seguinte respecto da



condición dos recorrentes como “persoal laboral indeterino” derivada de sentenza ditada pola xurisdicción social:

*«la garantía de los derechos del personal laboral se vincula a la naturaleza de su vínculo, de manera que los recurrentes participan de la figura de creación jurisprudencial del “indefinido pero no fijo”, esto es, personas que no tienen vínculo de fijeza o permanencia en la plantilla pero que tampoco tienen asociado un término de extinción de su relación. De ahí que la pretensión de equiparación de tal relación laboral, doctrinalmente calificada con la expresiva denominación de “indeterinos” con la del personal laboral indefinido y fijo, ha de aceptarse en cuanto al bloque de derechos y deberes pero con la sola exclusión de su distinta posición en cuanto a la eventual resolución de sus contratos, ya que en el caso del personal “indeterino” su extinción puede tener lugar legítimamente cuando se amortizan sus plazas o cuando se cubren por el procedimiento selectivo ajustado a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Esa es la recta lectura de la garantía de la Disposición Adicional Décimo Sexta del Decreto Lexislativo 1/2008, de 13 de Marzo, cuando alude a que el personal laboral indefinido (no fijo) “tendrá los mismos derechos que el personal laboral fijo”. Y esa es la interpretación de dicha Ley conforme a la Constitución para salvar su constitucionalidad o acomodo con los principios de selección del empleo público que marca el art. 23 y 103 de la CE, pauta interpretativa que el Tribunal Constitucional impone a los Tribunales como prioritaria al eventual planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad.*

*Idéntica pauta interpretativa se impone respecto de la interpretación patrocinada por los recurrentes respecto de la Disposición Transitoria Décima del V Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia, ya que la misma impone un procedimiento selectivo al que obligatoriamente tendrá que concurrir el personal laboral con antigüedad anterior a 1998 pero eso sí, el propio Convenio Colectivo se cuida de precisar que “dicho concurso respetará los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y se valorará preferentemente la antigüedad y los cursos de formación y perfeccionamiento en la categoría y procesos selectivos superados” ».*

E engade así mesmo que: *«en la oferta de empleo público solamente se realiza una determinación numérica de las plazas vacantes que existen en la Administración en cada momento y que pueden ser convocadas, no de los puestos de trabajo en concreto, por lo que, tal como antes se hizo, han de diferenciarse los conceptos de oferta de empleo público y de relación de puestos de trabajo (...). Por consiguiente, la Oferta de Empleo impugnada se limita a determinar las plazas que se ofertarán para su provisión, como presupuesto para la futura convocatoria y al margen del impacto o efecto indirecto, reflejo o que en el futuro pudiera provocar sobre la relación laboral indefinida de las plazas ocupadas, aspecto de futuro cuyo desenlace y consecuencias no podemos ni debemos conjeturar, ni mucho menos enjuiciar bajo el prisma de legalidad, ya que la tutela de los derechos laborales derivados del contrato de trabajo pertenece a la jurisdicción social (mas allá de las cuestiones relativas a Ofertas de Empleo u Relaciones de Puestos de Trabajo, que caen en la jurisdicción contenciosa) ».*

## **2 Funcionarios da Sociedade Estatal de Correos e Telégrafos. Aplicación do réxime xeral de dereitos e obrigas dos funcionarios da Administración Xeral do Estado. Dereito a permiso por asuntos propios.**

A **Sentenza do TSXG (Sª do Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 1 de febreiro de 2012** (rec. 479/2010, relator: Ilmo. Sr. Fernández Dotu) acolle o criterio establecido polo Tribunal Supremo na súa sentenza de 30 de decembro de 2009 (casación en interese de lei 47/2008) na que se



equiparan os dereitos dos funcionarios da Sociedade Estatal de Correos e Telégrafos cos dos demais funcionarios da Administración Xeral do Estado. Conclúe así que:

*«De la doctrina sentada por el Tribunal Supremo se desprende que el artículo 48.2 de la Ley 7/2007 se erige como verdadera norma básica común para todo el conjunto de funcionarios, estableciendo días de libre disposición en función de los años de servicio para todos los funcionarios, que se sumarán a los días que cada normativa específica regule para sus particulares funcionarios, por lo que cualquier funcionario tendrá derecho al permiso del art. 48.2, siempre que cumpla el requisito de temporalidad que contiene. En consecuencia, en función de dicha novedosa doctrina emanada del Tribunal Supremo, esta Sala cambia de criterio y se pronuncia desde ahora por el acogimiento de la pretensión de disfrute de los días adicionales previstos en el artículo 48.2 de la Ley 7/2007 promovida por los funcionarios de Correos que cumplan los presupuestos de dicha norma».*

### **3 Constitucionalidade da redución do salario dos funcionarios públicos ordenada por Real Decreto Lei 8/2010, de 20 de maio.**

As **Sentenzas do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 1<sup>a</sup>) de 25 de xaneiro de 2012** (rec. 983/2010, relator: Ilma. Sra. Rivera Frade) e **1 de febreiro de 2012** (rec. 1055/2010, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) constatan a constitucionalidade do Real Decreto Lei 8/2010, de 20 de maio, que obrigou a rebaixar os salarios dos funcionarios de todas as Administracións públicas, baseándose no considerado polo Tribunal Constitucional en Auto de 7 de xuño de 2011, que inadmitiu a cuestión de inconstitucionalidade 8173/2010, promovida pola Sala do Social da Audiencia Nacional. Inciden así en que:

*«(...) No se aprecia la vulneración del principio de igualdad, porque, tal como se razona en la exposición de motivos del RDL, con la finalidad de minimizar los efectos de la reducción sobre los salarios más bajos las medidas se aplican con criterios de progresividad para el personal funcionario, dictándose normas específicas para el personal laboral, con el fin de reconocer la función de la negociación colectiva y garantizar a la vez la eficacia de la decisión de reducción. La reducción se ha aplicado por igual a cada grupo de empleados públicos (funcionarios según los grupos de clasificación, y personal laboral), sin que dentro de cada uno exista diferenciación alguna, de modo que no existe un término homogéneo de comparación entre los distintos grupos a los efectos de valorar la vulneración de la igualdad en relación con la intensidad de la reducción (...).*

*No nos encontramos ni ante un supuesto de establecimiento o modificación de tributos, ni ante el establecimiento de prestaciones personales o patrimoniales, sino ante el establecimiento de unas cuantías retributivas en las condiciones ya descritas y analizadas. Además, para expropiar sin indemnización (confiscar) algo, sería necesaria la propiedad de lo confiscado, es decir, que el salario que se reduce hubiera ingresado en la esfera patrimonial del empleado público con anterioridad, lo que no ha sucedido. El RDL 8/2010 establece un sacrificio patrimonial a los empleados públicos, en el ámbito de la relación de supremacía especial que existe entre ellos y la Administración donde prestan servicios, que no puede considerarse por ello una "expropiación" y que sigue sus propias reglas en cuanto a la reparación del perjuicio que supone. Pero esta reparación no necesariamente tiene que tener el efecto positivo de suponer el trasvase de una cantidad de dinero al patrimonio del funcionario. Y, aunque se reconozcan derechos adquiridos a los funcionarios (en este caso, al montante retributivo consolidado de sus retribuciones), estos no pueden ser tan absolutos como para impedir el dictado de una norma como la cuestionada que se produce en un contexto en el que cabe afirmar que era imprescindible para el sostenimiento de las finanzas públicas. (...).*



*El Real Decreto Ley no es retroactivo pues no afecta a las retribuciones ya percibidas sino a las futuras. La Disposición Adicional Segunda, que regula la suspensión del Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, acuerda que los efectos de la suspensión parcial del mismo tendrá lugar con efectos de 1 de junio de 2010, en concreto las medidas de contenido económico. Y con anterioridad, al regular la reducción de las retribuciones de los respectivos colectivos afectados, se preocupa de distinguir, claramente, entre el régimen retributivo con efectos de 1 de enero de 2010 y hasta el 31 de mayo de 2010 y ese régimen a partir del 1 de junio, precisando que a la paga extraordinaria del mes de junio no se le aplicaría la reducción prevista. Y no podemos entender que, una vez previstas las concretas retribuciones y autorizado el gasto por la LPGE, se ha generado ya un derecho adquirido, que es el planteamiento que parece deducirse de la argumentación de la recurrente, pues el derecho a la retribución nace tras la prestación de los correspondientes servicios que se retribuyen, y en tanto la prestación no haya sido efectuada, por más que exista una previsión de futuro pago, nos encontramos ante una expectativa de derecho, al no concurrir aún todos los hechos necesarios para que el derecho nazca jurídicamente. El Real Decreto Ley modifica las cuantías retributivas respecto de momentos en los que la prestación del servicio retribuido aún no se había producido, y por ello no tiene efecto retroactivo. No existen derechos adquiridos más que sobre las retribuciones efectivamente percibidas o devengadas, sin que haya recaído sobre ellas ninguna retroactividad vedada por la Constitución, pues la nueva regulación legal analizada sólo contempla la mengua de las retribuciones salariales que a partir de su vigencia mensualmente se devenguen. El problema de irretroactividad debe referirse exclusivamente a los salarios ya cobrados, puesto que en los devengados a partir de junio de 2010 no puede hablarse de derechos adquiridos, sino sólo de expectativas fuera del ámbito de la protección constitucional de la retroactividad. (...) No hay, pues, privación de derechos, sólo alteración de su régimen en el ámbito de la potestad del legislador constitucionalmente permisible. En la medida en que la eficacia del Decreto-Ley se proyecta sólo hacia situaciones futuras, y no afecta por ello a derechos consolidados, no produce efectos retroactivos constitucionalmente prohibidos y es, por ello, a criterio de la Sala, constitucionalmente legítimo.*

*(...) Por esta misma razón, tampoco podemos entender que se ha vulnerado la seguridad jurídica, porque este principio no impide modificaciones de futuro realizadas por instrumentos jurídicos adecuados. La interpretación propugnada por la recurrente llevaría a identificar la seguridad jurídica con la petrificación del Derecho o de las situaciones jurídicas, y, esto no es lo que consagra el principio de seguridad jurídica, no pudiendo siquiera afirmarse que tal petrificación fuera compatible con dicho principio».*

#### **4 Constitucionalidade do distinto réxime de permisos recoñecido ao “funcionario-pai adoptante” fronte ao “funcionario-pai biolóxico”.**

A **Sentenza do Tribunal Constitucional 152/2011, de 26 de outubro** (relator: Hernando Santiago) desestima a cuestión de inconstitucionalidade formulada por un Xulgado Contencioso-Administrativo fronte ao art. 70.4 da Lei do Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de maio, da función pública de Galicia, ante a súa posible contradición co art. 14 CE por discriminar ao “funcionario-pai biolóxico” fronte ao “funcionario-pai adoptante”. Considera esta sentenza que: «a diferencia de lo que sucede en el supuesto del parto, en la adopción (y en el acogimiento) no concurre la necesidad de proteger la salud de la mujer, por lo que la decisión del legislador de extender al supuesto de la adopción de menores de corta edad el derecho a la concesión del permiso por maternidad tiene una finalidad diferente al supuesto

tradicional del permiso por parto, pues no se trata de garantizar la recuperación de la madre mediante el derecho a permiso durante un periodo determinado, sino de facilitar la integración del menor adoptado o acogido en la familia adoptiva o de acogimiento, y de contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares.

Por ello, en el supuesto de adopción (o de acogimiento), cuando ambos padres trabajen por cuenta ajena, el derecho al permiso durante el periodo establecido, que se equipara en su duración a lo establecido para el supuesto de parto, corresponde ex lege indistintamente al padre o madre, a elección de los propios interesados, pues no existe razón para dar preferencia en el disfrute del derecho a uno de los padres sobre el otro (antes bien, de establecerse tal preferencia podría ser tachada de discriminatoria por razón de sexo y en consecuencia contraria al art. 14 CE), mientras que si sólo uno de los padres es funcionario o trabajador incluido en un régimen de la Seguridad Social, el derecho al periodo de descanso legalmente establecido le corresponderá a aquél en exclusiva, como es lógico, puesto que sólo él puede ser titular del derecho en este caso.

En conclusión de todo lo señalado podemos afirmar que la regulación del derecho al permiso por razón de parto por el art. 70.4 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, en cuanto permite a la madre ceder al padre el disfrute del periodo de descanso "voluntario" sólo en el caso de que ambos trabajen, quedando excluida la posibilidad de cesión al padre del disfrute de ese periodo cuando la madre no fuese funcionaria o trabajadora incluida en algún régimen de la Seguridad Social, no vulnera el art. 14 CE, lo que determina la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad».

## PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

**1 Falta de lexitimación 'ad procesum' dunha entidade sindical, por non aportar copia dos seus estatutos co escrito de interposición do recurso. Defecto procesal que, tras a súa invocación pola parte demandada no seu escrito de contestación, debeu ser emendado pola recorrente sen necesidade de que o Tribunal llo requirise expresamente.**

A **sentenza do TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 22 de febreiro de 2012** (rec. 646/2009, relator: Ilma. Sra. Galindo Gil) inadmite o recurso contencioso-administrativo interposto por un sindicato. E iso por incumplir o requisito procesal establecido no artigo 45.2.d/ da Lei Xurisdiccional 29/1998, de 13 de xullo (LXCA), ao non aportar co seu escrito de interposición do recurso, xunto co certificado do correspondente acordo do Sindicato de promovelos, unha copia dos Estatutos do mesmo. Parte a sentenza de:

*«la premisa de que la comprobación de que la voluntad del ente en orden a la interposición del recurso, se ha formado conforme a sus reglas internas de funcionamiento, es un prius que no puede suponerse ni presumirse cuando la contraparte alega la necesidad de examinar esas reglas internas a fin de comprobar que el órgano que adopta el acuerdo para interponer el recurso contencioso-administrativo, es quien realmente puede hacerlo y que esa decisión por tanto no corresponde a otro órgano distinto.*

*Así, si bien consta la certificación expedida por la Secretaria General de la Federación de Enseñanza de CC.OO de Galicia de fecha 8 de septiembre de 2009, pese a la alegación efectuada por las codemandadas, no existe constancia documental de género alguno de los estatutos de la recurrente, lo que es esencial, dado que la exigencia del artículo 45.2,*



letra d) de la Ley 29/1998, se proyecta en doble sentido: presentación del acuerdo corporativo y acreditación de la competencia para decidir la interposición del recurso con arreglo a la previsión estatutaria, por lo que, cuando es cuestionada de contrario como sucede en autos, resulta imprescindible aportar una certificación de los estatutos de la que resulte el órgano competente para autorizar el ejercicio de las acciones y del acuerdo en virtud del cual se aprobase tal ejercicio.

La federación recurrente, pese a que las codemandadas solicitaron en la contestación a la demanda con base en tal ausencia, la inadmisión del recurso contencioso administrativo, no subsanó dicha omisión».

## **2 Falta de lexitimación pasiva de quen, personándose como codemandado, se ahire logo á pretensión do demandante, solicitando a anulación do acto impugnado. Fraude procesal. Expulsión do proceso.**

A **sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 3<sup>a</sup>) de 12 de abril de 2011** (rec. 7464/2009, relator: Ilmo. Sr. Aranguren Pérez) expulsa do proceso a un dos codemandados tras constatar que no seu escrito de contestación á demanda solicitou a estimación do recurso e a anulación do acto impugnado. Considera que o devandito codemandado *“en realidade vino a personarse como un coadyuvante de la recurrente o corecurrente, figura que no resulta admitida en nuestro ordenamiento jurídico (...) Como señala la STS de 23 de abril del 2003, desde la posición procesal de codemandado elegida solo resulta posible sostener la legalidad del acto administrativo impugnado por la parte recurrente. En el mismo sentido se pronuncian los Autos de la Sala tercera de 9 de junio del 2000 y 22 de enero del 2001, el último de los cuales declara que, en tales casos, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues como titular de derechos e intereses legítimos la parte pudo actuar en su momento como recurrente impugnando la resolución de que se trata. (...) Dicha posición procesal constituye un claro fraude procesal ante el que debió reaccionar el Juzgado en el mismo momento de recibirse el escrito de contestación a la demanda rechazando dicho escrito ex art. 11.2 LOPJ, y ordenando la devolución del mismo a la parte excluyéndola del proceso, toda vez que bajo la capa de parte codemandada en lugar de resistir la pretensión deducida, coadyuva a su éxito, lo subvierte las reglas del proceso contencioso-administrativo concebido por la LJCA e infringe las reglas de la buena fe procesal»*.

No mesmo sentido pronúnciase a máis recente **Sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 1<sup>a</sup>) de 22 de febreiro de 2012** (rec. 120/2010, relator: Ilmo. Sr. Chaves García), con abundante cita de xurisprudencia do Tribunal Supremo. Tamén a **Sentenza do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de 15 de febreiro de 2012**, referida a Galicia, (casación 1214/2009, relator: Excmo. Sr. Fernández Valverde).

## **3 Medidas cautelares. Denegación de suspensión da orde de derrubamento de vivenda.**

A **sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 2<sup>a</sup>) de 1 de decembro de 2011** (rec. 4177/2011, relatora: Ilma. Sra. Paz Eiroa) estima o recurso de apelación interposto contra un Auto dun Xulgado Contencioso-Administrativo que suspendeu cautelarmente a resolución impugnada na que se ordenaba o derrubamento dunha edificación destinada a vivenda. Acolle a máis recente xurisprudencia do Tribunal Supremo conforme á cal, fronte ao automatismo anterior na adopción deste tipo de medidas cautelares, se esixe que o recorrente acredite cumpridamente a causación dun prexuízo irreparable pola inmediata

execución da orde de demolición, non compensable economicamente se despois a sentenza lle resulta favorable. Incide así esta sentenza en que:

*«En casos como este, la Sala denegó la medida cautelar solicitada habida cuenta de que la construcción de que se trata no constituye el domicilio habitual y permanente del solicitante (...) La suspensión cautelar no es la única vía para la efectividad de la futura sentencia estimatoria que pueda dictarse -posible ejecución de la misma por el equivalente económico-.*

*En todo caso, el solicitante de la medida tampoco presenta los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte de este Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, en los términos del 728.2 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil . El Tribunal Supremo subraya la necesidad de que el recurrente acredite o facilite siquiera indiciariamente en el momento de la petición de suspensión, conforme a lo dispuesto en el artículo 1114 del Código Civil , los fundamentos y circunstancias de los que se derivan los perjuicios en cuya base se solicita la suspensión a fin de que se pueda valorar si se trata o no de perjuicios de difícil o imposible reparación (...). La solicitante de la medida no justificó su pretensión; ni en el momento de solicitar la medida, ni ahora al apelar.*

*Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la misma Ley.*

*Existe un interés público evidente en que las previsiones de la legislación urbanística se cumplan. Tal interés debe primar sobre unos daños y perjuicios que, si bien importantes, pueden ser determinables y resarcibles, como ya se dijo».*

#### **4 Acordo plenario municipal de aprobación provisional dun Plan Xeral. Acto de trámite non impugnabile autonomamente. Inadmisión do recurso.**

A **sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 2<sup>a</sup>) de 7 de decembro de 2012** (rec. 4154/2009, relatora: Ilma. Sra. Paz Eiroa) inadmite un recurso contencioso-administrativo interposto contra o acordo plenario do Concello de Tui (Pontevedra) de aprobación provisional da revisión do seu Plan Xeral, ao considerar que se trata dun acto de trámite non impugnabile autonomamente. Concretamente afirmase na sentenza o seguinte:

*«La demandante, al oír sobre la causa de inadmisibilidad alegada por la administración demandada, manifestó que “non postula a nulidade da modificación do PXOM de Tui (...) senón de xeito individual a votación referida ós concretos votos particulares onde os dous concelleiros votantes non se abstiveron, cando tiñan tal obriga legal (...)” .*

*“A votación referida ós concretos votos particulares” no es una actividad administrativa impugnabile en los términos del artículo 25 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa . Aún antes, “a votación referida ós concretos votos particulares” no es un acto de la Administración.*

*La demandante confunde acto de la Administración y voluntad en formación del órgano colegiado que integra dicha Administración.*

*La demandante podrá pretender la anulación del acto de la Administración (del acto de tramitación del plan, en el procedimiento de aprobación del plan general) si es un acto cualificado en los términos del artículo 25.1 de la Ley 29/1998 en relación con el artículo*



107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento de la Administración , en particular, si alega causas de nulidad de pleno derecho que no se refieran al fondo de lo debatido sino a requisitos de forma para cuyo enjuiciamiento no es necesario entrar en el estudio de la regularidad material del acto, en los términos de las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, sección 5ª, de 30 de junio de 2010 y 10 de noviembre de 2010, dictadas, respectivamente, en los recursos 4614/2009 y 5074/2006 sobre impugnabilidad de los actos de tramite en la elaboración o modificación de los instrumentos de planeamiento. Esto no lo discute. Pero, no podrá pretender la nulidad de una voluntad en formación -de los votos-. Tampoco la invalidez del acto de la Administración en que hubieran intervenido las personas en cuestión por existencia de causa de recusación porque la recusación sería alegable al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29.5 de la Ley 30/1992 de Procedimiento de la Administración .

Y, el acuerdo de 31/07/2008 no pone fin al procedimiento en los términos ya dichos -se trata de un trámite en la elaboración del instrumento de planeamiento en cuestión- que no se discuten. En tal sentido, procede la estimación de la causa de inadmisibilidad alegada por la Administración».

### **5 Inexecución de sentenza firme por causa de imposibilidade legal. Derrogación en Galicia da distancia mínima establecida no RAMINP de 2.000 metros entre as actividades insalubres e os núcleos de poboación máis próximos.**

Un Xulgado Contencioso-Administrativo anulou, en sentenza firme do ano 2006, a licenza de actividade concedida para a instalación dunha granxa avícola por incumplir o artigo 4 do antigo Regulamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas e Perigosas de 1961 (RAMINP) no que se establecía unha distancia mínima de 2.000 metros entre as instalacións insalubres ou perigosas e os núcleos de poboación máis próximos. No ano 2010 o concello demandado outorgou nova licenza para a mesma actividade no mesmo lugar, amparándose no Decreto autonómico 133/2008, de 12 de xuño, de avaliación de incidencia ambiental. O Xulgado anulou a segunda licenza en auto ditado en incidente de execución de sentenza. A posterior **sentenza do TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 12 de xaneiro de 2012** (recurso apelación 4477/2011, relatora: Ilma. Sra. Paz Eiroa) revoga o citado auto e confirma a validez da última licenza ao concorrer un suposto de inexecución de sentenza por imposibilidade legal, considerándose o cambio normativo que supuxo a derogación da prohibición establecida no art. 4 do RAMINP. Incide a sentenza en que:

«(...) El artículo 103.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , dispone que "Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento" - artículo 103.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa -. "Contrarios a los pronunciamientos de las sentencias (...). La aplicación del apartado 4 del expresado artículo 103 precisa de la concurrencia de dos requisitos. De un lado, ha de concurrir una exigencia de indole objetiva: ha de dictarse un acto contrario a un pronunciamiento judicial (...)" - sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo Tribunal Supremo, sección 5ª, de 6 de abril de 2011, dictada en el recurso 1602/2007 -2011, que reitera otras anteriores del mismo tribunal-.(...)

El acto no se dictó bajo la vigencia de la misma legislación aplicada en la sentencia; no hay identidad sustancial entre dicho acto y el anulado por esta Jurisdicción. En tal sentido, no



es contrario a los pronunciamientos de la sentencia como se argumenta en el escrito de interposición del recurso de apelación. Procedía, y procede, la desestimación de la solicitud de nulidad.(...)

La validez del acto, determina la imposibilidad legal de ejecución en los términos solicitados por la Administración, al amparo de lo dispuesto en el artículo 105.2 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción. Procedía, y procede, apreciar la concurrencia de causa legal de imposibilidad de ejecutar. (...) Los ejecutantes se opusieron en el incidente de imposibilidad legal de ejecutar y solicitaron con carácter subsidiario que “se nos conceda plazo para formular incidente de determinación de indemnización por la declaración de inejecución de sentencia” .

No es posible el cumplimiento de la sentencia; el ejecutante tiene derecho a que se fije una indemnización económica consistente en los daños y perjuicios derivados de tal inejecución como viene reconociendo, y reconoce ahora, esta Sala al amparo de lo dispuesto en el mismo artículo 105.2 y Jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que lo interpreta. ».

## RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRACIÓN

### **1 Accidente de circulación pola irrupción de animais salvaxes na estrada. Inexistencia de responsabilidade.**

A **Sentenza do Tribunal Supremo (Sª 3ª, Secc. 4ª) de 14 de novembro de 2011** (Casación 4766/2009, relatora: Excm. Sra. Pico Lorenzo) revoga unha sentenza do TSXG na que se condenara á Xunta de Galicia a pagar unha indemnización de 750.000 € polo accidente de circulación ocorrido nunha estrada convencional de titularidade autonómica con motivo da irrupción nela dun “animal sen dono” (cabalo salvaxe). Considera o Tribunal Supremo que non se xerou un suposto de responsabilidade patrimonial da Administración demandada. E iso polas seguintes razóns:

*«Es cierto que la Sala de instancia reconoce la existencia de señalización indicativa de la existencia de animales sueltos, mas considera necesaria otro tipo de señalización más clara que no identifica.*

*Consta en la Resolución de la Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Transportes, que el p.k. 23,500 de la carretera comarcal C-640 se encontraba señalizada. Así figura en el atestado levantado tras el accidente por la Guardia Civil del Destacamento de Burela indicando constaba señalización vertical: Señal P-24 (paso de animales en libertad).*

*La indicada señal es una de las de advertencia de peligro consignadas en el Reglamento General de Circulación al objeto de indicar a los usuarios de la vía pública de la proximidad y la naturaleza de un peligro difícil de ser percibido a tiempo, con objeto, de que se cumplan las normas de comportamiento que, en cada caso, sean procedentes.*

*No hay pues, como en el supuesto examinado por la STS de 23 de julio de 2001, recurso de casación 2644/97, un incumplimiento de obligación legal o reglamentaria alguna por la Administración, sin que la indicación de la Sala de instancia de que debería haber una señalización más clara o contundente goce de apoyo legal. La carretera tenía la señalización establecida dada su naturaleza de comarcal sin que le fuere exigible a la administración otra no prevista en el Reglamento General de Circulación.*



*Dadas las características, carretera comarcal, no era exigible la colocación de cerca o barreira que impidiera el paso de animales a la calzada desde una finca de titularidad en mano común.*

*Debe concluirse no existe funcionamiento de la administración a la que fuere imputable el daño producido por lo que no se produce el nexo causal que permita atribuir a la administración la responsabilidad pretendida. Aquella cumplió con las obligaciones exigibles en la normativa aplicable sin que se le puedan requerir otras no establecidas».*

## **2 Responsabilidade da Administración por incorrer en “vía de feito” ao ocupar terreos sen previa expropiación, para a execución de obras públicas. Indemnización polo valor da superficie afectada, máis o 25%.**

A **sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 3<sup>a</sup>) de 30 de decembro de 2011** (recurso 12391/2008, relator: Ilmo. Sr. Quintas Rodríguez) declara a concorrencia de responsabilidade patrimonial na Administración do Estado por ocupar por “vía de feito” determinados terreos para executar unha estrada. Afirmase na sentenza que:

*«no se ha cumplido con el requisito esencial del procedimiento expropiatorio consistente en la declaración de necesidad de ocupación de la finca propiedad del recurrente, ocupada por la ejecución de las obras expresadas, incurriéndose con ello en un vicio sustancial que determina la nulidad de la actuación expropiatoria llevada a cabo sobre la misma. Ahora bien, tal consideración no puede conllevar la restitución de las cosas al estado anterior a la ocupación ilegítima expresada cuando, como en el supuesto que nos atañe, ello resulta imposible dada la ejecución material íntegra de las obras mencionadas sobre los terrenos propiedad del recurrente, privación ilegal que conduce necesariamente a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración manifestada en tan ilegal obrar. Ello debe hacerse sobre la base del cálculo del justiprecio o equivalente económico del bien afectado, al margen de la reparación por vía indemnizatoria por su privación ilegal, pues de no reconocerse esta última, resultarían equivalentes los actos legales a los ilegales, devengando ambas cantidades intereses moratorios desde la fecha de la efectiva ocupación de la finca hasta su completo pago, indemnización que a falta de otros criterios más precisos y ajustados a la realidad del caso de que se trate, debe establecerse en el 25% del valor de sustitución material del bien ocupado ilegalmente, sin el abono del 5% por premio de afección, como se desprende de la sentencia del TS de fecha 16 de junio de 2009, entre otras; deviene pues en procedente pretender en ese concepto por privación ilegal un 25% sobre (y además del) el justiprecio fijado por el Jurado en concepto de indemnización por ocupación ilegal y sin perjuicio del que corresponde por la ocupación legal».*

## **3 Caída de peóns na vía pública por pequenas deficiencias do pavimento. Estándar de calidade esixible ao servizo público. Inexistencia de responsabilidade patrimonial da Administración.**

Sobre as numerosas reclamacións indemnizatorias que teñen a súa causa na caída dun peón na vía pública, o **TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 3<sup>a</sup>)** fixou o seguinte criterio restrictivo, entre outras moitas, nas súas recentes **sentenzas de 29 de febreiro de 2012** (rec. 7111/2011) e **31 de xaneiro de 2012** (rec. 7106/2011):

*«(...) con carácter general, una caída derivada de un tropiezo en un obstáculo de dimensiones insignificantes o visibles entraña un daño no antijurídico, que debe soportar el adminis-*



trado desde el mismo momento en que participa del servicio público de aceras o calzada, porque no se puede pretender que la totalidad de aceras o calzadas de un casco urbano se encuentren absolutamente perfectas en su conservación y rasante, resultando a cargo de quien lo sufre el daño que se produce como consecuencia de los riesgos generales de la vida inherentes al comportamiento humano, debiendo soportar los riesgos de una eventual falta de atención o cuidado en la deambulación por lugares de paso (TS SS 17-7-03,22-2-07; citadas por la Juzgadora "a quo"); la vía pública no está exenta de peligros para el peatón y si cualquier bache, desconchado, humedad, o pendiente se entiende causa eficiente para la producción del daño se está convirtiendo a la Administración (normalmente, la Municipal) en aseguradora universal de todo evento dañoso producido en su término; el necesario autocontrol en la deambulación excluye la responsabilidad de la Administración en los casos en que el obstáculo o desperfecto fuera fácilmente apreciable o conocido por el peatón por ser persona residente en la zona o de mínima entidad que impida apreciar su capacidad para ocasionar daños en condiciones normales; en el presente caso el obstáculo que se dice originador de la caída no parece susceptible de originarla sin el actuar desatento de la víctima, o, en su caso, un tropiezo fortuito o debido a su edad (81 años); es cierta la caída y que se mantiene por el Concello deficientemente la calle, pero tal deficiencia no origina la caída sin otros agentes externos; el TSXG, en S. num. 82/06, de 10 marzo (Sección 2ª, ponencia Sr. Trillo; citada por la Juzgadora "a quo") considera que no parece que la diferencia de nivel de la loseta con la que tropezó la recurrente (de 2,3 ó 4 cms) pueda entenderse que vulnera los estándares de seguridad exigible, la diferencia de nivel es mínima y tolerable y en consecuencia no fue ese desnivel la causa eficiente de la caída».

#### **4 Responsabilidade da Administración municipal por tolerar a execución de obras de edificación ilegais.**

A **sentenza do TSXG (Sª do Cont.-Ad., Secc. 3ª) de 31 de outubro de 2011** (recurso apelación 7077/2011, relator: Ilmo. Sr. Cibeira-Yebra Pimentel) confirma a sentenza de instancia, na que se condenou ao Concello de Ponteceso (A Coruña) a pagar unha indemnización de 77.000 € pola súa desidia ao non esixir o cumprimento da legalidade urbanística nunhas obras de edificación manifestamente ilegais, creando coa súa pasividade dilatada no tempo a presunción nos terceiros adquirentes da legalidade das vivendas, que posteriormente se houberon de derrubar por orde xudicial. Sinala o TSXG o seguinte nesta sentenza:

*«la Administración municipal esgrime (...) que está exenta de toda posible responsabilidad patrimonial, queriendo derivar ésta a la propia culpa de los actores por no haberse cerciorado de la existencia de la correspondiente licencia municipal del edificio en cuestión, pese a lo que pudiera constar al respecto en la escritura de compra, o a la del promotor-constructor que los engaño vendiéndosela en unas condiciones ilegales desconocidas para ellos.*

*Pero lo cierto es que, con independencia de esta última conducta por parte del promotor de las viviendas,- que en su caso podría ser denunciada en otros ámbitos por parte del Ayuntamiento,- es indudable que este último incurrió en una actividad de una torpeza, desidia y negligencia de tal importancia, gravedad, y duración, que propició una situación de equívoco para las personas que fueron comprando los pisos y acabó produciéndoles, en ese caso-en una adecuada relación de causalidad-un daño patrimonial que no tenían obligación de soportar, al aparecer como algo totalmente irregular y anormal en el funcionamiento del Servicio de urbanismo del Ayuntamiento de que se trata el hecho de que, después de haber advertido desde un primer momento la ilegalidad de la construcción y*



de haber paralizado las obras, de desentendió después a lo largo de muchos años de su deber de hacer cumplir estrictamente la legalidad urbanística y permitió la continuación y acabado de los distintos pisos del edificio así como su adquisición y ocupación sucesiva por terceras personas, a quinen incluso llegó a pasar el impuesto de bienes inmuebles, en una situación de aparente legalidad contraria a lo realmente sucedido y conocido desde el principio por el Ayuntamiento, por lo que la relación de causalidad entre el funcionamiento, claramente defectuoso, del servicio público municipal y la lesión producida, no puede ponerse en duda y fue debidamente declarada por el juez de instancia, por lo que también este motivo ha de ser rechazado».

## TRIBUTOS

### **1 Prezos públicos. Liquidación a compañía aseguradora do accidentado, por traslado en ambulancia en caso de urxencia vital. Terceiro obrigado ao pagamento. Principio legalidade. Proba de urxencia vital. Contrato de seguro.**

A **sentenza do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 2<sup>a</sup>) de 2 de febreiro de 2012** (casación 859/2009, relator: Excmo. Sr. Aguallo Avilés) confirma as liquidacións por prezo público esixidas pola Fundación Pública Urxencias Sanitarias de Galicia-061 a unha entidade aseguradora, por asistencia sanitaria consistente en traslados en ambulancias asistenciais ou medicalizadas en casos de urxencia vital de persoas aseguradas na citada entidade. Considera o Tribunal que:

*«Sentada la naturaleza jurídica del precio público, aplicable en el presente litigio de manera plena a la liquidación exigida por la Administración de la Xunta de Galicia, el principio de legalidad impone que los elementos esenciales estén determinados por ley, lo que implica el examen de la cobertura legal de la liquidación exigida a la recurrente, que viene perfectamente descrita por la sentencia combatida. Así, es el art. 83 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, complementado en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia por el art. 9.3 de la Ley del Parlamento de Galicia 13/1991, de 9 de diciembre, que regula los precios, tasas y exacciones parafiscales, y el art. 47 de la ahora vigente Ley 6/2003, de 9 de diciembre, es el que permite exigir el ingreso de derecho público en materia sanitaria: También la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, dispone que, en determinadas asistencia sanitaria “los servicios públicos de salud deberán reclamar a los terceros obligados al pago el importe de la atención o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas”.*

*Por ello, no puede prosperar la pretensión de ilegalidad del art. 1 del Decreto 116/2006, de 6 de julio, de la Xunta de Galicia, por el que se establecen las tarifas de los servicios sanitarios prestados en los centros dependientes del Servicio Gallego de Salud y en las fundaciones públicas sanitarias, pues viene a aprobar unas tarifas aplicables a los servicios sanitarios prestados por la Administración pública gallega a pacientes que cuentan con un tercero obligado que debe asumir el gasto sanitario, en virtud de la relación contractual de aseguramiento suscrita con una compañía privada de salud, en aquellos supuestos de transporte sanitario urgente de carácter vital cuando el paciente, sea o no beneficiario de la Seguridad Social, hubiera suscrito voluntariamente una póliza con esa compañía.*

(...) Esta particular cuestión de la urgencia vital, debe respaldarse, por el contrario, en el criterio seguido por la Sala de instancia de que la solicitud del traslado urgente del servicio de ambulancia justifica a priori la urgencia vital, no pudiendo debatir tal concepto en caso de aviso al servicio de ambulancia, pues hay que presuponer prudentemente una urgencia y no proceder al examen de una póliza y sus diversas cláusulas al respecto, cuestión que puede quedar para un mejor momento a discutir entre el asegurado y su compañía, sin un acuciante problema de salud por en medio.

(...) Por último, debe rechazarse la alegación de infracción del art. 1 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, y de los arts. 1.088 y ss. del Código Civil, por ejercitar una acción contra una compañía aseguradora por los servicios prestados a un asegurado, sin cubrir dicha situación la póliza suscrita, pues se trata de una cuestión relativa al ámbito de relaciones privadas entre asegurador y asegurado sobre la que, precisamente, y por el propio razonamiento de la parte recurrente, esta Sala no puede entrar a conocer, ya que las relaciones privadas y las normas legales de cobertura de las mismas son propias de la jurisdicción civil, procediendo únicamente analizar, como se ha hecho con anterioridad, las actuaciones sujetas al Derecho Administrativo, con un resultado desestimatorio para las pretensiones de la recurrente».

## **2 Incremento do canon de saneamento esixido a unha grande industria papeleira. Principios de equidade e proporcionalidade. Non procede revisar en casación o Dereito autonómico aplicado na sentenza impugnada.**

A **sentenza do Tribunal Supremo (5ª 3ª, Secc. 2ª) de 20 de febreiro de 2012** (casación 5687/2010, relator: Excmo. Sr. Fernández Montalvo) confirma a desestimación do recurso interposto por unha grande industria papeleira contra as liquidacións do canon de saneamento xiradas pola Xunta de Galicia nos anos 2006 e 2007.

Rexeita a invocación dos principios de proporcionalidade e equidade esgrimidos pola entidade mercantil recorrente, con el siguiente razonamiento: «1º) *El artículo 3 del Código Civil se limita a establecer los criterios que han de utilizarse para interpretar las normas, incluyendo en su apartado 2 la equidad para ponderar la aplicación de aquéllas. Tiene, por tanto, carácter instrumental, en cuanto siempre ha de ponerse en relación con unas concretas normas que se consideran incorrectamente interpretadas o aplicadas, que en el presente caso, según la argumentación de la recurrente, resulta ser el artículo 40.7 de la Ley de Administración Hidráulica de Galicia, lo que determina que el motivo deba ser rechazado, pues, como ha reiterado esta Sala, el recurso de casación como medio de control de la aplicación de los ordenamientos estatal y europeo no alcanza a los ordenamientos autonómicos, respecto de los cuales los Tribunales Superiores de Justicia son el supremo juez, como se infiere de los artículos 58.4º de la LOPJ y 86.4 de la LRJCA (...).*

2º) *La equidad, que no es fuente autónoma del Derecho ni se superpone a la utilización conjunta de los diferentes criterios interpretativos; aparece en el Código Civil como un último criterio de corrección de la excesiva generalidad de la norma para evitar su rígida aplicación cuando ello resulta inadecuado al caso concreto que parece regular. Y no es ésto lo que se invoca en el motivo cuando afirma que la sentencia de instancia no tiene en cuenta las circunstancias específicas que rodean el proceso industrial que ENCE desarrolla en el complejo ubicado en Louirizán, pues lo que el Tribunal niega es la premisa fáctica de la que se pretende extraer la consecuencia mitigadora de la aplicación de la norma, cuando afirma que no se ha acreditado la titularidad privada de las instalaciones de saneamiento».*



### 3 Dedución no IRPF por reinvestimento en adquisición de vivenda. Necesidade de que a transmitida constitúa residencia habitual.

A Administración tributaria denegou, na resolución impugnada, a dedución do IRPF por adquisición de vivenda habitual ao non ter transcorrido un prazo continuado de tres anos entre a súa compra e a súa posterior venda a un terceiro para a adquisición dunha nova vivenda. A **sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Sec. 4<sup>a</sup>) de 11 de xullo de 2011** (rec. 16690/2009, relator: Ilmo. Sr. Gómez y Díaz-Castroverde) anula a devandita resolución polas seguintes razóns:

*«(...) Los demandantes consideran que el cambio anticipado de vivienda tiene el carácter de necesario en el presente caso, habida cuenta de la conjunción de circunstancias profesionales que se resumen en haber efectuado el demandante contrato de duración de cinco años en la factoría Citroen de Vigo en turno de 22 a 6 horas, según justifica; y la demandante haber obtenido empleo en la Fundación Érguete, en contrato de duración indefinida y en horario de mañana, lo que imposibilita conciliar la vida personal y laboral.*

*El TEAR rechazó sus pretensiones entendiendo que el cambio de vivienda no tenía carácter necesario, dada la proximidad entre las dos viviendas adquiridas, criterio que es subrayado por la Abogacía del Estado que califica dicho traslado como meramente conveniente (...).*

*La resolución de la controversia pivota, en efecto, sobre el carácter necesario del cambio de domicilio, para lo que es de señalar que el artículo 53 RIRPF no incluye un “numerus clausus” de supuestos; ni tan siquiera la concurrencia de alguno de ellos implica, por sí, la necesidad de tal cambio, por más que la norma incluya en tal supuesto una suerte de presunción de tal necesidad.*

*En lo que al presente caso se refiere, conviene llamar la atención sobre los supuestos de traslado laboral y cambio de empleo como alternativas posibles de una misma situación. (...) En tal contexto, la distinción entre lo que es conveniente o necesario es, ciertamente, un terreno impreciso, siendo el último concepto citado un concepto jurídico indeterminado que precisa de la adecuada concreción al caso. Recordemos que en tal particular el TEAR se valió del Diccionario de la Real Academia, destacando la acepción de necesidad indispensable u obligación que fuerza a ejecutar una cosa.*

*Es evidente que, del mismo modo que alguno de los supuestos mencionados en el artículo 53 RIRPF pueden no implicar la necesidad indispensable del cambio de domicilio, y sin embargo se les reconoce tal carácter; hay otros, que solo complementando los hechos que los sustentan pueden ser analizados adecuadamente. No cabe duda que en el presente caso nos encontramos ante un doble cambio laboral que, en efecto, puede hacer soportable la situación fáctica antes descrita; pero que, en términos normales y lógicos comporta la necesidad de adecuar la situación a las necesidades laborales de referencia; necesidades que en el presente caso se refieren a una absoluta incompatibilidad horaria entre cónyuges que, razonablemente, hacen necesario el cambio de domicilio. La circunstancia de que se anticipe en cinco meses al plazo reglamentario, a la luz de las circunstancias concurrentes, no puede obviar la aplicación del precepto reglamentario antes acotado pues la situación invocada, y que no se discute, hasta donde el expediente permite establecer, así lo indica.*

*Es evidente que, del mismo modo que alguno de los supuestos mencionados en el artículo 53 RIRPF pueden no implicar la necesidad indispensable del cambio de domicilio, y sin embargo se les reconoce tal carácter, hay otros, que solo complementando los hechos que los sustentan pueden ser analizados adecuadamente. »*