

# La comunicación previa aplicada al régimen de licencias: el ejemplo de vigo

**Resumen:** *En el presente estudio se pretende abordar un análisis de las labores de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en el Estado español, para profundizar en la especial problemática que se produce en el ámbito local, y concretamente en los municipios, como entidades competentes en materia de otorgamiento de licencias de actividad, en el caso de las actividades de carácter inocuo. Para mostrar dicha problemática y una posible solución se analizan los trabajos de transposición llevados a cabo por el Ayuntamiento de Vigo y, en concreto, la fórmula elegida de utilización de la figura de la comunicación previa para el acceso a las actividades de servicios inocuas.*

**Palabras clave:** *Directiva de Servicios; Licencias de Actividad; Ayuntamiento; 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 Servicios 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 Servicios 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 Servicios 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 servicios: una asignatura pendiente. 6.4. Un proceso en evolución. 7. Bibliografía



## \*1 Introducción

En el presente artículo se pretende analizar, en líneas generales dado que la extensión del mismo no permite profundizar en las múltiples cuestiones que se plantean, un ejemplo de transposición, en el ámbito local, de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior, concretamente en el Ayuntamiento de Vigo, transposición que se circunscribirá, sin perjuicio de esbozar otras cuestiones, al nuevo régimen de comunicación previa para el acceso a las actividades inocuas y su ejercicio.

Así, tras analizar el marco normativo, desde el inicio de la propia DIRSE pasando por las labores de transposición del Estado español hasta la situación en la Comunidad Autónoma de Galicia, se expondrán las distintas actuaciones municipales llevadas a cabo dentro de las obligaciones de transposición que le competen, con especial incidencia en el nuevo régimen de comunicación previa, todo ello desde la posición de la administración local respecto a las Directivas comunitarias.

## 2 La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior

El Tratado de la Comunidad Europea consagra, ya desde 1957, tanto la libertad de establecimiento, actual artículo 43, como la libertad de circulación de servicios, actual artículo

* RELACIÓN DE ABREVIATURAS	
AAVV	Autores varios
AGE	Administración General del Estado
AAPP	Administraciones Públicas
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Comunidades Autónomas
COSITAL	Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local
CUNAL	Revista de Estudios Locales
DIRSE	Directiva de Servicios
DOUE	Diario Oficial Unión Europea
EELL	Entidades Locales
FEMP	Federación Española de Municipios y Provincias
FEGAMP	Federación Gallega de Municipios y Provincias
IMI	Sistema de Información del Mercado Interior
LAE	Ley de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos
LES	Ley de Economía Sostenible
LLAASE	Ley de Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio
LRBRL	Ley Reguladora de las Bases Régimen Local
LRJ-PAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
RIIG	Razón imperiosa de interés general
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

49. En aplicación de dichos preceptos el Tribunal de Justicia Europeo ha venido eliminando trabas al libre establecimiento y libre prestación de servicios, a consecuencia de los procedimientos de infracción abiertos por incumplimiento de lo establecido en dichas normas, pretendiendo articular un sistema de garantías para la materialización de dichas libertades, al tiempo que ha ido dotando de contenido dichas libertades<sup>1</sup> en una encomiable labor interpretativa, si bien algunos autores como JIMÉNEZ ASENSIO sostienen que dicha jurisprudencia se configura como de gran importancia, puesto que supone la aplicación directa, y por tanto el reconocimiento del efecto directo de las previsiones del TCE, de las libertades comunitarias sin necesidad de que deban ser desarrolladas por norma comunitaria derivada para anudar a las mismas tales efectos<sup>2</sup>. No obstante, a efectos de garantizar dichas libertades se procedió a la aprobación de la DIRSE, según texto aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo, y publicado en el DOUE el 27 de diciembre de 2006, entrando en vigor al día siguiente.

No cabe duda de que la principal revolución producida en el panorama administrativo por la DIRSE es la que se deriva del cambio de régimen para el acceso al ejercicio de actividades de servicios<sup>3</sup>, frente al tradicional régimen de la autorización como técnica estrella de control preventivo, que permite el ejercicio de un derecho o facultad que ya pertenece al administrado<sup>4</sup>. Se cambia el régimen de control “ex ante” por un régimen de control “ex post”, se generaliza el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, configurando el régimen de autorización previa como una excepción sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos de proporcionalidad, necesidad y no discriminación y al correspondiente proceso de evaluación.

No obstante, las novedades introducidas por la DIRSE van más allá del cambio de modelo de intervención para el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, pudiendo concretar otras tres cuestiones nucleares: ventanilla única de servicios, calidad de los servicios y cooperación administrativa.

- Ventanilla única de servicios (VUDS): se configura como una ventanilla única virtual a través de la cual debe proporcionarse a consumidores y prestadores de servicios

1 Sobre ambas libertades pueden verse BORRAJO INIESTA, I. “Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma” en el Tomo II del Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Ed. Civitas, Madrid, 1986. Directores GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. y MUÑOZ MACHADO, S.; PELLICER ZAMORA, R. C. “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, en ILLESCAS, R. y MOREIRO, C. J. Derecho Comunitario Económico, Vol. I, Las Libertades Fundamentales, Madrid, Colex, 2001.

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

3 Sobre el cambio que se produce en el ámbito del derecho administrativo y la europeización del derecho público y especialmente el derecho administrativo, mediante la DIRSE y la facultad del derecho comunitario para provocar el cambio en figuras con tanto arraigo en nuestro derecho como la autorización, puede consultarse VELASCO CABALLERO, F., JENS-PETER SCHNEIDER (Coords.): “La unión administrativa europea”, Marcial Pons, Madrid, 2008.

4 El concepto de autorización se construyó dogmáticamente desde dos perspectivas diferentes. Por una parte, MAYER puso el acento sobre la descripción del mecanismo sobre el que la autorización actúa, como acto administrativo que levanta la prohibición preventivamente establecida por la norma de policía, previa comprobación de que el ejercicio de la actividad no ha de producir en el caso concreto perturbación alguna sobre el buen orden de la cosa pública. De otra parte, RANELLETTI situó el centro de gravedad de la autorización en la preexistencia en el sujeto de un derecho subjetivo, cuyo libre ejercicio permite la autorización removiendo los límites establecidos a dicho ejercicio. Cfr. PARADA VAZQUEZ, R. “Derecho administrativo I”, Marcial Pons, Madrid, 1994. Sobre la técnica de la autorización puede verse también GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Curso de Derecho Administrativo II”, 4<sup>ª</sup> edición, Civitas, 1997, en el que apunta ya la problemática del concepto clásico de autorización y su crisis actual, en el que tras señalar que “La intervención de la Administración por vía de consentimiento del ejercicio de la actividad se configura siempre como requisito necesario de dicho ejercicio que, de otro modo, o bien no podría desplegarse válidamente, o bien se vería privado de efectos jurídicos.” apuntaba ya que “La crisis del esquema tradicional se ha hecho especialmente aguda a partir del momento en el que, rebasando el ámbito propio del orden público, en su triple dimensión, comprensiva de la tranquilidad, seguridad y salubridad ciudadanas, en función del cual fue pensado dicho esquema, la autorización se ha visto trasplantada al complejo campo de las actividades económicas, en el que se le hace jugar sistemáticamente un pape que no se reduce ya al simple control negativo del ejercicio de derechos, sino que se extiende a la regulación misma del mercado, con el propósito decidido de orientar y encauzar positivamente la actividad autorizada en el sentido de unos objetivos previamente programados o al menos, implícitamente definidos en las normas aplicables.”



toda la información para acceder o ejercer una actividad de servicios en cualquier Estado miembro.<sup>5</sup>

- Calidad de los servicios: mediante este objetivo se refuerzan los derechos y la protección de los consumidores, ya que las restricciones a la libre circulación de servicios afectan no sólo a los prestadores sino también a los destinatarios, mediante múltiples obstáculos que entorpecen la utilización de los servicios por aquéllos.
- Cooperación administrativa: Para asegurar un control más eficiente de los prestadores y los servicios, se han puesto en marcha mecanismos de cooperación reforzada entre todas las Administraciones Públicas de todos los Estados miembros, entre los que destaca el sistema de información del mercado interior (sistema IMI)

### 3 Transposición en el ámbito estatal

El legislador español ha optado por un sistema de transposición que no ha suscitado la aprobación de todos los interlocutores afectados en dicha labor, pues si bien parece haber optado por una transposición horizontal y vertical mediante la aprobación de dos normas, importantes sectores como el del comercio han quedado fuera del ámbito de aplicación de dichas normas, requiriendo la aprobación de una norma específica, al tiempo que el retraso en su aprobación ha generado un panorama de inseguridad jurídica en los distintos ámbitos territoriales y profesionales. No obstante, a continuación abordaremos principalmente las dos normas de transposición: Ley 17/2009<sup>6</sup>, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 25/2009<sup>7</sup>, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ya conocidas respectivamente como “Ley Paraguas” y “Ley Ómnibus”<sup>8</sup> y la reciente Ley 2/2011<sup>9</sup>, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, a través de cuya regulación se introducen, también a modo ómnibus, sustanciales novedades derivadas de la DIRSE.

#### 3.1 La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su ejercicio

Respecto a la técnica legislativa utilizada para la elaboración de esta norma y que le valió la ya conocida denominación de “Ley Paraguas”, ha sido la de una norma de carácter horizontal, en la que se limita en gran medida a reproducir, con algunas adaptaciones, el contenido de la propia DIRSE, a modo de “paraguas” que permitiera dar cobertura a las labores de transposición del Estado español en la ordenación de todo el sector, por su carácter abierto, por encontrarnos ante una ley de principios y bases regulatorias. Entrando

5 El cumplimiento de los objetivos fijados en la VUDS está directamente relacionado con el desarrollo e implantación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y la materialización de los derechos recogidos en su artículo 6, como concreción del derecho genérico de los ciudadanos a relacionarse con las AAPP por medios electrónicos.

6 B.O.E. N.º 283, de 24 de noviembre de 2009.

7 B.O.E. N.º 308, de 23 de diciembre de 2011.

8 El Consejo de Estado en su Dictamen 99/2009, aprobado el 18 de marzo de 2009, sobre el Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios ya señalaba respecto a la forma de transposición “*Ahora bien, aún cuando el método de transposición por el que se ha optado no resulta en sí mismo objetable, no se puede dejar de señalarse que esta peculiar forma de incorporación del derecho comunitario a nuestro ordenamiento puede provocar ciertas distorsiones, tanto desde la perspectiva de la transposición misma de la Directiva, como desde la de su incidencia en nuestro Derecho interno. Ante todo ha de tenerse en cuenta que la disposición proyectada es una disposición con escasa virtualidad normativa y que no despliega plenamente sus efectos, pues las disposiciones incompatibles con alguna de sus previsiones mantendrán su vigencia hasta que sean adaptadas a ellas o derogadas (...). Para continuar en clara referencia a la necesidad de dictar una norma específica de transposición, como luego sería la Ley 25/2009, “Consecuencia de todo ello es que este anteproyecto únicamente supone, según ha quedado apuntado, un primer paso en el proceso de transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva de Servicios, que deberá ir seguido de una secuencia de modificaciones normativas con las que se garantice la eliminación efectiva de los obstáculos y restricciones al libre establecimiento y a la libre circulación de servicio”.*

9 B.O.E. N.º 55, de 5 de marzo de 2011.

en el contenido de la LLAASE, debemos detenernos en la Exposición de Motivos cuando nos señala su finalidad de reducir trabas a la libertad de empresa, en lo que afecta al acceso y ejercicio a las actividades de servicio y, asimismo, proporcionar *“un entorno más favorable y transparente a los agentes económicos que incentive la creación de empresas”*. Como objetivo adicional se fija la simplificación de procedimientos y el fomento de un *“nivel elevado de calidad en los servicios”*, mediante la promoción de *“un marco regulatorio transparente, predecible y favorable para la actividad económica, impulsando la modernización de las Administraciones públicas (...) y garantizando una mejor protección de los derechos de los consumidores y usuarios de servicios.”*

### 3.2 La 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 Servicios y su ejercicio

Como ya se ha indicado, en el modelo de transposición de la DIRSE al ordenamiento español el legislador había optado por un doble nivel, en este caso la conocida como *“Ley ómnibus”*, denominación que obedece a su heterogéneo contenido, al uso de las *“Leyes de Acompañamiento”*, en el sentido de que la gran cantidad de modificaciones<sup>10</sup> que regula tienen como único denominador común su objeto, la adaptación a la DIRSE, es decir, con un enfoque sectorial en el que se abordan las diversas leyes afectadas por el contenido de la DIRSE y la LLAASE. Como ya se ha indicado, ese enfoque sectorial no incluye la totalidad de las leyes afectadas, como es el caso de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista<sup>11</sup>, por lo que no se comprende la necesidad de utilizar esta técnica tan criticada.

Sin profundizar en el contenido de la ley, que no es objeto del presente estudio, apuntar aquellas normas cuya modificación ha tenido mayor impacto en el ámbito de la administración pública:

- a) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Conviene señalar al objeto que nos interesa la introducción de un nuevo artículo 71 bis, en el que se regulan específicamente las figuras de la declaración responsable y la comunicación previa.
- b) Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico a los servicios públicos.
- c) Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Al margen de otro contenido es de importante trascendencia la modificación del artículo 84, ampliando los medios de intervención de las entidades locales al sometimiento a comunicación previa o declaración responsable, así como sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora en la misma.

### 3.3 La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible

La LES, dictada no como norma específica de transposición y siguiendo la referida técnica *“ómnibus”*, constituye, según su propia exposición de motivos una importante para la

<sup>10</sup> Se modifican 48 leyes estatales en las siguientes áreas: administración pública (3), consumo (1), servicios profesionales (3), empleo (4), servicios industriales y construcción (6), energía (3), transporte y comunicaciones (8), medioambiente y agricultura (12), sanidad (3), propiedad intelectual (1), otras (4).

<sup>11</sup> Dicha modificación se llevó a cabo por la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, BOE número 53, de 3 de marzo. En su Exposición de Motivos justifica la reforma de forma independiente y separada de las demás normas con rango de ley, entre otros motivos, por la extraordinaria importancia del sector de que se trata, más acusada si cabe en la actual coyuntura económica y por la complejidad de la distribución competencial en la materia, lo que motiva que se trate de alcanzar el máximo consenso posible tanto con las Comunidades Autónomas como con los operadores comerciales.



“Estrategia para una Economía Sostenible”, al abordar, de un modo transversal y con alcance estructural, muchos de los cambios requeridos para la consecución de una economía más competitiva e innovadora. Dentro de dicho objetivo, se ha ocupado también de seguir con el proceso de adaptación del ordenamiento jurídico español a la normativa comunitaria en materia de servicios, promulgando una serie de normas que vienen a completar la modificación que la Ley 25/2009 había iniciado. Así, las modificaciones de mayor calado para las AAPP las encontramos en el Título II “Competitividad”, Capítulo I “Simplificación administrativa”:

- a) Sección I.- De la ampliación del ámbito del silencio positivo.
- b) Sección II. De los supuestos de licencias locales de actividad.

Modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

## 4 Transposición en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia

Dada la complejidad de las labores de transposición, como consecuencia de nuestra estructura territorial y la distribución constitucional de competencias, es conveniente recordar el importante peso que el sector servicios tiene en las competencias autonómicas<sup>12</sup>. Corresponde a las CCAA realizar modificaciones: a) en materias en las que las CCAA han asumido competencias normativas; b) en materias en las que el Estado dicta normativa básica y c) en materias en las que la competencia es exclusiva del Estado pero que están incorporadas al ordenamiento jurídico autonómico mediante una norma autonómica tal y como se señala en el “Informe sobre la transposición de la Directiva de Servicios” de 29 de abril de 2010 en su apartado V.2.3.2. Relativo a las Comunidades Autónomas, disponible a través del Ministerio de Economía y Hacienda.

La transposición en la Comunidad Autónoma de Galicia se ha realizado fundamentalmente a través de dos normas: por una parte la Ley 7/2009<sup>13</sup>, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior de Galicia, específica del sector comercial; y una norma omnibus, la Ley 1/2010<sup>14</sup>, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, transposición que se completará con la Ley 13/2010, de 17 de diciembre, Comercio Interior de Galicia.

Sin perjuicio de abordar posteriormente la normativa autonómica en materia de licencias urbanísticas, en el ámbito de las licencias comerciales tras una primera modificación efectuada en la normativa reguladora de las actividades comerciales por la Ley 1/2010<sup>15</sup>, de 1 de marzo, de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio

12 VIDA FERNÁNDEZ, J. en “La ordenación de las actividades de servicios. Comentarios a la Ley 17/2009”, nos recuerda como el Tribunal Constitucional en su STC 95/2001 señalaba respecto a esta cuestión (F.2) “(...) este Tribunal ha reconocido la competencia autonómica para adoptar las disposiciones necesarias en complemento del derecho comunitario europeo y para ejecutar y aplicar en su ámbito territorial normativa comunitaria siempre que, *ratione materiae*, las Comunidades Autónomas ostenten esa competencia y no rebasen la linde establecida por la normativa comunitaria y la estatal básica o de coordinación (STC 79/1992, de 28 de mayo, [RTC 1992, 79], FF 3 y 6)”.

13 D.O.G. Nº 251, de 28 de diciembre de 2009.

14 D.O.G. Nº 36, de 23 de febrero de 2010. Contra dicha norma fue interpuesto recurso de inconstitucionalidad nº 8260-2010, promovido por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley 1/2010.

15 D.O.G. Nº 249, de 29 de diciembre 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.

Minorista, que, a pesar de recoger en su exposición de motivos la afirmación de que con esa modificación de la regulación comercial minorista se pretendía la adaptación a la DIRSE, en la realidad se limitaba tímidamente a indicar en su artículo 6 que :

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

Menos de un año después, la Ley 13/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior de Galicia, lleva a cabo ya una revisión en profundidad del acceso a las actividades de servicios y, si bien no responde plenamente a las directrices recogidas en la DIRSE, en su artículo 28 establece una referencia al sistema de control posterior que habilita a las entidades locales gallegas para su implantación. De este modo, señala en sus apartados 3 y 4:

3. *En todo caso, las actividades comerciales no sujetas al trámite de incidencia, efecto o impacto ambientales, ni al informe de la consejería titular de la competencia en sanidad, estarán exentas de la obtención de la licencia municipal de apertura o actividad, bastando para el inicio de la misma la presentación de una comunicación previa o declaración responsable.*
4. *Se sujetan únicamente al deber de presentar una comunicación previa, firmada por la persona transmitente y la adquirente, los cambios de titularidad de las licencias de actividad o apertura de establecimientos y actividades comerciales.*

No se entiende por qué esa amplia limitación respecto a las actividades sujetas al trámite de incidencia, efecto o impacto ambiental así como con informes de sanidad, pues nada impediría la sujeción de dichas actividades a un control anterior en lo relativo a dichos extremos, en tanto que una vez obtenida la correspondiente autorización sectorial la apertura de la misma podría someterse a un medio de intervención posterior. Por ello debemos ser muy críticos con la transposición autonómica, tanto por la forma, como por el propio contenido material de la misma, que ha situado a los ayuntamientos gallegos en una especie de limbo jurídico para determinar el régimen aplicable a las actividades inocuas, produciendo como resultado la convivencia de las autorizaciones, bajo forma de licencia, con comunicaciones previas y declaraciones responsables de distinto alcance, cuestión que no es baladí, pues el efecto es justo el contrario al pretendido por la DIRSE, dificultando el cumplimiento de la obligación de contar con procedimientos regulados, claros e inequívocos, objetivos y transparentes, proporcionados al objetivo del interés general y previamente conocidos.

## 5 Transposición en el ámbito local: el ejemplo de Vigo

El ámbito local aparece como el último peldaño en esta materia debido, por una parte, a la necesidad de conocer la normativa de transposición tanto estatal como autonómica, y por otra, dada la escasez de medios materiales y personales con que cuentan los municipios españoles para llevar a cabo su propia tarea de transposición.<sup>16</sup>

### 5.1 Cuestiones generales

Debemos recordar, con carácter previo al análisis de la cuestión, que las EELL si bien gozan de potestad normativa, dicha potestad tiene carácter limitado respecto a la de los poderes

<sup>16</sup> A este respecto resulta de gran interés la consulta del número extraordinario, ya citado, de la Revista de Estudios Locales, julio-agosto 2009, dedicado monográficamente a la “Transposición de la Directiva de Servicios”.



públicos autonómicos y estatales, pues es sólo reglamentaria<sup>17</sup>, lo que las sitúa en clara posición de dependencia respecto al ejercicio de dicha posición, sin perjuicio de que resulta indudable la atribución legal a las EELL de potestad reglamentaria y de autoorganización atribuida ex art.4.1.a) LRBRL, todo ello intrínsecamente relacionado con el régimen de la autonomía local en la configuración que del mismo ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 2 de febrero de 1981 y de 27 de febrero de 1981.

En relación con su posición respecto a la DIRSE y sus obligaciones de transposición, debemos diferenciar dos tipos de normas locales. Por una parte, aquéllas que desarrollan o complementan la normativa estatal o autonómica, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto por dicha normativa en virtud del principio de jerarquía normativa<sup>18</sup>, siendo precisamente este ámbito el más afectado por el retraso de las autoridades estatales y autonómicas en la adaptación. Pero en paralelo, podemos detectar la existencia de una normativa autónoma, que desde la autonomía local, regula distintas cuestiones de servicios afectados, como puede ser la venta ambulante, introduciendo requisitos y procedimientos específicos en el término municipal, que innovan el ordenamiento jurídico y respecto de las cuales las EELL mantienen íntegra su obligación de transposición.

Por lo que respecta a la transposición en el ámbito local, se da la misma dualidad que la anteriormente señalada en el ámbito estatal y autonómico, es decir, ordenanza ómnibus y ordenanza paraguas. Con la técnica de la ordenanza paraguas se realiza una transposición horizontal, incorporando los preceptos de la Directiva a modo de grandes principios o mandatos generales que tendrá que sumar detalladamente la normativa municipal. Sobre la necesidad o no de realizar esa incorporación de los principios comunitarios a la normativa municipal, podemos hablar del "efecto directo" de las Directivas, resultando necesario citar las Sentencias del Tribunal Constitucional de 8 de marzo y de 22 de abril de 1993, según las cuales, no existe una competencia específica de transposición de las Directivas Europeas, por lo que la ejecución del Derecho comunitario corresponderá a quien ostente la competencia de la actividad o norma afectada por la Directiva, tal y como señala la propia Directiva cuando remite al derecho interno las cuestiones de competencia. Asimismo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 2 de junio de 2005 (Koppensteiner GmbH) pone de manifiesto que cuando una norma comunitaria establece previsiones que son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar frente a una institución pública, el órgano jurisdiccional competente debe inaplicar las normas nacionales que impidan el cumplimiento de lo dispuesto en una determinada Directiva,<sup>19</sup> en relación con el posible efecto directo de las Directivas,

17 El Tribunal Constitucional en su Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, sobre la Ley 7/1985 establece en su fundamento jurídico sexto "... en lo concerniente a la organización municipal, el orden constitucional de distribución de competencias se funda en el reconocimiento de tres ámbitos normativos correspondientes a la legislación básica del Estado (Art. 149.1.18 de la Constitución), la legislación de desarrollo de las Comunidades Autónomas según los respectivos Estatutos y la potestad reglamentaria de los Municipios, inherentes esta última a la autonomía que la Constitución garantiza en su Art. 140".

18 Nuestro sistema jurídico de fuentes del Derecho parte de la necesaria existencia de una jerarquía entre los diversos instrumentos normativos, jerarquía que plasma nuestro texto constitucional en su artículo 9. El propio artículo 1.2 del Código Civil recoge las consecuencias para la infracción de dicho principio, estableciendo que "Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior", tras enumerar en el párrafo anterior las fuentes del ordenamiento jurídico español, "la ley, la costumbre y los principios generales del derecho", de lo que se infiere la nulidad de aquellas formas reglamentarias locales que vulneren una norma de superior jerarquía. EMBID IRUJO, A. "Ordenanzas y reglamentos municipales" "Tratado de Derecho Municipal I" AAVV, dirigido por MUÑOZ MACHADO, S.

19 El artículo 189.3 del Tratado de la Comunidad Económica Europea se limita a decir: "La Directiva vincula a los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado a alcanzar, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios." Sobre el efecto directo de las Directivas podemos consultar la jurisprudencia comunitaria: Asunto 6/64: Costa/ENEL, Recopilación 1964, 1251, naturaleza jurídica del Derecho comunitario, aplicabilidad directa y primacía del Derecho comunitario; Asunto 41/74: van Duyn, Recopilación 1974, 1337, efecto directo de las directivas. ALONSO GARCÍA, R. "Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", Civitas, Madrid 2006.

pero en el caso que nos ocupa parece oportuno contar con normativa propia de transposición para posibilitar los derechos concretos que deben materializarse. No obstante, no son pocas las EELL que han optado por el sistema de ordenanza ómnibus, tras la revisión de toda la normativa local.<sup>20</sup>

En esa misma línea se pronuncia el Manual práctico de evaluación para las Entidades Locales elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda y el Ministerio de Política Territorial en colaboración con la FEMP y COSITAL, con la finalidad de ayudar a las Entidades Locales a adaptar su normativa a la Directiva de Servicios, cuando señala:

*“En esta tarea en la que las Autoridades españolas se ven inmersas para llevar a cabo la aplicación del anteproyecto de ley, las Entidades Locales tienen un papel especialmente relevante puesto que ellas son las autoridades competentes en gran parte de la normativa afectada. De hecho, la Ley de Bases del Régimen Local al atribuir en su artículo 4 apartado 1a) el ejercicio de la potestad reglamentaria a las Entidades Locales, las convierte en los sujetos obligados a modificar sus propias normas para adaptarlas al Derecho comunitario.”*

Sin perjuicio de la existencia de numerosos sectores afectados por la DIRSE en el ámbito local, serán las licencias de actividad y las autorizaciones para la utilización del dominio público local las que deberán ser objeto de revisión íntegra en sus procedimientos para determinar, a la luz del nuevo marco regulatorio, los cambios que habrán de efectuarse. Todo ello sin perjuicio de la repercusión que tendrá tanto en el ámbito fiscal como urbanístico, a pesar de tratarse de materias inicialmente excluidas por la propia normativa comunitaria.

No cabe duda de que el sector de las licencias de actividad constituye el sector afectado por excelencia dentro del ámbito local, dado el volumen de expedientes existentes en la materia, de ahí que los principales cambios normativos existentes en el ámbito local se hayan concentrado en esta materia. A tal efecto, debemos distinguir entre las licencias de actividad inocuas y las licencias de actividad clasificadas.

En el supuesto de las licencias de actividad inocuas, cuya configuración se lleva a cabo básicamente por exclusión, al tratarse de actividades que potencialmente no van a presentar efectos significativos sobre el medio ambiente o sobre terceros, no parece existir duda sobre la aplicación del cambio de modelo, en el sentido de que, dada su escasa o nula incidencia ambiental, no existe justificación para mantener un régimen de autorización previa, debiendo sujetarse al régimen de comunicación previa o declaración responsable.<sup>21</sup> No obstante, y pese a la aparente unanimidad doctrinal sobre dicha conclusión, hay que precisar que las distintas interpretaciones formuladas por las EELL llevan a que cada ayuntamiento aplique el sistema que tenga por conveniente, y así, en el momento actual, nos encontramos con que en función del lugar donde se quiera ejercer la actividad, el prestador tendrá que tramitar un tipo de expediente u otro, es decir, que se ha creado un escenario de inseguridad jurídica<sup>22</sup>.

20 Esta línea fue la opción escogida por el Ayuntamiento de Madrid con la aprobación de la Ordenanza por la que se adaptan al ámbito de la ciudad de Madrid las previsiones contenidas en la normativa estatal y autonómica de transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

21 CHOLBI CACHÁ, F.A., se plantea la necesidad de fijar, en el caso de declaraciones responsables o comunicaciones previas, de un plazo breve transcurrido el cual el interesado podría dar comienzo al ejercicio de la actividad, plazo durante el cual la Administración podría pronunciarse desfavorablemente sobre la comunicación o declaración presentada en relación con la actividad o requerir al interesado para que procediese a subsanar la documentación defectuosamente presentada, tras lo cual se podría iniciar el ejercicio de la actividad. 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 nos encontraríamos ante una especie de comunicación o declaración con efectos diferidos, debiendo preguntarnos si dilatar en el tiempo sus efectos no contradice el espíritu y letra de la DIRSE.

22 La existencia en nuestro Estado de más de 8.000 municipios, cada uno decidiendo su régimen de transposición, muchos de ellos manteniendo la autorización previa, haría conveniente, a mi juicio, de la adopción de medidas que unifiquen el criterio, evitando la creación de un clima de inseguridad jurídica.



Dentro de las licencias de actividades clasificadas, nos encontramos con aquellas que reciben la consideración de molestas, insalubres, nocivas y peligrosas<sup>23</sup>. Debemos recordar que, según el propio RAMINP, se trataría de aquellas actividades que “produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a las riquezas pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes”, si bien habrá que acudir a la legislación que en cada caso hayan dictado las CCAA.<sup>24</sup> No cabe duda respecto a este tipo de actividades sobre la incidencia ambiental que las mismas tienen, por tanto, la posible concurrencia de una RIIG, si bien dicha incidencia se graduará en función de la gravedad. Una vez fijada dicha premisa habrá que determinar si, para el ejercicio de las actividades denominadas “molestas”, será suficiente la declaración ambiental y posteriormente la comunicación previa o declaración responsable del prestador, pues el principio de control posterior se revela en ese caso como suficientemente eficaz para la consecución de los objetivos perseguidos o si, dada la concurrencia de una RIIG, protección del medio ambiente, se justifica el mantenimiento del régimen autorizador<sup>25</sup>. Podríamos decir que la política de policía administrativa o de intervención en general deben adaptarse a los principios y filosofía dimanante del nuevo marco normativo, especialmente respecto de aquellas actividades que carecen o tienen escasa incidencia ambiental, que constituyen terreno abonado al régimen de control posterior. En la misma línea, el ya citado nuevo artículo 84 bis LRRL, en la redacción dada por la LES, establece que en caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una Entidad local y alguna otra Administración, la Entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia, el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente, por tanto, si el único interés a proteger es el medio ambiente, nada impide en estos casos suprimir el control anterior. Cuestión distinta es si se invocan cuestiones de seguridad pública u orden público, calificadas también como RIIG, distintas a la ya mencionada que podrían justificar su mantenimiento.

## 5.2 Actuaciones genéricas de transposición

La integración del Ayuntamiento de Vigo en el grupo de trabajo<sup>26</sup> constituido en el seno del Ministerio de Política Territorial<sup>27</sup> en julio de 2009, para el impulso de la adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios, determinó el inicio de las actuaciones municipales de transposición. Por Resolución de Alcaldía de fecha 21 de julio de 2009 se procedió a constituir, en la organización municipal, una Comisión Técnica de Adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios, con la finalidad de proceder a la identificación, evaluación y modificación de la normativa municipal que permita su adaptación a la DIRSE. Dicha Comisión, de composición jurídica transversal, procedió al inicio de sus tareas

23 Según la tradicional distinción establecida por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, materia hoy en su mayoría regulada por las CCAA.

24 CANO MURCIA, A. en su obra “El nuevo régimen jurídico de las licencias de apertura”, LA LEY, Madrid, 2010 defiende que en el caso de actividades calificadas genéricamente como medioambientales, debería existir una acción preventiva, sujeta a control a priori, y una acción inspectora, sujeta a control a posteriori, como consecuencia de la previa presentación de la comunicación o declaración responsable.

25 La Disposición Adicional Octava de la Ley 1/2010, relativa a los proyectos que deban someterse a evaluación de impacto ambiental establece una regulación del régimen de declaración responsable o comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio sujeta al RDL 1/2008, de 11 de enero, de impacto ambiental de proyectos o la normativa autonómica de desarrollo al decir que “la declaración responsable o la comunicación no podrán presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite”.

26 Dicho grupo estaba formado por interlocutores únicos de los distintos Departamentos Ministeriales, de cada una de las Comunidades Autónomas y de la FEMP, así como un grupo representativo de 28 municipios de gran población.

27 Considerando la Presidencia de la Unión Europea por el Estado español durante el primer semestre del año 2010 se decidió que serían dichos ayuntamientos los que serían objeto de estudio para determinar el cumplimiento de las labores de transposición en el ámbito local.

y, tras un trabajo exhaustivo por parte de sus componentes, se realizó un primer análisis cuyos resultados fueron puestos en conocimiento de la Junta de Gobierno Local, en sesión de fecha 24 de agosto de 2009, para su comunicación al Ministerio de Política Territorial.

Como continuación de estos trabajos de adaptación se realizó una propuesta de dos proyectos normativos y, como consecuencia de la misma, el Pleno del Ayuntamiento de Vigo adoptó, en sesión ordinaria de fecha 30 de noviembre del año 2011, acuerdo de aprobación de sendas ordenanzas en cumplimiento del mandato de transponer la DIRSE en su ámbito territorial.

Las ordenanzas objeto de aprobación seguían, por una parte, el modelo de la ley paraguas<sup>28</sup>, *“Las ordenanzas objeto de aprobación seguían, por una parte, el modelo de la ley paraguas<sup>29</sup>”*, constituyendo así una norma horizontal en la que quedaban recogidos los principios previstos en la norma comunitaria, que debían guiar la regulación municipal de las actividades de servicios, no sólo en el momento de su entrada en vigor, sino también en el futuro y, por lo tanto, en las propuestas regulatorias que en lo sucesivo pudieran impulsarse. Todo ello, sin perjuicio de que, tras la aprobación de la referida ordenanza, una vez públicas y en vigor las adaptaciones legislativas efectuadas por Estado y Comunidad Autónoma, no fuera necesaria la realización de modificaciones normativas específicas. Es decir, el Ayuntamiento de Vigo optó, por evidentes razones de prudencia y seguridad jurídica, por esperar a la promulgación de la correspondiente normativa, tanto estatal como autonómica, en base al principio de jerarquía. Asimismo, en dicha sesión plenaria fue objeto de aprobación la *“Ordenanza específica de adaptación básica de la tramitación de licencias urbanísticas y medioambientales”<sup>30</sup>*, en la que se procede a una regulación parcial de los procedimientos regulados por el ámbito normativo del Plan General de Ordenación de Vigo, estableciendo una serie de medidas de simplificación administrativa.

Entre otras actuaciones y dentro del ámbito plural que constituye el objeto de la DIRSE, el Ayuntamiento acordó su integración en la Ventanilla Única de la Directiva de Servicios (VUDS), así como en el sistema IMI o la integración en el Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios<sup>31</sup>.

### 5.3 Nuevo régimen para el ejercicio de actividades inocuas

Como consecuencia de la nueva regulación autonómica en materia de actividades comerciales el Ayuntamiento de Vigo, dentro de un proyecto más ambicioso, comenzó el proceso para la aplicación de un nuevo régimen en materia de actividades inocuas.

<sup>28</sup> En aquel momento todavía proyecto de ley que incluía en su disposición final cuarta una advertencia sobre el incumplimiento de las obligaciones de transposición al establecer que *“Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquélla, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1988, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social”*.

<sup>29</sup> B.O.P. nº 46, de 9 de marzo de 2010.

<sup>30</sup> B.O.P. Nº 77, de 26 de abril de 2010..

<sup>31</sup> La creación de dicho Comité viene establecida por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 17/2009 que dispone: *“ Para facilitar la participación de las Administraciones Públicas en el proceso de transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2006/123/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y en el marco de lo establecido en el artículo 5, apartados 1 y 7, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se crea un comité de cooperación multilateral, del que formarán parte la Administración General del Estado, las Comunidades y Ciudades Autónomas y representantes de la Administración Local. Este Comité tendrá como objeto facilitar la cooperación para la mejora de la regulación de las actividades de servicios y, en particular, el seguimiento y la coordinación de las actuaciones que se lleven a cabo en las diferentes administraciones para la correcta transposición de la directiva”*



### 5.3.1 Génesis

Más allá de la sustitución del control anterior por el control posterior, la DIRSE, así como la normativa de transposición tanto estatal, como autonómica y local, contienen un mandato de simplificación administrativa y, para ello, las Administraciones Públicas deberán revisar los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios con el objeto de impulsar dicha simplificación.

Dentro de dicha línea de simplificación, el Ayuntamiento de Vigo, en septiembre de 2010, procedió a la aprobación de un "Programa de Mejora de Procesos" de intervención limitada a aquellos servicios más sensibles a las demandas ciudadanas y que permitan obtener, con carácter inmediato, un elevado nivel de calidad en la prestación de servicios. En dicho sentido, y a efectos de proceder a una significativa reducción de cargas administrativas, deberán eliminarse aquellas obligaciones innecesarias o repetitivas, proceder a eliminar o simplificar los trámites duplicados, simplificación documental, sustitución del régimen de autorización por comunicación previa u otros.

De dichos ámbitos de intervención abordaremos el relativo al ejercicio de actividades inocuas y actividades de escasa incidencia ambiental, puestos en relación con las condiciones necesarias para el ejercicio de las actividades en el término municipal. Dicha iniciativa representa una importante reducción de cargas administrativas<sup>32</sup> desde la óptica de la sustitución del control anterior a control posterior, si bien combinada con la defensa del interés general, que supone una oportunidad para los emprendedores, especialmente para el sector pymes.

### 5.3.2 Régimen de comunicación previa

Como consecuencia de PMP se constituyó, en el seno de la Gerencia Municipal de Urbanismo<sup>33</sup> un grupo de trabajo sectorial con la finalidad específica de adaptación de los procedimientos de tramitación de licencias de actividad a la normativa europea y al establecimiento de medidas urgentes tendentes a la simplificación administrativa que redunden en un incentivo a la actividad económica y empresarial.

Tras llevar a cabo un análisis de otras experiencias municipales y de la propia sistemática de trabajo por resoluciones del Delegado de Urbanismo y Vivienda<sup>34</sup> se procedió a la aprobación, tomando como base la propuesta formulada por el grupo de trabajo, del régimen de comunicación previa, tanto para el ejercicio de actividades inocuas, relacionadas en el catálogo anexo, cambio de titularidad de las licencias de actividad o apertura de establecimientos y actividades comerciales, así como actividades e instalaciones eventuales y desmontables. Se fijaba en las referidas resoluciones municipales, en atención al significativo cambio que se introducía, la publicación de dichas resoluciones en el Boletín Oficial de la Provincia y en la sede electrónica del Ayuntamiento al objeto de conseguir el objeto de máxima información y transparencia.

Para el mandato recogido en toda la normativa citada de asegurar la efectividad de los principios de libre establecimiento de los prestadores de servicios y libre prestación de

32 El método simplificado de medición de cargas administrativas y de su reducción aprobado por el Ministerio de Administraciones Públicas como sistema compartido de las Administraciones Públicas y basado en el Modelo de Costes Estándar (MCE), cuantifica el establecimiento de respuesta inmediata en un procedimiento en el importe de 200 €.

33 La gestión urbanística en el Ayuntamiento de Vigo se realiza a través del Organismo Autónomo Municipal "Gerencia Municipal de Urbanismo", creado por acuerdo plenario de fecha 29 de julio de 1996. (Estatutos publicados en el BOP n.º 193, de 6/10/2010).

34 Boletín Oficial de la Provincia n.º 130, de 7 de julio de 2011.

servicios, es clave la aplicación del principio de proporcionalidad, principio positivizado en el artículo 5.c) LLAASE siguiendo fielmente la regulación de la DIRSE, de tal modo que la elección del medio de intervención en la actividad de los administrados en materia de servicios ha de garantizar LLAASE siguiendo fielmente la regulación de la DIRSE, de tal modo que la elección del medio de intervención en la actividad de los administrados en materia de servicios ha de garantizar *“que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz”*. Conscientes en el ámbito municipal de la obligación de la administración de elegir el medio menos gravoso para el prestador de servicios, y puestas en valor las ventajas y desventajas que ofrecían las técnicas de *“declaración responsable”* y *“comunicación previa”*, se decidió en el seno de la organización municipal que la elección de la técnica de la comunicación previa respondía mejor a conjugar dicho principio y la protección del interés general, dada la posibilidad de exigir la presentación de cuanta documentación se considere necesaria para acreditar estar en posesión de los requisitos legalmente previstos.

En relación con dicho proceso la primera pregunta que se debe responder es por qué se ha optado por el sistema de *“comunicación previa”* frente al sistema de declaración responsable, y la respuesta a dicha cuestión es la consideración, a nuestro juicio, de la comunicación previa como un<sup>35</sup> medio de intervención más garantista para el interés general. Partiendo de la óptica de la implantación de un cambio de modelo radical frente al anterior, así como de la necesidad de conjugar el respeto a las libertades de establecimiento y prestación de servicios con la defensa del interés general, tras un estudio en profundidad de la definición que de ambas figuras lleva a cabo en el artículo 71 bis<sup>36</sup>, ésa ha sido la conclusión a la que se llegó para su puesta en funcionamiento, partiendo de la posibilidad de combinar dichas figuras.

La declaración responsable<sup>37</sup> se configura como documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Sin embargo, la comunicación previa<sup>38</sup> es aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1 LRJ-PAC<sup>39</sup>.

35 LOZANA CUTANDA, B. *“Ley ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa”*, Diario La Ley, nº 7339, ya concluye que si bien la propia Ley 25/2009 aplica las nuevas figuras en diversos sectores optando por una de ellas en sustitución de la autorización previa, en algunos supuestos se exigen conjuntamente la comunicación previa acompañada de una declaración responsable. No obstante, otros 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 el legislador reserva la comunicación previa a los procedimientos iniciados a instancia de parte y en ellos se limita al inicio del procedimiento.

36 El artículo 3.9 LLAASE contiene asimismo una definición de la técnica de *“declaración responsable”*.

37 Artículo 71 bis apartado 1 LRJ-PAC.

38 Artículo 71 bis apartado 2 LRJ-PAC.

39 Art. 70.1 Ley 30/1992 Las solicitudes que se formulen deberán contener:

- A) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- B) Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.
- C) Lugar y fecha.
- D) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- E) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.



Aunque la diferencia pudiera parecer de matiz, no lo es, pues la declaración responsable sólo habilita a la administración para exigir la presentación de la misma, situando los términos de la relación del ciudadano con aquella en términos de confianza absoluta en el ciudadano, pues no será hasta que la administración proceda a su requerimiento el momento en el cual podrá comprobar el cumplimiento de los requisitos necesarios para el acceso a la actividad; en cambio, la comunicación previa habilita a la administración a la exigencia frente al administrado de comunicar los “demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad”, es decir, que acompañando a la comunicación previa se puede exigir la presentación de una serie de documentación complementaria sobre las condiciones determinadas legal y reglamentariamente para el acceso al ejercicio de la actividad<sup>40</sup>.

La presentación de la comunicación se realiza en modelo normalizado accesible y público a través de la página web<sup>41</sup>, y al mismo se incorpora una declaración responsable comprensiva de distintos compromisos relativos, entre otros, al cumplimiento de las condiciones relativas a instalaciones eléctricas, maquinaria, instalaciones de climatización, así como los requisitos exigibles en materia de accesibilidad, medidas higiénico-sanitarias, tratamiento de residuos, al tiempo que compromisos de carácter genérico sobre la disponibilidad de licencia de primera ocupación, autorizaciones sectoriales o cumplimiento íntegro de la normativa municipal y la presentación de la documentación íntegra, así como la reproducción de lo preceptuado en el artículo 71 bis, apartado 4<sup>42</sup>.

El hecho de incluir dichas declaraciones permite que en el momento de presentación de la documentación se realice una verificación formal sobre la integridad de la documentación presentada, de tal modo que, de no verificarse positivamente dicha integridad, no sea aconsejable la presentación de la misma, pues de la combinación de las declaraciones anteriormente referidas nos encontraríamos con una falsedad en la presentación de la misma, ya que su presentación exige la manifestación de acompañar toda la documentación preceptiva.

Asimismo, en función de la actividad a desarrollar deberá adjuntarse la documentación complementaria que en el mismo se señala.

La determinación de aquellas actividades que podrían ser objeto de control posterior mediante la presentación de comunicación previa se contiene en el propio modelo normalizado para su general conocimiento, y se concretan en las siguientes

1. Comercio alimentario
  - 1º. Establecimientos de productos alimenticios no perecederos y envasados hasta 400 m<sup>2</sup>.
2. Otras actividades de servicios:
  - 2.a) Almacenes con una carga de fuego de hasta 40.000 Mjoulas hasta 300 m<sup>2</sup> (salvo productos químicos, farmacéuticos, combustibles, lubricantes, fertilizantes, plaguicidas, herbicidas, pinturas, barnices, ceras o neumáticos).

40 Los modelos aprobados y accesibles en la página web recogen para cada uno de ellos la documentación complementaria exigible.

41 El apartado 5 del artículo 71 bis impone a las Administraciones Públicas la obligación de mantener permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica.

42 La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o una comunicación previa o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

- 2.b) Establecimientos comerciales (tiendas de ropa o boutiques, mercería, objetos de regalo, bisutería o similares) con una superficie de hasta 400 m<sup>2</sup>.
- 2.c) Talleres de reparación de relojes, joyas, calzados, llaves, pequeña maquinaria, electrodomésticos y similares, con una superficie de hasta 200 m<sup>2</sup>, sin maquinaria específica.
- 2.d) Oficinas bancarias con una superficie de hasta 200 m<sup>2</sup>.
- 2.e) Oficinas administrativas con una superficie de hasta 200 m<sup>2</sup>.
- 2.f) Agencias de viajes, inmobiliarias, aseguradoras, con una superficie de hasta 200 m<sup>2</sup>.
- 2.g) Academias no regladas, salvo las de música, cante o baile, con una superficie de hasta 200 m<sup>2</sup>.
- 2.h) Estudios fotográficos con una superficie de hasta 200 m<sup>2</sup> y sin revelado.
- 2.i) Servizo de copistería, cunha superficie de ata 200 m<sup>2</sup>, sen imprenta.
- 2.j) Cambios de uso entre cualquiera de las actividades anteriormente indicadas.

La determinación de las actividades incluidas en el catálogo se lleva a cabo en función de diversos parámetros que son el resultado de la incidencia de diversa normativa sectorial en la materia, así como del propio planeamiento municipal. No obstante, la mayor limitación que nos encontramos viene dada, una vez más, por la normativa autonómica en la materia, que no ha sido objeto de modificación para su adaptación a la DIRSE. El Decreto 133/2008<sup>43</sup>, de 12 de junio, por el que se regula la evaluación de incidencia ambiental en su Anexo III, en el que se recogen las actividades excluidas del procedimiento de evaluación de incidencia ambiental<sup>44</sup>, establece en su apartado 3 que tan sólo serán excluidas aquellas actividades de comercio “polo miúdo”, excepto los vehículos de motor, motocicletas y ciclomotores; reparación de efectos personales y aparatos domésticos, siempre que la potencia mecánica instalada no supere los 15 kW y su superficie no supere los 400m<sup>2</sup>. Es decir, a “sensu contrario”, todas aquéllas cuya potencia mecánica instalada supere los 15 kw, o cuya superficie supere los 400 m<sup>2</sup>, sí estarán sujetas a procedimiento de evaluación ambiental y por tanto excluidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.4 de la Ley 13/2006, de la aplicación del control anterior.

En cuanto al rediseño del procedimiento efectuado, el siguiente esquema es significativo de la simplificación administrativa efectuada:

PROCEDIMIENTO ANTERIOR	PROCEDIMIENTO ACTUAL
Solicitud licencia actividad	Presentación comunicación previa
Informe técnico	Inicio de actividad
Informe jurídico	
Propuesta resolución	
Dictamen Consejo XMU	
Resolución de otorgamiento	Plazo: Inmediato
Plazo medio de resolución: 1-3 meses	(sin perjuicio de la suspensión derivada de las comprobaciones)

43 DOG n<sup>o</sup> 126, de 1 de julio de 2008. Debemos recordar que tal y como señala la Exposición de Motivos los grados de intervención en las actividades con repercusión medioambiental se articulan en evaluación de impacto ambiental, de efectos ambientales y de incidencia ambiental.

44 No obstante, la posible incidencia ambiental de la actividad no debería constituir por sí misma un obstáculo al ejercicio de la actividad mediante medios de intervención “ex post”, pues dicha posibilidad ya se preveía en la propia Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, al disponer en su Disposición Adicional Octava “Proyectos que deban someterse a evaluación de impacto ambiental” que “Cuando, de acuerdo con esta ley, se exija una declaración responsable o una comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y una evaluación de impacto ambiental, conforme al texto refundido de la Ley de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, o a la normativa autonómica de desarrollo, la declaración responsable o la comunicación no podrá presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite”, es decir permite la conjugación de la protección del medio ambiente con el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.



También hay que destacar que ha sido objeto de normalización la comunicación previa para la transmisión de las licencias de actividad, cuya presentación bajo la fórmula de comunicación ya venía establecida por el RSCL, pero que se sujeta a resolución administrativa.

### **5.3.3. Licencias sujetas a procedimiento simplificado**

Junto con la implantación del sistema de comunicación previa el proyecto municipal incluía medidas específicas de simplificación administrativa en materia de servicios, medidas que significativamente se concretan en lo que se ha denominado "Licencias sujetas a procedimiento simplificado".

Así, con la presentación de la solicitud de licencia sujeta a procedimiento simplificado, y tras la verificación formal sobre la integridad de la documentación adjunta a la misma, se hace entrega al ciudadano de un justificante de dicha presentación. Este justificante contiene la esencia misma del procedimiento, al señalar expresamente que la presentación de la solicitud de licencias sujetas al procedimiento simplificado permite a la persona titular de la misma el inicio de la actividad solicitada transcurrido el plazo de un mes sin recibir notificación en sentido contrario por parte de la Gerencia de Urbanismo, según lo dispuesto en el artículo 42 de la LRJ-PAC, sin perjuicio de contener, asimismo, la advertencia de que en ningún caso podrán llevarse a cabo actividades que no se ajusten a los parámetros y características solicitadas, ni que contravengan las normas o usos establecidos en la legislación y normativa urbanística aplicable.

Así pues, el núcleo fundamental del procedimiento radica en la celeridad en la tramitación del procedimiento así como en la certeza para el ciudadano de que si transcurrido un mes no ha recibido comunicación municipal puede contar con el reconocimiento del derecho solicitado.

En cuanto a la relación de actividades de servicios consideradas *inocuas, sujetas al procedimiento simplificado*, son las siguientes:

- 1.a) Almacenes con carga de fuego hasta 125.000 Mjoulas y superficie hasta 500 m<sup>2</sup> (salvo productos químicos, farmacéuticos, combustibles, lubricantes, fertilizantes, plaguicidas, herbicidas, pinturas, barnices, ceras o neumáticos).
- 1.b) Cristalería, talleres de encuadernación y afines, con superficie hasta 400 m<sup>2</sup> y potencia mecánica inferior a 10 V.
- 1.c) Talleres de reparación de relojes, joyas, calzados, llaves, pequeña maquinaria, electrodomésticos y similares con superficie hasta 400 m<sup>2</sup> y potencia mecánica inferior a 10 CV.
- 1.d) Talleres de confección, calzado, marroquinería y similares, con superficie hasta 400 m<sup>2</sup> y potencia mecánica inferior a 10 CV.
- 1.e) Oficinas bancarias y administrativas con superficie entre 200-1000 m<sup>2</sup>.
- 1.f) Agencias de viajes, inmobiliarias, aseguradoras y afines, con superficie entre 200-1000 m<sup>2</sup>.
- 1.g) Academias no regladas, salvo las de música, cante o baile, con una superficie entre 200 y 1000 m<sup>2</sup>.
- 1.h) Estudios fotográficos, sin revelado, con superficie de 200 hasta 1000 m<sup>2</sup>.
- 1.i) Locutorios telefónicos, con superficie de hasta 400 m<sup>2</sup>.

- 1.j) Servicio de copistería, sin servicio de imprenta, con superficie de hasta 400 m<sup>2</sup>.
- 1.k) Cambios de uso entre cualquiera de las actividades anteriormente indicadas.

### **5.3.4. Ejercicio de actividades vinculadas a la ejecución de obras**

No puede escaparse la problemática que subyace respecto a aquellas actividades para cuya puesta en funcionamiento sea necesaria la realización de obras, pues el artículo 22 RSCL<sup>45</sup>, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, mantiene intacta la prohibición de conceder el permiso de obras sin el otorgamiento de la licencia de apertura, si fuera procedente.

Conscientes de 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 fuesen necesarias las obras para el acondicionamiento del local, en cuyo caso será necesaria la referencia explícita a dicho expediente.
- b) Que no fuesen necesarias obras de acondicionamiento, en cuyo caso se suscribirá la declaración responsable en los términos anteriormente indicados.

No obstante, se plantea el difícil encaje del sistema de control posterior en los casos de necesidad de obras, ya que el RSCL hace referencia expresa al otorgamiento de la licencia de apertura, si bien considerando el último inciso de dicho precepto "si fuere procedente" nos permitiría combinar ambas figuras, a reservas de la posible responsabilidad patrimonial que se derivaría en un hipotético caso de realización de obras de acondicionamiento, por entender que la actividad se sujeta al régimen de comunicación previa, si finalmente no se diese dicha circunstancia.

Como hemos señalado ésta, como otras cuestiones, habrán de ser objeto de solución en la normativa municipal reguladora del control posterior, pudiendo implantar en los expedientes de licencia de obras vinculados a establecimientos de características determinadas la emisión de informe sobre la tramitación de la actividad, de tal modo que se garantizasen los intereses del ciudadano a la vez que se salvaguarda el procedimiento.

### **5.3.5. Cuestiones pendientes**

- a) De ámbito local

La aplicación del nuevo régimen abre multitud de interrogantes ante un sistema imperfecto que requiere una regulación específica, toda vez que no debemos olvidar que la LRJ-PAC se remite a la legislación sectorial que en nuestro caso no ofrece mayor cobertura que la señalada. Por ello, ante aquellos temas que en el proceso de puesta en marcha y funcionamiento del nuevo sistema para el acceso y ejercicio de actividades inocuas se han planteado y se siguen planteando, es necesaria la aprobación de una ordenanza reguladora que ofrezca respuestas a la problemática derivada de la aplicación de alguna de las nuevas técnicas de intervención, como puede ser la presentación de la documentación, efectos, régimen sancionador, plan de inspección, entre otros.

<sup>45</sup> Todo ello sin perjuicio de las dudas que ha planteado siempre la competencia del Estado para derogar determinadas normas del Reglamento de Servicios, especialmente en conexión con la doctrina del Tribunal Constitucional afirmada en la sentencia de 21 de marzo de 1997 sobre la constitucionalidad del Texto Refundido de la Ley de régimen de suelo y ordenación urbana de 1992, el Estado no tiene, en aquellas materias sobre las que ha perdido su competencia a favor de las CCAA, ni siquiera la posibilidad de derogar las normas dictadas antes de la constitución de éstas. No debemos olvidar que esta materia en las CCAA ha sido objeto de regulación en normas con rango de ley.



Una vez aprobados los modelos e iniciado el nuevo sistema, se ha procedido a una revisión de la normativa municipal concluyendo la necesidad de dotarse de una nueva norma, fase en la que ahora se está trabajando, con el objeto de proporcionar a la administración municipal y a los ciudadanos las herramientas necesarias para garantizar el correcto funcionamiento en materia de acceso a las actividades inocuas de servicios.

Entre aquellas cuestiones de mayor relevancia que se plantean como consecuencia de la aplicación del nuevo modelo de intervención podemos apuntar, entre otras:

- \_ Obligación de dictar un acto administrativo
- \_ Posición de los terceros<sup>46</sup> frente al ejercicio de estas actividades
- \_ Necesidad de establecer control posterior obligatorio o control posterior aleatorio<sup>47</sup>
- \_ Necesidad de adaptación de las ordenanzas fiscales

#### b) De ámbito autonómico

La legislación autonómica en materia de urbanismo constituye a día de hoy un importante obstáculo para la correcta transposición de la DIRSE sin que existan razones, considerando además la existencia de distintas normativas autonómicas que, previamente a la propia Directiva, ya recogían el control posterior como medio de intervención<sup>48</sup>, que justifiquen dicha resistencia.

La Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, en su Título VI "Intervención en la edificación y uso del suelo y disciplina urbanística", Capítulo II "Intervención en la edificación y uso del suelo", Sección I "Licencias", artículos 194 y siguientes, sujeta a previa licencia municipal, sin perjuicio de las autorizaciones que fueran procedentes, los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo. En cuanto al procedimiento, tras establecer que la competencia para su otorgamiento corresponderá a los municipios según el procedimiento previsto en la legislación de régimen local, señala que para el otorgamiento de la licencia solicitada serán preceptivos los informes técnicos y jurídicos sobre su conformidad con la legalidad urbanística.

Dicha regulación habrá de completarse con el Decreto 28/1999 de 21 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley del Suelo de Galicia, que en su artículo 10 sujeta a previa licencia, sin perjuicio de las autorizaciones, licencias o concesiones que fueren procedentes con arreglo a la legislación específica aplicable, entre otros, los siguientes actos:

*"9. La utilización del suelo para el desarrollo de actividades mercantiles, industriales, profesionales, de servicios u otras análogas.*

*11. La modificación del uso de los edificios e instalaciones en general."*

46 No podemos dejar de recordar que la aparición de los nuevos medios de intervención como actos jurídicos privados con eficacia jurídico-pública sitúa a los terceros en una difícil posición, tanto por su no participación en dichos actos, como por los medios de reacción que pudieran tener frente a los efectos de dichos actos, dada la dificultad para insertarlos en el actual régimen de recursos administrativos y contencioso-administrativos. A este respecto puede 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, sostiene que los mecanismos de control no desaparecen sino que simplemente se transforman, y que las nuevas técnicas de intervención deben garantizar un control efectivo y eficiente que, sin perjuicio de no obstaculizar el libre desarrollo de las actividades de servicios, deben garantizar su sujeción a la normativa y principios exigibles.

48 Decreto legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de urbanismo de Cataluña. Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del suelo y ordenación territorial de Extremadura, entre otros.

Actos que evidentemente están directamente vinculados al acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, requiriéndose por tanto la adaptación de esta normativa a la situación actual. Falta de adaptación que resulta incluso más llamativa por la ausencia de modificación de esta normativa cuando la LOUGA fue objeto de modificación por la Ley 2/2010<sup>49</sup>, de 25 de marzo, de medidas urgentes de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección el medio rural de Galicia, en la cual se abordaban otro tipo de cuestiones.

Evidentemente a sujeción al principio de jerarquía normativa por parte de las Entidades Locales supone un grave obstáculo para poder adoptar, no sea de la administración municipal, decisiones sobre el nuevo modelo de intervención en materia, lo que hay que engadír o ya indicado respecto al Decreto 133/2008, polo que procedería que desde una institución como la FEGAMP o otras de similar índole, se reivindicase la adecuación definitiva de la normativa autonómica a tal fin.

## 6 Conclusiones para una reflexión

Como se ha puesto de manifiesto, la entrada en vigor de la DIRSE ha supuesto una auténtica revolución administrativa, pero a pesar de haber transcurrido ya más de dos años desde que expiró el plazo de transposición todavía son muchas las tareas que es necesario abordar para completar las obligaciones de transposición.

### 6.1 Reformas organizativas

Uno de los principales desafíos que plantea la DIRSE es evitar que la supresión de los controles previos produzca como resultado el descuido de los intereses públicos o la desprotección de los derechos de los usuarios de los servicios. Para ello, es necesario realizar profundas reestructuraciones organizativas en el seno de las AAPP con funciones ejecutivas de control. Reformas que pasan cabalmente por situar efectivos, hasta ahora destinados a las tareas de comprobación documental y realización de controles ex post: la policía administrativa, no debe desaparecer, sino adaptarse en un sentido más favorecedor del crecimiento económico.

La puesta en marcha de este nuevo sistema por sus efectos y complejidad en el cambio de modelo ha exigido la implicación y proactividad por parte del personal implicado en la misma, requiriendo especial dedicación por las responsables de licencias, sin perjuicio de que el funcionamiento del mismo requiere que absolutamente todos los servicios implicados colaboren en la consecución de los objetivos fijados que requieren conjugar los intereses de los prestadores de servicios con el interés público.

### 6.2 Reformas normativas

Dada la distribución constitucional de competencias, resulta fundamental el papel de las Comunidades Autónomas que, ante la atomización municipal, deben convertirse en una herramienta que ofrezca soluciones homogéneas e integrales frente al actual panorama, en el que el prestador de servicios no puede tener garantías de acceso y ejercicio en un mismo ámbito autonómico, reivindicando que dichas administraciones lleven a cabo la-

49 D.O.G. N.º 61, de 25 de marzo de 2010.



bores de homogeneización y normalización del acceso a las actividades de servicios en el ámbito local.

Procede pues que, por parte de las distintas entidades implicadas en la consecución de los objetivos de la DIRSE, tanto las Administraciones públicas, en el ámbito estatal, autonómico y local, así como Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio y demás entidades afectadas, sigan dando cumplimiento a los compromisos adoptados a tal fin. En esa línea se inserta la aprobación del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, en vigor desde el pasado 7 de julio de 2011 en el que el Gobierno, en relación con la obligación impuesta por el artículo 40 de la LES y la nueva redacción del artículo 84 bis LRRL ha procedido a evaluar, en su ámbito competencial, la concurrencia de los motivos que justifican la opción por el sentido desestimatorio del silencio, así como la existencia de referencia a licencias locales de actividad en la legislación estatal<sup>50</sup>. De este modo, la actividad de los ciudadanos podrá desarrollarse en los ámbitos afectados, sin que el eventual retraso en la actuación administrativa se configure como un obstáculo y, a la vez, garantizando que la tutela del interés público en los aspectos fijados por la Ley de Economía Sostenible, se mantiene inalterada.

### 6.3 La ventanilla electrónica: una asignatura pendiente

Como se ha señalado anteriormente, la ventanilla electrónica está directamente relacionada con el principio de simplificación administrativa<sup>51</sup>, en la medida en que facilitará a los prestadores el inicio de actividades mediante la realización de trámites vía telemática, al tiempo que podría facilitar prácticas disuasorias para los prestadores que deseen desarrollar sus actividades en otros Estados miembros, sin perjuicio de que el establecimiento de la ventanilla única no modificará en ningún caso la competencia de la autoridad responsable del trámite o procedimiento.

Asimismo, dicha cuestión está en conexión con la implantación definitiva e integral de la administración electrónica, pues la disponibilidad de medios personales y materiales para llegar al objetivo de la tramitación telemática resulta fundamental para el funcionamiento de la VUDS<sup>52</sup>. Así, gracias a la VUDS, y sin perjuicio de otras ventajas derivadas de su utili-

50 Tras el proceso de evaluación llevado a cabo por parte de los diferentes Departamentos Ministeriales, con el citado Real Decreto-Ley se cumple el mandato de proceder a modificar los preceptos de múltiples leyes, propiciando que en más de un centenar de procedimientos las Administración se vea ahora sometida al régimen del silencio positivo y que desaparezcan las menciones a las licencias locales en los siguientes textos normativos: Real Decreto-Ley 4/2001, de 16 de febrero, de Régimen de intervención administrativa aplicable a la valorización energética de harinas de origen animal procedentes de la transformación de despojos y cadáveres de animales; el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio; la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y control integrados de la contaminación; la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad medioambiental; la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del aire y protección de la atmósfera y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y de la biodiversidad.

51 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. "De la simplificación de la Administración Pública", Revista de Administración Pública, n.º 147, septiembre-diciembre, Madrid 1998, Pág. 27. Dicho autor abordaba ya la cuestión desde el punto de vista de la procedimentalización de la actuación de la Administración, relacionando directamente la misma como exigencia constitucional que tiene su origen en el principio de legalidad.

52 GAMERO CASADO, E. "Los municipios y la ventanilla única de la directiva de servicios" en el monográfico de la Revista de Estudios Locales ya citado [Op. Cit.], nos recuerda que la implantación del procedimiento administrativo electrónico integral requiere de la intervención sobre toda la legislación sectorial que regula procedimientos administrativos especiales, adaptando su estructura a la gestión electrónica para lo cual será necesario llevar a cabo una tarea de rediseño funcional de los procedimientos administrativos con criterios de simplificación administrativa. Ambas cuestiones encajan perfectamente con los objetivos señalados de eliminación de obstáculos para facilitar el libre acceso a las actividades de servicios.

zación, se eliminan las barreras territoriales y se potencia la igualdad entre los ciudadanos de la UE.

## 6.4 Un proceso en evolución

Transcurrido a casi un año desde la puesta en marcha del nuevo sistema, procede hacer una lectura positiva sobre su implantación; lectura positiva gracias a la labor realizada por el personal municipal, sin perjuicio de que en todo momento se ha procedido con las cautelas procedimentales y jurídico-administrativas que se han considerado convenientes.

El enfoque adaptado ha sido en todo momento el de considerar este proceso como un proceso vivo en continua evolución y sujeto a aquellas modificaciones que, por razones de distinto orden, se pudieran estimar convenientes, así como la imperfección del sistema existente con anterioridad. No se nos puede escapar que la sujeción de las actividades a un sistema de control anterior no es un sistema perfecto, como lo ha puesto de manifiesto la acción de protección de la legalidad urbanística, y por tanto, la experiencia en ese campo puede servir de guía para el camino iniciado. Ahora, será la ordenanza reguladora de los medios de intervención la que nos dará las pautas para continuar el proceso iniciado.

## 7 Bibliografía

- AAV "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"
- AAV "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"
- AAV "Tratado de Derecho Municipal I" dirigido por MUÑOZ MACHADO, S., ARANZADI, Madrid, 1988.
- EMBDI 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 del Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Ed. Civitas, Madrid, 1986. Directores E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GONZALEZ CAMPOS y 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. y 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, septiembre-diciembre, 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 y 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 del 30 de marzo al 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.

# Reflexiones en torno a la revisión de oficio de los actos administrativos

MARÍA JESÚS GALLARDO CASTILLO

Catedrática de Derecho Administrativo  
Universidad de Jaén

MARÍA LUISA ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS

Pfra. Contratada Doctora de Derecho Administrativo  
Universidad de Almería

42 Regap

Regap

ESTUDIOS Y NOTAS

**Resumen:** *En este trabajo se intenta matizar y poner fin a algunos mitos que han acompañado la potestad revisoria de las Administraciones públicas: la revisión de oficio que proviene el art. 102 LRJPAC no resulta tan imprescriptible como parece extraerse de su tenor literal y no constituye una acción del particular sino una auténtica potestad administrativa. Por su parte, el art. 103 LRJPAC no es tan garantista como parece desprenderse del precepto, puesto que permite alegar un vicio a quien lo ha provocado, coloca a la Administración autora del acto en una cierta posición de privilegio y desigualdad respecto de los destinatarios del acto, que resulta atentatoria a la seguridad jurídica, puesto que permite a la Administración volver sobre sus actos durante un largo periodo de cuatro años, a diferencia del plazo impugnatorio con que cuentan los interesados. Al propio tiempo, el trabajo analiza las cuestiones atinentes a la legitimación, actuaciones revisables y procedimiento de revisión.*

**Palabras clave:** *Revisión de oficio. Declaración de lesividad. Procedimiento revisorio. Nulidad de pleno derecho. Anulabilidad.*

**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. La revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho. I.1. Algunas consideraciones previas. I.2. Ámbitos subjetivo y temporal. I.3. Ámbito objetivo. II. La revisión de los actos anulables. II.1. La declaración de lesividad como presupuesto procesal de impugnación de los actos anulables declarativos de derechos. II.2. Legitimación. II.3. Ámbito objetivo. II.3.1. Actos revisables por esta vía. II.3.2. Actuaciones no revisables por esta vía. II.4. La justificación de la declaración de lesividad. II.5. Plazo para formular la declaración de lesividad y plazo de duración del procedimiento. III. Límites de la revisión.*



# I La revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho

## I.1 Algunas consideraciones previas

Sabido es que una de las manifestaciones más sobresalientes de la autotutela declarativa es la revisión de oficio de los actos administrativos<sup>1</sup>. Su regulación se encuentra contenida en el Título VII LRJPAC, junto con la declaración de lesividad y la revocación. Sin embargo, estas dos últimas no constituyen manifestación alguna de la potestad revisora de la Administración; no es propiamente un supuesto de revisión de oficio: la lesividad porque abre paso a la revisión jurisdiccional y la revocación, porque, si bien se efectúa de oficio, no es un supuesto de auténtica revisión que requiera fundamentarse en motivos de legalidad, sino en motivos de oportunidad.

Por otra parte, las diferencias entre estas tres técnicas también son notables en cuanto a su objeto y finalidad: La revisión de oficio alcanza a las disposiciones administrativas y a los actos administrativos en general, tanto declarativos como no declarativos de derechos; la declaración de lesividad sólo alcanza a los actos favorables y la revocación, a los actos desfavorables o de gravamen.

## I.2 Ámbitos subjetivo y temporal

La iniciativa para proceder a la revisión de oficio puede partir tanto del particular interesado como de la propia Administración. En principio, pues, ha de reconocerse legitimación para instar y para participar en el procedimiento a todos los afectados, lo que nos remite a las clases y categorías de interesados que se contienen en el art. 31 LRJPAC. Más concretamente, podrán solicitar de las Administraciones públicas el ejercicio de la potestad de revisión de oficio quienes hayan sido destinatarios directos del acto administrativo dictado, pudiendo distinguirse el supuesto de actos favorables y actos desfavorables, si bien en el primer caso es difícilmente imaginable que el favorecido por el acto inste la revisión del mismo, por lo que lo más frecuente será que lo soliciten terceros interesados; en el segundo, una vez recibida la solicitud por la Administración, es ésta la que deberá decidir si procede a la revisión vía art. 102 LRJPAC o por vía de la revocación del art. 105.1 LRJPAC. Y en cualquier caso, en modo alguno será admisible la acción pública por más que se considere que los vicios que dan lugar a la nulidad de pleno derecho son susceptibles de calificarse como de orden público. Se requiere legitimación y ésta sólo la ostentan los interesados en los términos del art. 31 LRJPAC.

Ahora bien, ¿qué es lo que se configura en el art. 102 LRJPAC: una auténtica acción de nulidad y, por tanto, un derecho estricto a todo un procedimiento revisorio o un simple poner en conocimiento de la Administración una presunta nulidad de pleno derecho, pero quedando a su discrecionalidad el impulsar o no el procedimiento revisorio? La respuesta a esta cuestión requiere del análisis previo del ámbito temporal para ejercitarla. El art. 102 LRJPAC dispone que puede accionarse en cualquier tiempo, sin el condicionante, pues, de la eventual prescripción. Sin embargo, y contrariamente a lo que se desprende del tenor literal del precepto, ello no significa que la acción sea imprescriptible o eterna, dado el

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.

límite que aparece en el art. 106 LRJPAC, por cuya virtud “las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”, lo que obviamente resulta de aplicación aún tratándose de actos nulos de pleno derecho, puesto que el carácter imprescriptible de la acción entraña un riesgo evidente para la estabilidad o la seguridad jurídica. Las razones que abonan esta conclusión, según se desprende de las SSTs de 24 de abril (RJ 1993\2863) y de 16 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9747) y de 30 de mayo de 1994 (RJ 1994\4460), son las siguientes:

En primer lugar, la simple contraposición entre acción de nulidad, sin sumisión a plazo, y recurso administrativo sometido a él, implicaría dejar en manos del administrado el someterse a un plazo en la defensa de su interés o, por el contrario, prescindir de todo límite temporal y proceder a la impugnación en cualquier momento, lo que no parece avenirse con una lógica de conjunto del sistema legal. Item más, incluso desde la perspectiva del administrado, interesado en impugnar un acto administrativo que le afecta, resulta en cierto modo forzada la distinción usual entre acción de nulidad y recurso administrativo, pues es indudable que la acción se manifiesta en ambos casos al constituir sendas vías cauces para ejercitar la pretensión impugnatoria. Así, la diferencia real entre acción impugnatoria, ex art. 102 LRJPAC, y la que se encauza a través de los recursos administrativos, se manifiesta más bien por el dato de que en la primera no existe un derecho del administrado a imponer no sólo ya la declaración de nulidad a la Administración sino el acordar el inicio mismo del procedimiento, pues éste y aquélla sólo es consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa, la potestad de revisión de oficio, que es el elemento clave, en cuyo ejercicio no cuenta sólo el interés del accionante y el puro valor de la legalidad del acto impugnado, sino también otros elementos a ponderar por la Administración, dados los límites imperativos del art. 106 LRJPAC. Lo diré de otra manera: en la estructura del art. 102 LRJPAC, el interesado que puede instar la acción de nulidad es uno de los posibles elementos determinantes del ejercicio de la potestad administrativa, pero la clave no se encuentra tanto en la acción de nulidad instada por el interesado cuanto en la potestad misma, de donde puede colegirse que la expresión “en cualquier momento” que utiliza el precepto tiene como referencia y destinataria inmediata a la Administración y no tanto al administrado. ¿Qué se deriva de todo ello? Que, pese a la literalidad de sus términos, el art. 102 LRJPAC no consagra una acción con todas sus consecuencias y con la que, sin limitación de plazo, se pueda forzar a la Administración a declarar la nulidad de pleno derecho de un determinado acto nulo de pleno derecho.

Entonces, ¿qué sentido tiene que el art. 102 LRJPAC mantenga la inveterada expresión “en cualquier momento” que ha abonado la idea de la imprescriptibilidad del ejercicio de esta potestad y de la acción de nulidad? Evidentemente evitar las fatales consecuencias de la inminente caducidad de los breves plazos de interposición de los recursos administrativos, transcurridos los cuales, de no existir esta vía del art. 102 LRJPAC, no cabría corregir las mayores irregularidades cometidas por la Administración en sus actos administrativos por topár para ello con la firmeza del acto.

Ahora bien, junto a ello ha de añadirse otro problema adicional: interpuesto extemporáneamente, un recurso por el que se impugna un acto administrativo en el que se aleguen razones de nulidad de pleno derecho, ¿cabría reconducir la pretensión anulatoria por la vía del art. 102 LRJPAC y, por tanto, admitirlo dada la imprescriptibilidad de la acción o cabría



decretar su inadmisión por su tardía interposición? La Jurisprudencia al respecto es vacilante: la STS de 20 de enero de 1999 (RJ 1999\32) considera, de una parte, absolutamente imprescindible fundamentar la acción en el art. 102 LRJPAC si pretende aprovecharse su imprescriptibilidad, por lo que el recurso interpuesto fuera de plazo habría de entenderlo inadmisibile por extemporáneo. Los términos de la sentencia son tajantes:

“es harto reiterada la jurisprudencia de esta Sala en torno a la necesidad de apreciar la extemporaneidad de los recursos articulados contra una decisión administrativa, siquiera se basen en la supuesta nulidad radical de la misma, a no ser en el caso de que se haya acudido a la vía de instar la revisión del acto viciado a través de la vía que posibilita el artículo 109 de la Ley de 1958. Mientras en este último supuesto no existe plazo perentorio alguno, ya que se otorga una acción para solicitar que la Administración inicie el procedimiento revisorio, lo siga por todos sus trámites y lo concluya por medio de una decisión -favorable o adversa a la nulidad- que podrá dar lugar a la interposición del recurso contencioso judicial, en el caso de intentarse la vía judicial directa contra el acto supuestamente nulo, está obligado el impugnante a atenerse a los plazos legales de interposición de los recursos que pretenda ejercitar, sin que le dispense de ello la absoluta falta de validez del acto. Así lo han venido declarando las Sentencias de este Tribunal, entre las que merecen ser recordadas las de 25 de marzo y 27 de julio de 1992 (RJ 1992\3391 y RJ 1992\6177), y en los últimos tiempos la de 2 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10266)”.

Por contra, la STS de 26 de octubre de 2001 (RJ 2001\ 9208) entendió, que en aplicación del art. 110.2 LRJPAC, podía entenderse instada la revisión de oficio aunque se hubiera viabilizado a través de un recurso de reposición y éste fuera extemporáneo, pues “el error en la calificación de un recurso no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter” y la STS de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1998\251), con cita de las SSTS de 24 octubre 1994 (RJ 1994\10116), de 8 abril 1995 (RJ 1995\3228), de 7 noviembre 1995 (RJ 1995\8131), de 20 febrero 1996 (RJ 1996\1274) y de 1 febrero 1997 (RJ 1997\743), llegó a similar conclusión al considerar que frente a las alegaciones de extemporaneidad en la formulación de los recursos en vía administrativa o jurisdiccional ha de prevalecer el principio general de ineficacia insubsanable de los actos y disposiciones generales que sean nulos de pleno derecho, recogido en las conocidas máximas *quod nullum est nullum producit effectum e quod ab initio vitiosum est, non potest tractu tempore convalescere*.

### 1.3. Ámbito obxectivo

Son revisables, en aplicación del art. 102 LRJPAC, todos los actos administrativos –expresos, presuntos estimatorios, por tener la consideración de acto finalizador del procedimiento (art. 43.3 LRJPAC) y actos de trámite cualificados-, salvedad hecha a los actos de trámite por carecer de eficacia externa.

El procedimiento de revisión del art. 102 LRJPAC no alcanza sólo a los actos administrativos, sino también a los actos relativos a la preparación y adjudicación de los contratos administrativos que merecen la consideración de actos separables, así como de los actos que resulten de los acuerdos, pactos y convenios celebrados por las Administraciones públicas con personas de Derecho privado, en virtud de la denominada “terminación convencional”. Non o son, porén, os actos privados da Administración nin os contratos privados

celebrados por ella por corresponder en exclusiva a decisión sobre o fondo aos Xulgados e Tribunais da orde correspondente (Ditame do Consello de Estado 701/1991).

También lo son las disposiciones administrativas de carácter general, si bien en este caso no se admite la iniciación con el carácter de acción de nulidad a solicitud del interesado (SSTS de 28 de noviembre de 2001 [RJ 2002\2730] y 20 de marzo de 2003 [RJ 2003\2914]). Las razones de esta exclusión se encuentran, de una parte en la propia Exposición de Motivos de la Ley 4/1999, que niega el carácter de acción de nulidad en este caso, y, de otra, en la imposibilidad de impugnación de los Reglamentos mediante recursos administrativos. En consecuencia, estimado un recurso por el que se insta la impugnación indirecta, es decir, anulado un acto por causa de la nulidad del Reglamento del que constituye su aplicación, la Administración deberá iniciar el procedimiento de revisión de oficio contra la misma.

Pero volvamos a los actos administrativos como objeto del procedimiento revisorio del art. 102 LRJPAC. El precepto exige que se trate de actos que hayan agotado la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso en plazo, lo que, en principio, pudiera interpretarse como una limitación que mal se aviene con el tipo de vicio afectante a estos actos. Sin embargo, la misma encierra una suerte de condicionantes no carentes de cierta lógica: en primer lugar, ha de tratarse de actos definitivos –no de trámite– por ser el resultado de una voluntad concluyente de la Administración; en segundo lugar, que no sean susceptibles de ser cuestionados mediante la interposición de los recursos administrativos pertinentes o del contencioso-administrativo pues, si así es, lo procedente es utilizar esta vía por ser la más sencilla, la más rápida y la ordinaria; y, en tercer lugar, respecto de actos que no hayan sido impugnados con idéntico fundamento y motivos y desestimados por sentencia judicial firme, pues ni cabe la declaración de nulidad de actos administrativos confirmados en vía judicial (SSTS de 29 de enero de 1975 [RJ 1975\146 RJ 1975\146] y de 30 de noviembre de 1984 [RJ 1984\6560]), ni es admisible reabrir la cuestión tantas veces quieran los interesados (STS de 1 de abril de 2002 [RJ 2002\3388]).

Todo ello deriva, además, de la consideración de este mecanismo como excepcional y en modo alguno alternativo a la vía de la impugnación mediante recursos y mucho menos simultáneo. Ello responde a la idea de subsidiariedad frente a la vía de los recursos: como afirma Aguiló Monjo<sup>2</sup>, mientras exista recurso administrativo pendiente, su resolución es el camino más corto y adecuado para la anulación del acto que el de iniciar una redundante y alternativa vía de revisión de oficio. Y, si existe recurso contencioso-administrativo en trámite, también el allanamiento será el camino más adecuado que iniciar, de oficio, la vía revisoria: en definitiva, insisto, la exigencia de agotamiento de la vía administrativa no está exenta de lógica, porque en tanto el acto sea susceptible de recurso no tiene sentido que se siga un procedimiento de revisión más complejo que el que permite alcanzar el recurso. Y lo mismo sucede con la exigencia de que el acto sea firme por consentido (no así los firmes por haber interpuesto todos los recursos disponibles, incluido el contencioso, porque en tal caso existe cosa juzgada), dada, si no la imprescriptibilidad de la acción por las razones más arriba expuestas, la inexistencia de plazo para ejercitarla.

Ahora bien, ¿tiene algún sentido mantener esta exigencia cuando el procedimiento revisorio ha sido iniciado de oficio?, ¿para qué esperar la Administración a que el acto sea definitivo o que haya agotado la vía administrativa? Entiendo que si bien el art. 102 LRJPAC contiene tanto una acción de nulidad stricto sensu –con las matizaciones, eso sí, referidas

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



más arriba- como una habilitación para que la Administración revise de oficio sus actos nulos de pleno derecho, el requisito expuesto sólo se entiende exigible cuando la revisión se inicia a instancia de interesado y no cuando se inicia de oficio.

## II La revisión de los actos anulables

### II.1 La declaración de lesividad como presupuesto procesal de impugnación de los actos anulables declarativos de derechos.

La declaración de lesividad es tan solo un presupuesto procesal o trámite previo para el ejercicio de acciones contra sus propios actos por parte de la Administración y, más en concreto, para que ésta pueda interponer recurso contencioso-administrativo, siendo en el proceso que se promueva con base en esa declaración de lesividad donde se dilucidará si efectivamente concurre causa de anulabilidad en el acto declarado lesivo, que se convierte, así, en el árbitro que resuelve sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de lesividad del acto de que se trate. En definitiva, este procedimiento de revisión que se desarrolla en dos fases, la Administración se limitará en una primera a formalizar este presupuesto procesal en que declarará lesivo al interés público el acto administrativo cuya anulación pretende y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en una segunda, que será la que vendrá a proclamar la juridicidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico del acto declarado lesivo, enjuiciando la cuestión al margen del criterio de la Administración, que podrá ser o no aceptado y en el que el beneficiado por el acto podrá concurrir al proceso como demandado para defender la legalidad del acto administrativo.

Por tanto, la declaración de lesividad no tiene más efecto que el de permitir a la Administración instar la impugnación jurisdiccional de un acto dictado por ella misma, y es dentro del proceso jurisdiccional que así se inicie donde han de ser emplazados todos los que estén interesados en mantener la validez de dicho acto y donde pueden hacer valer, en beneficio de sus derechos e intereses, todo lo que estimen conveniente en contra de aquella declaración de lesividad y de la nulidad pretendida frente al acto que haya sido objeto de la misma. La cuestión no es baladí, pues de ella se extraen dos consecuencias: primero, que esa declaración administrativa de lesividad carece de virtualidad para incidir en la situación jurídica preexistente de la recurrente; es decir, por sí sola ni altera, ni modifica o priva de ningún derecho que tuviera adquirido frente a la Administración (STS de 23 de abril de 2004 [RJ 2004\2649]). Y segundo, el acuerdo que declara la lesividad de un acto administrativo no es susceptible de impugnación, por lo que, interpuesto éste, habría que declarar su inadmisibilidad (SSTS de 18 de julio de 2000 [RJ 2001\4627] y 26 de junio de 1984 [RJ 1984\3650]). La razón es obvia: no tiene sentido admitir la interposición de un recurso contra la Administración que no tendría más objeto que evitar que la misma Administración interponga un recurso, en el cual la parte podrá hacer plena defensa de sus derechos, incluida la argumentación en que intenta fundar su pretensión (STS de 18 de julio de 2000 [RJ 2001\4627]).

Con todo, la declaración de lesividad y, en su conjunto, el llamado "recurso de lesividad" previsto en los arts. 103 LRJPA y 43 LJCA tiene un carácter marcadamente extraordinario por cuanto, de una parte, no deja de suponer alegar un vicio por quien lo ha provocado y, de otra, constituye un grave riesgo al principio de seguridad jurídica, pues permite volver

sobre declaraciones de voluntad de efectos favorables durante un largo periodo de 4 años, lo que impone una interpretación restrictiva de las normas que lo regulan (STS de 31 de marzo de 2008 [RJ 2008\3743]).

Por ello, como bien afirma Cuchillo Foix<sup>3</sup>, contrariamente a lo manifestado en la Exposición de Motivos de la LRJPAC, y aunque la naturalidad con que afronta la regulación del art. 103 puede dar lugar a mantener lo contrario, sobre todo por la indudable garantía que supone la intervención judicial en la decisión última de la anulación del acto, esta posibilidad de revisión coloca a la Administración autora del acto en una cierta posición de privilegio y desigualdad respecto de los particulares, lo que parece incompatible con los trazos configuradores de la institución revisora, con los principios informadores de la LRJPAC y con los postulados constitucionales, y eso por varios motivos: primero, porque los actos anulables que no hayan sido recurridos por los interesados en los brevísimos plazos previstos para la impugnación, en vía administrativa o ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, deberían ser entendidos firmes y consentidos. Sin embargo, la Administración continúa disponiendo de 4 años para reaccionar contra los mismos. Y segundo, por los evidentes peligros para la seguridad jurídica que provoca tan dilatado plazo de inestabilidad de las situaciones nacidas al amparo de actos anulables.

## II.2 Lexitimación

En el proceso de lesividad, como proceso excepcional que es, la legitimación activa se la reserva la Administración que, contra sus propios actos, pretenda la anulación de un acto declarativo de derechos. Y siendo la Administración autora del acto parte demandante, conforma la parte demandada los titulares de derechos derivados del acto que se pretende anular.

Es más, este presupuesto procesal que constituye la declaración de lesividad tiene el importante efecto de delimitar, cuantitativa y cualitativamente, las posibilidades de la acción a postular, de forma que consolida la posición jurídica tanto de la Administración como del destinatario del acto declarado lesivo, pues la Administración no podrá formular, a lo largo del proceso, pretensiones que no se refieran a los aspectos y cuestiones indicadas en la declaración de lesividad, ni de las demás partes podrá alterar sus respectivas posiciones procesales. Por esta razón, tanto demandados como codemandados, en lógica coherencia procesal, habrán de pretender el mantenimiento del acto administrativo, no procediendo en una instancia superior que ninguno de ellos mantenga una tesis impugnatoria de la sentencia que confirme el acto impugnado, dando así la espalda al principio de que la única posición que pueden mantener el demandado y el codemandado ha de ser la de mantenimiento del acto impugnado (STS de 22 de noviembre de 2007 [RJ 2008\276]).

Esta posición de la Administración como parte demandante en este proceso de lesividad hace que el interés legítimo de los administrados no les permita en este proceso otra intervención que la de actuar en forma subordinada a la de la parte principal que, del mismo modo que es libre para formular la declaración de lesividad del acto y su posterior impugnación, lo es para desistir del proceso entablado a su instancia, lo que provoca que este desistimiento alcance a éstos, que ni podrán sustituir a la parte principal ni podrán continuarlo sin ella, pues no debe olvidarse que el mecanismo ordinario de impugnación

<sup>3</sup> CUCHILLO FOIX, M. "La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC", en la obra colectiva dirigida por TORNOS MAS, J. *Administración Pública y Procedimiento administrativo*, Barcelona, Bosch, 1994, págs. 398 y 399.



es la interposición de recursos –cuyos plazos ya transcurrieron- y no el esperar la eventual presentación de un recurso de lesividad por la Administración autora de aquéllos para ellos (STS de 18 de noviembre de 1998 [RJ 1998\9515]).

De lo anterior debe colegirse una consecuencia clara: que el proceso de lesividad no supone para el interesado en la anulación de los actos declarados lesivos la reapertura de los plazos de impugnación de aquéllos, por lo que en el proceso de lesividad no pueden sino simplemente cooperar al éxito de las pretensiones ejercitadas por la Administración (STS de 29 de abril de 2004 [RJ 2004\3292]).

## II.3. Ámbito objetivo

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

Pese a la aparente claridad con que se expresa el art. 103 LRJPAC, la parquedad de su regulación y su puesta en práctica al ponerlo en contacto con la realidad obliga a poner de manifiesto algunas consideraciones en torno al ámbito objetivo de aplicación:

En primer lugar, han de serlo sólo y exclusivamente los actos que sean declarativos de derechos. Ahora bien, el criterio del carácter favorable o desfavorable del acto no resulta seguro ni definitivo, ya que existe un *tertius genus*, los actos cuyos efectos jurídicos alcanzan a distintos sujetos y que tienen “el doble efecto” de producir efectos declarativos o favorables para unos y de gravamen o desfavorables para otros.

Pero una vez superada esta dificultad inicial, lo cierto es que, también contrariamente a lo que pudiera parecer, el ámbito de acción de este mecanismo de revisión no sólo alcanza a los actos anulables sino a los nulos de pleno derecho, puesto que cabe la posibilidad de que la Administración utilice esta vía para lograr la anulación de aquellos actos –eso sí, favorables- cuya anulación de oficio o bien se vio truncada al no haberse obtenido el preceptivo informe favorable del órgano consultivo, o bien la Administración no consideró oportuno iniciar el procedimiento que le brinda el art. 102 LRJPAC. En definitiva, el proceso de lesividad se presenta como una alternativa a la revisión de oficio del art. 102 LRJPAC, lo cual permite que la Administración autora del acto pueda impetrar la actuación jurisdiccional en postulado anulatorio de un acto dictado por ella, aún cuando éste sea susceptible de calificarse nulo de pleno derecho y no anulable. ¿Por qué es posible abonar esta solución? Por una parte, porque esta posibilidad no está prohibida por el ordenamiento jurídico, y, de otra, porque el proceso de lesividad extrema las garantías en beneficio del particular que pueda resultar afectado por la pretendida nulidad (STS de 24 de septiembre de 1999 [RJ 1999\8033]).

Por último, y superando la tesis inicial contenida en las SSTs de 10 de diciembre de 1934 y 25 de marzo de 1941, la Jurisprudencia, desde la STS de 13 de noviembre de 1974 (RJ 1974\4500), ha extendido la lesividad a la contratación administrativa, sin que esta posibilidad sea asimilable a una libre facultad resolutoria por parte de la Administración. La razón es obvia: la impugnación de un contrato en base a su carácter lesivo no tiene su fundamento en el incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por el contratista que dan lugar a la resolución del contrato, sino en constatar si la Administración vulneró disposiciones por las que ha de regirse, repercutiendo desfavorablemente en los intereses económicos o de otro orden de la Administración.

### II.3.2. Actuaciones no revisables por esta vía

En primer lugar, si se acepta como principio válido que el proceso de lesividad únicamente puede dirigirse frente a actos administrativos que adolezcan de defectos constitutivos de anulabilidad e incluso, actos nulos de pleno derecho –es decir, que infrinjan el ordenamiento jurídico- no es difícil colegir que no debe predicarse la invalidación respecto de un acto jurídico que sea reputado inicialmente como válido.

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

Tampoco es susceptible de declaración de lesividad (y, consiguientemente, es inadmisibile el recurso contencioso-administrativo) el acuerdo dictado por la Administración en ejecución de una anterior sentencia firme, no sólo por impedirlo en principio de cosa juzgada, sino también porque se trata de acto administrativo adoptado en cumplimiento de una decisión judicial a la que debe conformarse. En consecuencia, no es dable poner en cuestión, mediante la declaración de lesividad, los pronunciamientos firmes recaídos al llevar a cabo la fiscalización jurisdiccional de tales actos ni puede, por tanto, generarse otro proceso distinto que haría, mediante la sucesiva adopción de actos no conformes con el mandato judicial, inoperante el proceso ya terminado (SSTS de 6 de marzo de 1989 [RJ 1989\1736] y de 27 de abril de 1999 [RJ 1999\4685]). Ahora bien, ni es procedente ni se requiere la declaración de lesividad cuando se trata de una simple modificación, novación de una cláusula contractual (STS de 26 de junio de 2000 [RJ 2000\6702])

Cuando de lo que se trata es del reintegro o denegación de subvenciones por incumplimiento de los requisitos o indebida utilización de las cantidades recibidas, esto es, por incumplimiento de la finalidad para la que se conceden u otorgan, bastando para ello la comprobación administrativa de dicho incumplimiento para acordar la denegación de la subvención o la devolución de lo percibido, no se está en presencia propiamente de la revisión de un acto nulo que requiera la aplicación de lo establecido en el art. 102 LRJPAC o una declaración de anulabilidad del acto que requiera una declaración de lesividad del art. 103 LRJPAC. El acto de otorgamiento de la subvención, que es prima facie acorde con el ordenamiento jurídico, no se declara ineficaz por motivo que afecte a la validez de su concesión, sino que despliega todos sus efectos, entre los que se encuentra, precisamente, la posibilidad de declarar la improcedencia del otorgamiento y el reintegro o devolución de las cantidades, cuando no se ha cumplido la condición o la finalidad para la que se otorgó la subvención. Es éste un efecto inherente al acto de otorgamiento de la subvención que ni se revisa, ni se anula ni se revoca, en sentido propio, sino que o bien la denegación o devolución representa la eficacia que corresponde al incumplimiento de la condición resolutoria con que se concede la ayuda (STS de 16 de mayo de 2007 [RJ 2007\5855]) o bien se trata de un acto administrativo que resuelve denegar las ayudas solicitadas de forma definitiva y que establece la obligación de reintegrar los anticipos percibidos en tal concepto (STS de 26 de junio de 2007 [RJ 2007\3925]).

Aunque no se establezca expresamente en la LRJPAC, el ámbito objetivo del art. 103 LRJPAC no alcanza a los Reglamentos, sino sólo los actos administrativos definitivos –no de trámite- que hayan puesto fin a la vía administrativa y respecto de los que no se encuentre



pendiente resolución de recurso administrativo alguno ni jurisdiccional interpuesto con ellos, pues sería absurda la simultánea pendencia de dos procesos en que la Administración postulara la anulación del acto y su conformidad a Derecho.

## II.4 La justificación de la declaración de lesividad

Para que pueda prosperar el proceso de lesividad habrá de acreditarse por la Administración la procedencia de la lesividad en sí, para lo que bastará la prueba de que el acto produce lesión, ya sea ésta jurídica, económica o de otra índole (perjuicios urbanísticos, sanitarios, culturales...) y que el acto incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, sin perjuicio, en su caso, de la adecuada indemnización de los perjuicios causados a terceros y de las responsabilidades exigibles como consecuencia del acto que se declare nulo (STS de 23 de abril de 2002 [RJ 2002\4610]). Esta doble exigencia (de lesión y de infracción del ordenamiento jurídico) –que no la tradicional doble exigencia de lesión, económica y jurídica que se exigía tradicionalmente– implica que la declaración de lesividad y la subsiguiente anulación del acto declarado lesivo no podrá fundamentarse en simples razones de pura conveniencia u oportunidad política, puesto que el Juez o Tribunal deberá fundarse en motivos de legalidad y en su impacto antijurídico al interés público. No obstante, la Jurisprudencia ha suavizado considerablemente esta exigencia de lesión a los intereses económicos, considerando que ésta se presupone si el acto infringe el ordenamiento jurídico (SSTS de 14 de marzo de 1980 [RJ 1980\2190], 22 de enero de 1988 [RJ 1988\326], 28 de febrero de 1994 [RJ 1994\1465] y 6 de junio de 1995 [RJ 1995\4944])

## II.5 Plazo para formular la declaración de lesividad y plazo de duración del procedimiento

La LRJPAC en su redacción originaria y antes de la reforma operada por la Ley 4/1999 previó la necesidad de iniciación del procedimiento de lesividad antes de los 4 años desde que el acto se hubiera dictado. La diferencia respecto de la LPA de 1958 era sustancial: en el derogado art. 110 la revisión debía producirse –por tanto, con resolución incluida–, y no sólo iniciarse, “dentro” de ese plazo.

La reforma de 1999 ha vuelto, para mayor seguridad jurídica de los beneficiados por un acto administrativo, al sistema de la LPA de 1958 al establecer en el apartado 2º del art. 103 que la declaración de lesividad “no podrá adoptarse una vez transcurridos 4 años desde que se dictó el acto administrativo”, por lo que dentro de ese periodo ha de incluirse no sólo el inicio del procedimiento para realizarla, sino la propia declaración. Y aunque lo silencie la Ley, no cabe hablar de interrupción del cómputo de dicho plazo porque, como ha venido declarando la Jurisprudencia con reiteración, se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción. En consecuencia, transcurrido dicho plazo el acto no puede declararse lesivo y se considera, a todos los efectos, irremediamente firme.

Pero, ¿cómo se realiza el cómputo? La STS de 10 de octubre de 2000 (RJ 2000\8245) afirmó que el mismo ha de partir, sin duda, de la fecha de tal acto, y no de la de ninguno otro posterior, ya sea complementario, derivado o de ejecución.

Junto a este plazo, se prevé otro, el que corresponde a la duración del procedimiento, que desde la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, se fija en seis meses desde la iniciación del

procedimiento. La Jurisprudencia señala como dies ad quem para el cómputo de este plazo -también de caducidad- el de la notificación de la resolución que le pone fin (SSTS de 25 de mayo de 2004 [RJ 2004\4729], de 18 de enero de 2005 [RJ 2005\896], de 24 de octubre de 2007 [RJ 2007\7497] y de 21 de julio de 2004 [RJ 2004\5569]). Si la Administración no ultima el procedimiento con la correspondiente resolución habrá de declarar la caducidad del procedimiento y su correspondiente archivo, pudiendo obviamente iniciar otro procedimiento con el mismo fin, siempre y cuando, claro está, no haya transcurrido el de 4 años, pudiendo en tal caso, aprovechar los trámites realizados en el procedimiento inicial.

La declaración del acto como lesivo abre la vía a su impugnación, por parte de la Administración, ante los Tribunales contencioso-administrativos, para lo que habrá de realizarse el cómputo para la interposición del contencioso, que será de dos meses desde el día siguiente a la fecha en que se dictó tal declaración (art. 46.5 LJCA).

### III Límites de la revisión

El art. 106 LRJPAC añade una serie de límites a los ya existentes a la potestad revisora de la Administración y lo hace de la mano de conceptos jurídicos sumamente indeterminados y difíciles de determinar en la aplicación práctica a un caso concreto (buena fe o equidad) y de elementos que no termina de perfilar (el tiempo transcurrido -¿cuánto?-, otras circunstancias -¿qué circunstancias?-, el derecho de los particulares -¿del interesado o de terceros?...), dejando así un amplísimo margen de discrecionalidad a la Administración, que podrá encontrar en este precepto el fundamento recurrente tanto para proceder a revisar -considerando que no se dan estas circunstancias- o para no hacerlo. Por ello y porque la propia potestad revisora de la Administración ya viene acompañada de importantes límites y restricciones, es por lo que este precepto ha de aplicársele de forma verdaderamente excepcional y tras valorar cuidadosamente la concurrencia de tales circunstancias. Es más, como ha expresado la STSJ de Cataluña de 14 de junio de 2002 (AS 2002\2947), no cabe acudir a tan genérico precepto cuando existe una norma específica que regula la materia. Es más, a la vista del significado inequívoco de los términos en él empleados, el juzgador no dispone de margen alguno para la ponderación de tales consideraciones, en detrimento de otras igualmente dignas de ser tenidas en cuenta, en tanto que está vedado que la resolución judicial, por imperativo del art. 3.2 C.c., descanse de manera exclusiva en una valoración de equidad.

Lo cierto es que al conjugar la regulación de la revisión de oficio y el art. 106 LRJPAC, puede deducirse que para proceder a ella se requiere, de una parte, apreciar la ilegalidad del acto que pretende revisarse y, de otra, que tal revisión no venga impedida por circunstancia alguna que acarree como resultado de la anulación una lesión de otras leyes, de la equidad, de la buena fe o del derecho de otros particulares o interesados, circunstancias todas ellas que ofrecen un amplio margen de discrecionalidad al órgano administrativo actuante pero ha de manejarlas y ponderarlas debidamente en cada caso para no condenar a la inoperancia el temperamento que dicha norma implica para la revisión de oficio (STS de 5 de diciembre de 1995 [RJ 1995\9936]).

Pese a las dificultades que plantea cualquier intento de fijación del significado de conceptos tan inasibles como los que utiliza el precepto, de la Jurisprudencia puede extraerse una consideración que pudiera resultar útil a la hora de determinar si un proceder admi-



nistrativo es contrario o no a la buena fe. Según la STS de 27 de diciembre de 2006 (RJ 2006\10062) lo es cuando la Administración hace cualquier clase de manifestación sobre la validez de un concreto aspecto o elemento de su actuación administrativa, o que haya generado la apariencia de que esa era ya una cuestión previamente analizada y valorada por ella y que, posteriormente, promueva la revisión de oficio con base en la invalidez de ese mismo elemento y en contradicción con su anterior manifestación sobre esa concreta cuestión. Y se infringe, también la buena fe por parte de la Administración, cuando “se finge ignorar lo que se sabe (...), se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de una dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella” (STS de 29 de enero de 1965 [RJ 1965\262]).

En lo que hace la equidad, la Jurisprudencia ha declarado que “hay circunstancias en que la justicia y el derecho han de auxiliarse de la equidad” (STS de 10 octubre 1955 [RJ 1955\2800]), puesto que la equidad es un principio general del Derecho que puede operar como supletorio del mismo (STS de 21 octubre 1957 [RJ 1957\2810]) y que resulta de aplicación en diversidad de ocasiones (SSTS de 3 junio 1960 [RJ 1960\2218], de 3 octubre 1974 [RJ 1974\3571] y 2 mayo 1978 [RJ 1978\1646]). Por otra parte, la STS de 26 de diciembre de 1995 (RJ 1995\9529) afirma que no cabe confundir equidad con igualdad, ya que aquél tiene un componente de moderación y éste de conformidad absoluta, entre dos o más términos comparativos. El principio de la equidad no significa otra cosa que dar al caso una solución más justa, por más adecuada a sus esenciales características (STSJ de Canarias de 14 de abril de 2000 [JT 2000\1167]). Como certeramente tiene afirmado la STS de 20 de mayo de 1987<sup>4</sup>, “aplicar una solución de equidad no significa de ningún modo emplear un criterio de benevolencia. Se trata, simplemente, de hacer justicia, o si se quiere, de llegar a la justicia del caso. La equidad es una forma de normatividad no jerarquizada”.

---

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

# La reordenación de las técnicas preventivas de intervención administrativa en materia ambiental. Una propuesta para Galicia

**Índice:** I. Introducción. II. La necesidad de aprobar una nueva Ley de prevención y control ambiental de Galicia que regule de forma integrada y coordinada todos los instrumentos preventivos de autorización y evaluación de proyectos (y eventualmente de planes y programas). II.1. Consideraciones previas sobre los diferentes modelos de normas autonómicas de protección ambiental. II.2. Planteamiento general de la propuesta de Ley de prevención y control ambiental de Galicia. II.3. Régimen jurídico de intervención administrativa de la propuesta de Ley de prevención y control ambiental de Galicia. III.3.A. Ámbito de aplicación. III.3.B. Primer nivel de intervención: la autorización ambiental integral, desarrollo y clarificación de la Ley 16/2002 de prevención y control integrado de la contaminación. III.3.C. Segundo nivel de intervención: la autorización ambiental única. III.3.D. Tercer y cuarto nivel de intervención: la licencia municipal de incidencia ambiental, con o sin intervención autonómica vía informe vinculante. El papel de la comunicación previa. III.3.E. Técnicas de evaluación de proyectos: la evaluación de impacto ambiental de proyectos. IV. Bibliografía.

## I Introducción

La Ley 1/1995, de 2 de enero, de Protección Ambiental de Galicia<sup>1</sup> ha tenido un período de vigencia muy dilatado en el tiempo, sin sufrir modificaciones en su contenido. Desde el año 1995 han sido aprobadas numerosas y relevantes leyes básicas del Estado en materia ambiental<sup>2</sup>. El desarrollo de la regulación ambiental ha sido fruto del empuje del

1 Véxase, sobre esta ley, NOGUEIRA LÓPEZ, A., "La protección ambiental en Galicia (Ley 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, la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación; la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental; la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera; y el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos.



Derecho comunitario, que ha actuado como punta de lanza en el desarrollo del Derecho ambiental.

La Ley 1/1995 ha quedado, en consecuencia, obsoleta. Es preciso sustituirla por una nueva Ley de prevención y control ambiental de Galicia que sistematice, actualice e integre las técnicas de prevención ambiental. Una norma que recoja los nuevos instrumentos de control ambiental, como la autorización ambiental integrada (o incluso la evaluación de planes y programas), que revise y actualice el régimen de algunos ya existentes, como la evaluación de incidencia ambiental y la evaluación de impacto ambiental, y que elimine los que se consideren innecesarios. Esa reordenación debe afectar también a parte de las normas de desarrollo reglamentario de la Ley 1/1995, como al Decreto 442/1990, de 13 de septiembre, de evaluación de impacto ambiental, el Decreto 327/1991, de 4 de octubre, de evaluación de efectos ambientales o el Decreto 133/2008, de 12 de junio, que regula la evaluación de incidencia ambiental.

El objetivo de este artículo es proponer por tanto la aprobación de una Ley de prevención y control ambiental de Galicia, que derogue la Ley 1/1995 y que regule de forma integrada y coordinada todos los instrumentos preventivos de autorización y evaluación de proyectos<sup>3</sup>. Soy consciente que este planteamiento puede ser pretencioso. No obstante, el legislador autonómico y la Administración autonómica gallega llevan años haciendo dejación de su responsabilidad de ofrecer un marco normativo claro en materia de intervención ambiental. Ante este panorama, con este breve trabajo pretendo llamar la atención sobre la necesidad de disponer de una regulación ambiental actualizada, integral, precisa y coherente. Esta pasividad del legislador no puede estar justificada por la situación actual de crisis económica ya que si algo demanda este contexto es precisamente una mejor legislación, la eliminación de duplicidades innecesarias y de incoherencias en la intervención administrativa y, en definitiva, la seguridad jurídica necesaria para administraciones y operadores económicos.

## II La necesidad de aprobar una nueva Ley de prevención y control ambiental de Galicia que regule de forma integrada y coordinada todos los instrumentos preventivos de autorización y evaluación de proyectos (y eventualmente de planes y programas)

### 1 Consideraciones previas sobre los diferentes modelos de normas autonómicas de protección ambiental

Durante los últimos años buena parte de la Comunidades Autónomas han actualizado sus normas de intervención administrativa ambiental o las han aprobado ex novo en aquellos casos que no dispusieran de ella. Todas estas normas atienden a la necesidad de establecer un marco coordinado e integrado de técnicas de prevención ambiental, adecuado a las exigencias del Derecho comunitario y de la legislación básica del Estado. Asimismo, la

<sup>3</sup> Esta propuesta no es novedosa. Véase, en este mismo sentido, NOGUEIRA LÓPEZ, A., y SANZ LARRUGA, F. J., "Política ambiental de Galicia", en LÓPEZ RAMÓN, F., *Observatorio de Políticas Ambientales, 1978-2006*, Aranzadi, 2006, p. 689. Véase también, en parecidos términos, CALATAYUD ÁLVAREZ, Alejo, "Situación de la normativa ambiental de Galicia y prioridades normativas", en PERNAS GARCÍA (coord.), *Análisis y reflexiones sobre el Derecho ambiental en Galicia*, Universidade da Coruña, 2009, p. 19.

tendencia hacia la simplificación y clarificación de procedimientos han motivado la revisión de alguna de ellas e inspirado la redacción de las más recientes.

El panorama del Derecho ambiental autonómico nos ofrece diferentes tipos de leyes de protección ambiental, que sintetizamos, de forma muy genérica, del siguiente modo:

1. Normas de intervención ambiental de proyectos. 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 proyectos y de planes y programas. Además de regular los instrumentos preventivos que actúan sobre proyectos, algunas normas regulan la evaluación de impacto ambiental de planes y programas. En este grupo nos encontramos la Ley 4/2005, de 22 de marzo, de Protección Ambiental de Navarra, la Ley 17/2006, de 11 de diciembre, de Control Ambiental Integrado de Cantabria, la ley 7/2006, de 22 de junio, de Protección Ambiental de Aragón y la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de Murcia.
3. Normas de intervención ambiental con previsiones sobre instrumentos horizontales de apoyo y/o económicos y de gestión. Estas normas además de regular las autorizaciones, licencias y evaluaciones, desarrollan una regulación básica de instrumentos horizontales de apoyo (difusión de la información, participación pública, investigación, educación ambiental, etc.) y/o económicos y de gestión (sistemas de gestión ambiental, fianzas, cánones, incentivos, seguros de responsabilidad, fondos, ecoetiquetaje, acuerdos ambientales, contratación pública verde, etc.). Este es el caso, por ejemplo, de la Ley 5/2002, de 8 de octubre, sobre Normas Reguladoras de Protección del Medio Ambiente de La Rioja o de la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de Murcia.
4. Normas que podríamos denominar “codificadoras”. Estas leyes no se conforman con la regulación marco de los instrumentos preventivos de protección ambiental, horizontales de apoyo y económicos y de gestión. Extienden su régimen al ámbito sectorial (contaminación atmosférica, contaminación acústica, contaminación lumínica, calidad de las aguas, suelos contaminados y residuos, etc.) y a la responsabilidad ambiental (que regulan de forma genérica). Son normas que aglutinan las reglas básicas de todos los ámbitos de regulación ambiental. En esta línea están la Ley 7/2007, de 9 de julio, de la calidad ambiental de Andalucía o la Ley 5/2010, de 23 de junio, de prevención y calidad ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Teniendo en cuenta el desolador panorama del Derecho ambiental de Galicia, consideramos fundamental la aprobación de una Ley de prevención y control ambiental de Galicia que responda particularmente al modelo 1, e incluso 2, de las normas autonómicas de intervención ambiental. Esta norma podría regular la autorización ambiental integral, una autorización ambiental única –siguiendo el modelo de algunas leyes autonómicas citadas-, la licencia municipal de actividades clasificadas o de incidencia ambiental (y en su caso un régimen de comunicación para las actividades de menor impacto) y la evaluación de impacto ambiental de proyectos. Esta ley también podría regular la evaluación ambiental



de planes y programas, aunque no sería imprescindible, pudiéndose optar por una regulación separada por vía legal o reglamentaria, que desarrolle la legislación básica estatal. No obstante, su introducción en la ley propuesta si bien no es imprescindible, si daría un carácter más pleno a la norma.

La ley propuesta podría incluir un título referido a los instrumentos económicos y de gestión, que identifique los mecanismos de este tipo y que permita mantener, si se considera pertinente en atención a la experiencia adquirida en su aplicación, instrumentos ya existentes en nuestro ordenamiento ambiental, como el pacto o la fianza ambiental, o poner el acento en otros complementarios de las técnicas de intervención, como los sistemas de gestión ambiental. Pese a la existencia, como hemos visto, de leyes autonómicas de prevención ambiental que regulan también la parte sectorial (contaminación atmosférica, residuos, aguas, ruido, contaminación lumínica, etc.), creo que esta perspectiva no aporta gran cosa y dota a las normas de declaraciones genéricas y programáticas de escasa utilidad. Nada añade, sino complejidad innecesaria, a la legislación estatal y autonómica ya existente.

Desarrollamos a continuación el planteamiento general de la norma que proponemos, tomando como referencia las leyes autonómicas de prevención ambiental más recientes.

## 2 Planteamiento general de la propuesta de Ley de prevención y control ambiental de Galicia

La Ley 1/1995 de protección ambiental de Galicia fue, en su momento, una referencia en el panorama del Derecho ambiental autonómico. No obstante, las novedades del extenuante dinamismo del derecho ambiental y la experiencia adquirida en la aplicación de la Ley gallega, aconsejan la aprobación de una nueva regulación que rediseñe el panorama de las técnicas preventivas de protección ambiental. Como se ha señalado, proponemos la elaboración y aprobación de una Ley de prevención y control ambiental de Galicia sobre todos los instrumentos preventivos de evaluación y autorización de proyectos y, si se quiere alcanzar mayores niveles de integración y plenitud normativa, de planes y programas.

A la hora de desarrollar una norma de este tipo es preciso valorar si pretendemos desarrollar una norma completa, exhaustiva y reglamentista, o una norma de contenido básico desarrollada por vía reglamentaria que le dé carácter operativo a sus previsiones<sup>4</sup>. Esta segunda opción nos parece más pertinente. Garantiza la pervivencia en el tiempo de una norma marco, con visos de permanencia, para el control del impacto ambiental de proyectos (y, en su caso, de planes y programas) en Galicia. Las cuestiones de detalle quedarían remitidas al posterior desarrollo reglamentario, cuestión que sería preciso planificar con realismo para evitar expectativas de desarrollo normativo que no se llevan a cabo, como ocurrió en su momento con la Ley 1/1995<sup>5</sup>. Esto permite además la flexibilidad necesaria para adaptar la regulación autonómica al dinamismo propio del Derecho ambiental. En definitiva, sería recomendable desarrollar una ley no excesivamente larga ni reglamentista, que defina objetivos precisos y realistas de desarrollo reglamentario *a posteriori a posteriori*.

4 Es el caso por ejemplo de la Ley 17/2006, 11 de diciembre, de control ambiental integrado de Cantabria, cuyas previsiones básicas sobre las técnicas de intervención administrativa ambiental, han sido desarrolladas por Decreto 19/2010, de 18 de marzo.

5 Véase también un planteamiento crítico sobre el escaso desarrollo reglamentario de la Ley 1/1995, NOGUEIRA LÓPEZ, A., "Evolución e deficiencias do Dereito ambiental en Galicia", en PERNAS GARCÍA (coord.), *Análisis y reflexiones sobre el Derecho ambiental en Galicia*, Universidade da Coruña, 2009, pp. 78 y 79.

Además consideramos que hay que reducir, sino eliminar, a lo indispensable la reiteración de previsiones de la legislación básica del Estado y, en todo caso, evitar las declaraciones programáticas de objetivos y principios vacíos de contenido (prácticas muy habituales en el Derecho ambiental autonómico). La norma (y, en su caso, el desarrollo reglamentario posterior) debe completar las previsiones básicas del Estado para hacerlas más funcionales y operativas y para adaptarlas a las particularidades ambientales y socioeconómicas de Galicia.

La Ley que proponemos diseñaría un marco jurídico claro y preciso que otorgue seguridad jurídica a los operadores económicos, algo que no garantiza el régimen jurídico de la técnica de intervención administrativa actualmente vigente en Galicia. La norma debería servir para clarificar los procedimientos y reducir las cargas administrativas innecesarias de acuerdo con las actuaciones comunitarias y estatales dirigidas a simplificar los procedimientos ambientales, sin merma del nivel de protección ambiental. En este sentido será preciso tomar en consideración la tendencia actual hacia la reducción de las cargas administrativas para la puesta en marcha de actividades empresariales o profesionales, derivada no sólo de la Directiva de servicios, sino también de las modificaciones más recientes que están siendo llevadas a cabo en diferentes normas autonómicas de protección ambiental.

Otro de los objetivos de nuestra propuesta normativa sería adaptar y actualizar el Derecho ambiental de Galicia a las novedades legislativas comunitarias y estatales producidas desde el año 1995, particularmente en materia de control integrado de la contaminación<sup>6</sup>, evaluación de impacto ambiental<sup>7</sup> y evaluación de planes y programas<sup>8</sup>. Estas disposiciones prevén un enfoque más exigente, integral y participativo que la Ley 1-2/1995 de protección ambiental de Galicia y el resto del desactualizado Derecho ambiental de Galicia.

La aprobación de la ley propuesta permitirá poner el ordenamiento ambiental de Galicia a la altura de las leyes de protección ambiental autonómicas más recientes e innovadoras. En este sentido nos parecen particularmente interesantes la Ley 4/2005, de 22 de marzo, de Intervención para la Protección Ambiental de la Comunidad Foral de Navarra; la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental de la Comunidad Autónoma de Valencia; la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de Prevención y Control Ambiental de las Actividades de Cataluña; y Ley 4/2009, de 14 de mayo, de Protección Ambiental Integrada de Murcia. Se trata de normas que ofrecen modelos adecuados de referencia y que se caracterizan por una idónea técnica jurídica en su desarrollo.

Esta nueva norma regularía de forma coherente, coordinada y, en su caso, integrada los procedimientos autorizatorios y de evaluación ambiental. Es necesario ordenar, regular y sistematizar estas formas de intervención administrativa. En concreto la ley que proponemos podría regular cuatro técnicas de intervención administrativa de carácter integral y que afectarían a las instalaciones o actividades dependiendo de su mayor o menor impacto ambiental. Los instrumentos preventivos podrían ser los siguientes:

- 6 Directiva 96/61/CEE, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la Prevención y Control Integrado de la Contaminación (sustituida inicialmente por la Directiva 1/2008, de 15 de enero, que a su vez queda derogada por la Directiva 2010/75, de 24 de noviembre de 2010, de emisiones industriales, con efectos a partir de 1 de enero de 2016), y Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación.
- 7 Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio, relativa a la Evaluación de las Repercusiones de determinados Proyectos Públicos y Privados sobre el Medio Ambiente (modificada, entre otras, por la Directiva 97/11/CE, de 3 de marzo), y Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, que ha sido modificado por la Ley 6/2010, de 24 de marzo, para articular el procedimiento de EIA con los regímenes de comunicación previa o declaración responsable.
- 8 Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio de 2001, relativa a la Evaluación de determinados Planes y Programas en el Medio Ambiente, y Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de los Efectos de determinados Planes y Programas en el Medio Ambiente.



1. La autorización ambiental integral de competencia autonómica.
2. La autorización sectorial única de competencia autonómica.
3. La licencia municipal de incidencia ambiental, con informe autonómico vinculante.
4. La licencia municipal de incidencia ambiental, sin informe vinculante autonómico, que afectaría a las instalaciones de menor repercusión ambiental, no sometidas a ningún otro de los niveles de intervención anteriores, ni a evaluación de impacto ambiental. En estos supuestos se podría prever alternativamente un régimen de comunicación ambiental, o mantener la exigencia general de licencia municipal pero dejando abierta la posibilidad a los municipios de someter estas actividades al régimen de comunicación previa.

La norma propuesta regularía también el régimen básico sobre evaluación de impacto ambiental de proyectos. En aquellos casos en que los proyectos sean instalaciones o actividades sometidas también a autorización ambiental integrada o licencia municipal o a la obligación de comunicación previa, la ley debería incidir especialmente en la coordinación e integración de procedimientos, con la finalidad de evitar trámites y duplicidades innecesarias. También consideramos favorable que la Ley regule la evaluación de impacto ambiental de planes y programas, para establecer un marco de mecanismos preventivos lo más completo y coordinado posible, aunque como ya hemos señalado no es imprescindible.

En el desarrollo de esta norma es preciso tomar en consideración la incidencia de la normativa de servicios, fundamentalmente la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y sus normas de desarrollo<sup>9</sup>. Esta regulación ha tenido un efecto limitado en el régimen de intervención ambiental. Algunas Comunidades Autónomas ya han realizado, de modo total o parcial, la operación de evaluación y de modificación de la legislación sectorial en materia ambiental (Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Galicia, Islas Canarias, Islas Baleares, La Rioja y Madrid). No obstante, como punto de partida, es preciso señalar la supresión de las autorizaciones o su conversión en comunicaciones previas ha sido absolutamente excepcional y reducida a las actividades “inocuas” o de impacto reducido<sup>10</sup>. El carácter del medio ambiente como “razón imperiosa de interés general”, excepción al principio general de libre prestación de servicios, ha impedido que el proceso desregulador abierto por la Directiva de servicios tenga un impacto considerable en el Derecho ambiental.

### 3 Régimen jurídico de intervención administrativa de la propuesta de Ley de prevención y control ambiental de Galicia

#### A Ámbito de aplicación

Uno de los objetivos de la norma propuesta será definir de forma más precisa el ámbito de aplicación de cada una de las técnicas autorizatorias y de evaluación. Cada proyecto estaría sometido a un único procedimiento de autorización, licencia (o, en su caso, co-

<sup>9</sup> Estas normas estatales traen causa de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. A nivel reglamentario y en el específico ámbito ambiental, ha sido aprobado el Reglamento 367/2010, de 26 de marzo, relativo a la modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009 y a la Ley 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 he desarrollado un trabajo específico “La incidencia de la normativa de servicios en el derecho ambiental”, que será publicado en un libro colectivo sobre la normativa de servicios dirigido por NOGUEIRA LÓPEZ, A.

municación previa) o evaluación ambiental. Esto simplifica la aplicación de la ley y evita duplicidades administrativas de intervención sobre la puesta en marcha de actividades o proyectos. Para ello es preciso realizar una evaluación previa de la repercusión ambiental de las actividades y proyectos, con la finalidad de identificar las técnicas de intervención a las que deberían estar sometidos cada uno de los proyectos. En esta labor pueden ser de utilidad las recientes leyes autonómicas de prevención ambiental, aunque la definición del ámbito de aplicación de las técnicas de intervención exige, lógicamente, tomar en consideración las particularidades socioeconómicas y ambientales de Galicia.

En esta propuesta normativa los anejos cobran, por tanto, especial importancia, ya que indicarían de modo taxativo e indubitado los proyectos sometidos a cada una de las técnicas de intervención, en atención a la intensidad de su impacto ambiental. Sería bueno que la Ley realizara esta labor y no dejara tal cuestión al posterior desarrollo reglamentario. Esto otorgaría un amplio nivel de seguridad a los operadores económicos y a los órganos ambientales de las administraciones autonómicas y, especialmente, locales. Estas últimas que obtendrían respuesta a la inseguridad jurídica creada por el Decreto 133/2008, de 12 de junio, que regula la evaluación de incidencia ambiental, y por las incertidumbres derivadas de la incidencia de la normativa de servicios en las técnicas de intervención municipal. No obstante, si se quiere dar una mayor flexibilidad y evitar que queden fuera algunas actividades no expresamente previstas en el nivel menor de intervención (licencia municipal sin informe autonómico o comunicación previa), se puede dejar abierta la posibilidad de que los municipios puedan someter a este régimen a las actividades no incluidas en los anexos que se consideren, en el caso concreto, molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, como ha sido tradicional en la regulación de las actividades clasificadas.

## B Primer nivel de intervención: la autorización ambiental integral, desarrollo y clarificación de la Ley 16/2002 de prevención y control integrado de la contaminación

Esta propuesta de ley aprobaría un régimen autonómico gallego en materia de prevención y control integrado de la contaminación que desarrolle y clarifique la aplicación de la regulación básica del Estado en Galicia. Han pasado casi diez años desde la aprobación de la Ley estatal y no disponemos por el momento de normas de desarrollo o adicionales de protección en este ámbito.

Éste sería el primer nivel de intervención ambiental. La norma autonómica debería precisar aspectos que deja pendiente la norma básica del Estado, lo cual contribuye a clarificar su aplicación y, en consecuencia, a otorgar más seguridad jurídica a las empresas afectadas.

La norma propuesta puede concretar algunos aspectos de la Ley 16/2002<sup>11</sup>, como la solicitud y el contenido del informe o cédula de compatibilidad urbanística, la participación municipal en el procedimiento y sus efectos o el desarrollo del procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada, de acuerdo con las recientes modificaciones sufridas por la normativa reglamentaria estatal en esta materia.

<sup>11</sup> Esta Ley transpone la Directiva 96/61 de prevención y control integrados de la contaminación. Esta directiva sufrió varias modificaciones, que fueron refundidas en la actual Directiva 2008/1/CE, de 15 de enero de 2008. La Comisión Europea ha querido ir más allá en atención a la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva. Así a finales de 2007, la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva de emisiones industriales, con a la finalidad de simplificar y clarificar su contenido e intensificar su aplicación. Esta norma ha sido formalmente aprobada mediante la Directiva 2010/75/UE, de 24 de noviembre, sobre las emisiones industriales, que deroga la Directiva 2008/1 con efectos a 1 de enero de 2016.



El objetivo de la Ley 16/2002 es integrar en un sólo acto de intervención administrativa, la autorización ambiental integrada, todas las autorizaciones ambientales sobre producción y gestión de residuos, vertidos (a aguas continentales intracomunitarias o intercomunitarias, a aguas marítimas y al sistema integral de saneamiento) y emisiones a la atmósfera previstos en la legislación sectorial ambiental. La Ley estatal supuso, en este sentido, un paso hacia delante en la integración de procedimientos autorizatorios, aunque de todas formas ese objetivo no se consiguió de forma plena. La ley gallega que proponemos podría plantearse la necesidad de integrar o al menos coordinar el procedimiento de concesión de la autorización ambiental, con otros procedimientos autorizatorios ambientales, como el de otorgamiento del permiso de emisiones de gases de efecto invernadero (posibilidad prevista en la ley 1/2005), o de la autorización para utilización de la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo-terrestre. Asimismo, la norma propuesta debería integrar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (de competencia autonómica) y las exigencias de la normativa de riesgos de accidentes graves –Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio, sobre medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas-, en el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada<sup>12</sup>. La técnica de los informes preceptivos y, en su caso, vinculantes, puede ser una vía adecuada para llevar a cabo esta integración y simplificación procedimental, tal y como ocurre con la Ley 2/2006 de la Comunidad autónoma Valenciana.

Para mejorar el nivel de simplificación y claridad del procedimiento, la norma propuesta podría integrar las obligaciones documentales de la legislación sectorial estatal y autonómica en la solicitud de autorización ambiental integrada, más allá de las propias previsiones de la Ley 16/2002. La solicitud de autorización ambiental integrada puede recoger entre otras cuestiones, además del estudio de impacto ambiental y las exigencias documentales de la normativa de riesgos graves, otras obligaciones documentales como el estudio acreditativo del impacto acústico previsto en la Ley 7/1997, de 11 de agosto, los informes preliminares de situación del suelo del Decreto autonómico 60/2009, de 26 de febrero –o lo que la Directiva 2010/75 de emisiones industriales denomina “informe de la situación de partida”-, o la documentación exigida para la solicitud del permiso de emisiones de gases de efecto invernadero previsto en la Ley 1/2005, de 9 de marzo, si se opta por la integración de este procedimiento. Esta integración, si se lleva a cabo, debe suponer la ampliación del contenido de la autorización ambiental integrada, de modo que recoja las exigencias derivadas de la aplicación de estas normas sectoriales.

La nueva normativa debe tener en cuenta la interrelación existente entre los instrumentos de intervención administrativa de la normativa urbanística y la ambiental. Así, consideramos conveniente, por razones de eficacia y de simplificación administrativa, la integración de la autorización previa autonómica en suelo rústico en el procedimiento de concesión de la autorización ambiental integrada, mediante la técnica del informe vinculante. Con relación a la licencia de obras, nada impide que se pueda llevar a cabo una integración similar a la propuesta para la autorización autonómica en suelo rústico, mediante la técnica del informe vinculante sobre la competencia municipal; aunque ello quizás pueda encontrar reticencias importantes desde el ámbito municipal. Asimismo, si aspiramos a alcanzar mayores niveles de simplificación procedimental, debe ser considerada la relación

<sup>12</sup> Esta integración se ha venido realizando *de facto* por la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras, como se puede apreciar en las resoluciones de otorgamiento de las autorizaciones ambientales integradas. No obstante, las prácticas administrativas no cumplen con las exigencias de seguridad jurídica que debe ofrecer el ordenamiento jurídico a los operadores económicos.

entre el procedimiento de autorización ambiental integrada y las exigencias de ordenación administrativa de otros ámbitos como el sanitario<sup>13</sup>.

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

El Derecho comparado autonómico nos ofrece otras alternativas de interés para la integración y simplificación procedimental para la puesta en marcha de actividades no sometidas a autorización ambiental integrada, pero sí obligadas a disponer de autorizaciones sectoriales ambientales. Éste sería el segundo nivel de intervención, que permitiría trasladar el beneficioso efecto integrado de la normativa de control integrado (que afecta a un reducido grupo de actividades industriales), especialmente a la pequeña y mediana empresa sometida a los controles autorizatorios autonómicos de la legislación sectorial. La Ley estatal 30/2007 de protección del ambiente atmosférico recoge la posibilidad de integrar la autorización de emisiones en una autorización integrada autonómica.

Así, la Ley 4/2009 de Murcia sujeta a “autorización ambiental única” las actividades e instalaciones no sometidas a autorización ambiental integrada, pero sí a evaluación de impacto ambiental, o a alguna de las autorizaciones ambientales específicas de competencia autonómica (autorizaciones en materia de producción y gestión de residuos, de vertidos desde tierra al mar, y de actividades potencialmente contaminadoras de la atmósfera, incluidas las referentes a los compuestos orgánicos volátiles.). De otra parte, la Ley 5/2010 de Extremadura ofrece una solución similar, la “autorización ambiental unificada”. Ésta integra las exigencias ambientales sobre contaminación atmosférica, incluidas las determinaciones referentes a compuestos orgánicos volátiles, vertidos al sistema integral de saneamiento, producción y gestión de residuos, suelos contaminados, contaminación acústica y contaminación lumínica.

El ámbito de aplicación de esta autorización estaría claramente definido en un anexo cerrado y exhaustivo. Siguiendo la lógica de nuestro planteamiento, las actividades de este anexo no estarían sometidas a ninguna otra técnica de intervención de la Ley. El grupo de actividades sometidas a licencia municipal de incidencia ambiental se vería reducido. De modo similar, a como se establecería en el régimen de la autorización ambiental integrada, la participación municipal quedaría garantizada a través de la vía de los informes vinculantes de compatibilidad urbanística y de competencia municipal.

La autorización ambiental única integraría, en los casos en los que sea pertinente, el procedimiento de evaluación de impacto ambiental en el mismo sentido que hemos comentado para la autorización ambiental integral.

## D Tercer y cuarto nivel de intervención: la licencia municipal de incidencia ambiental, con o sin intervención autonómica vía informe vinculante. El papel de la comunicación previa

La nueva norma puede establecer un régimen básico de otorgamiento de licencias municipales de incidencia ambiental (conocida de forma clásica como “actividades clasificadas”) que se coordine con el resto de técnicas autorizatorias y de evaluación. Se trataría del

<sup>13</sup> En este sentido destacan las obligaciones de mantenimiento de instalaciones exigidas a las instalaciones industriales para la prevención de la legionelosis, previstas en el Real Decreto 865/2003, de 4 de julio, y en el Decreto autonómico 9/2001, de 11 de enero, para las instalaciones térmicas. Esta opción de coordinación o integración debe ser valorada igualmente en el marco del procedimiento de otorgamiento de la licencia municipal de incidencia ambiental.



tercer nivel de intervención ambiental que tendría fines no estrictamente ambientales, sino también urbanísticos, sanitarios y de seguridad.

Tras la derogación (un tanto confusa) del Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (conocido como RAMINP), y la regulación del Decreto 133/2008, de 12 de junio, que regula únicamente la evaluación de incidencia ambiental, como un trámite de competencia autonómica en el marco del procedimiento para el otorgamiento de la licencia municipal, parece conveniente establecer un régimen básico autonómico de actividades clasificadas que precise la intervención autonómica en dicho procedimiento. Esta necesidad se ve acrecentada por la ausencia de ordenanzas propias en la materia en algunos municipios y por la inseguridad que rodea a la aplicación de la normativa sobre libre acceso a las actividades servicios y a su ejercicio.

A este régimen estarían sometidas las actividades no sometidas a autorización ambiental integral ni a autorización ambiental única y que, tras una evaluación previa, se incluyan, de modo taxativo, en el anejo (anejos) correspondiente de la norma, por entender que causen molestias, daños o riesgos a la salud humana o al medio ambiente. Existen abundantes leyes autonómicas recientes que facilitarían la labor de determinación de las actividades con incidencia ambiental.

No someter a licencia municipal a las actividades sometidas a autorización ambiental autonómica (integral o única), se justifica en las propias previsiones de la Ley 16/2002 (con relación a las actividades sometidas a control integrado) y por las exigencias de la normativa de libre prestación de servicios, que está destinada a evitar cargas administrativas innecesarias y desproporcionadas. En consecuencia, con esta medida se simplificarían y reducirían las cargas administrativas y los plazos para la puesta en marcha de actividades, además de que se evitarían los eventuales conflictos e incoherencias que pudieran surgir (pensemos en el caso de una actividad con autorización ambiental integrada, que se encuentra con reticencias locales para la concesión de la licencia municipal). Como ya hemos señalado anteriormente, la intervención municipal en los procedimientos autonómicos debería quedar garantizada a través de los preceptivos informes municipales vinculantes en el marco del procedimiento autonómico.

La norma propuesta tendrá que articular la licencia municipal de incidencia ambiental con las licencias de obras. No obstante, la jurisprudencia y nuestro ordenamiento jurídico ya prevé la tramitación y resolución conjunta de los procedimientos de licencia de obras y de incidencia ambiental.

Siguiendo el planteamiento del Decreto 133/2008, se pueden prever dos niveles de intervención diferenciados:

1. Actividades sometidas a licencia municipal de incidencia ambiental, con informe vinculante autonómico.
  2. Actividades sometidas a licencia municipal de incidencia ambiental, exentas de informe vinculante autonómico.
- a) Tercer nivel de intervención: actividades sometidas a licencia municipal de incidencia ambiental, con informe autonómico vinculante (o declaración de impacto ambiental)
- La intervención autonómica vía informe vinculante de incidencia ambiental (lo que hoy conocemos como la evaluación de incidencia ambiental regulada en el Decreto 133/2008)

sólo tendría lugar en las actividades con mayor impacto ambiental. Nos parece más adecuada la denominación de “informe autonómico de incidencia ambiental” (que usar la denominación de “evaluación de incidencia ambiental”) para que no perdamos la perspectiva de que se trata de un trámite en el marco del procedimiento de otorgamiento de la licencia municipal. Su denominación como evaluación de incidencia ambiental genera, a mi juicio, confusión y hace menos clara la comprensión del panorama de las técnicas de intervención administrativa ambiental.

En la línea de lo fijado por el Decreto 133/2008, cuando las actividades obligadas a disponer de licencia municipal estén sometidas igualmente a evaluación de impacto ambiental, no sería necesario el trámite de informe de incidencia ambiental, ya que se entiende que el procedimiento de evaluación y la declaración de impacto ambiental ejercen con mayores garantías esa labor. En este caso, deberían preverse las medidas procedimentales adecuadas de coordinación, que garanticen que ninguna actividad sea autorizada sin la preceptiva evaluación. La licencia municipal sólo podría ser concedida en caso de otorgamiento de previa declaración de impacto ambiental positiva y, en ese caso, debería integrar

b) Cuarto nivel de intervención: actividades sometidas a licencia municipal de incidencia ambiental, sin informe autonómico vinculante. El papel de la comunicación previa.

Las actividades de incidencia ambiental residual o menor estarán sometidas a licencia municipal, pero quedan eximidas de intervención autonómica vía informe. Este enfoque entronca perfectamente con la línea marcada por el Decreto 133/2008, que recoge un anexo de actividades excluidas de evaluación de incidencia ambiental. Sería el cuarto nivel de intervención, que no afectaría a las actividades sometidas a autorización ambiental autonómica (integral o única) o a evaluación de impacto ambiental.

En este sentido interesa destacar que el actual Decreto 133/2008 excluye de intervención autonómica a las “actividades de ocio, entretenimiento y de restauración previstas en el Catálogo de espectáculos públicos y actividades recreativas de la Comunidad Autónoma de Galicia, aprobado por el Decreto 292/2004, de 18 de noviembre”; razón por la que ha recibido las críticas del *Valedor do Pobo*<sup>14</sup>. Es decir estas actividades estarán sometidas a la exigencia de licencia municipal si así lo establece una ordenanza municipal –o al menos esa parece la interpretación más probable de un Decreto realmente confuso e innecesariamente complejo. Este Decreto crea un panorama municipal de excesiva diversidad de regímenes de intervención para este tipo de actividades. Una Ley, como la propuesta, podría otorgar esa seguridad jurídica necesaria tanto para los promotores de estas actividades como para los municipios.

Asimismo entendemos que en la definición del ámbito de aplicación y el régimen de la licencia municipal de incidencia ambiental sería conveniente tomar en consideración el régimen de ordenación administrativa en materia de espectáculos, establecimientos públicos y actividades recreativas, a los efectos de una mayor coordinación e incluso integración de los regímenes respectivos.

Con relación a todas o a algunas de las actividades que proponemos someter a licencia municipal de incidencia ambiental, sin informe vinculante autonómico, podría plantearse

14 DE ANDRÉS ALONSO considera que “[e]sta exclusión es inexplicable; con ella decae la garantía preventiva más importante de los ciudadanos cuando en su entorno se pretende instalar una sala de fiestas, una discoteca, un pub o cualquier otra actividad de este tipo, lo que se daba mediante la exigencia de licencia específica que analizara, entre otras cosas, las repercusiones en la calidad de vida, la intimidad personal y familiar, la salud o el descanso de los vecinos” (“El medio ambiente en Galicia a la luz de los informes del Valedor do Pobo”, PERNAS GARCÍA (coord.), *Análisis y reflexiones sobre el Derecho ambiental en Galicia*, Universidade da Coruña, 2009, p. 44).



la posibilidad alternativa de someterlas a régimen de comunicación ambiental, con la finalidad de reducir, en su caso, las cargas administrativas innecesarias o desproporcionadas. Algunas normas autonómicas han interiorizado esta técnica de intervención, como es el caso de la Ley 2/2006, Comunidad Valenciana, Ley 20/2009 de Cataluña<sup>15</sup> o la Ley 5/2010 de Extremadura.

La exigencia de comunicación previa a las actividades de menor impacto requiere establecer las oportunas cautelas documentales. En este sentido la normativa autonómica más reciente, como la Ley 20/2009, ha dispuesto que la comunicación previa debe ir acompañada de proyecto con memoria ambiental, de una certificación acreditativa del personal técnico competente de la ejecución del proyecto de cumplimiento del proyecto presentado y de la normativa ambiental y, en su caso, de la declaración de impacto ambiental. Sobre esta última cuestión habría que valorar qué entidad se encargaría de la emisión de tal certificación, una entidad pública (órganos o servicios autonómicos o municipales) y/o una entidad colaboradora de la administración. Se aprecia claramente en la legislación autonómica una tendencia a externalizar estas funciones a las entidades colaboradoras de la Administración, en las que los promotores de actividades privadas encuentran una nueva fuente de seguridad jurídica<sup>16</sup>, ante la desaparición del control público previo.

La comunicación será posterior al otorgamiento de las licencias urbanísticas o sectoriales que sean precisas. En caso de que la instalación no esté sometida a exigencia de licencia urbanística, algunas normas autonómicas han optado por exigir, dentro de la documentación que acompañe a la comunicación, un certificado de compatibilidad urbanística.

La exigencia legal de comunicación debe ir acompañada de un conjunto de cautelas destinadas a potenciar la información documental complementaria a la comunicación, a reforzar los medios materiales y humanos en el desarrollo de la actividad de inspección y a prever un régimen sancionador para disuadir el falseamiento de las informaciones y el incumplimiento de las condiciones ambientales legalmente establecidas.

## E Técnicas de evaluación de proyectos: la evaluación de impacto ambiental de proyectos

La Ley propuesta debería aprobar el régimen de evaluación de impacto ambiental de proyectos. Esta norma tendría que desarrollar el procedimiento de la legislación básica del Estado -Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos-, con relación a los proyectos de competencia autonómica.

El Real Decreto Legislativo ha sido modificado por la Ley 6/2010, de 24 de marzo. Esta norma ha clarificado las fases del procedimiento y ha reducido los plazos de sus diferentes trámites. Así también ha adaptado esta regulación a las nuevas previsiones de la regulación sobre libre acceso a las actividades de servicios, dando lugar a algunas distorsiones que no procede analizar en este artículo<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> La Ley catalana prohíbe a los municipios el sometimiento a licencia municipal a las actividades incluidas dentro del régimen de comunicación definido por la norma.

<sup>16</sup> Véase en este sentido ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, 2009.

<sup>17</sup> Esta cuestión la hemos tratado en profundidad en el artículo "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 propuesta normativa podría contribuir a precisar el concepto de órgano sustantivo en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos, lo cual es fundamental para evitar descoordinaciones entre administraciones, y para determinar la incardinación y efectos del procedimiento accesorio de evaluación de impacto ambiental. No todas las actividades están obligadas a disponer de autorización sustantiva sectorial. Algunas de ellas están afectadas por un mero régimen de comunicación previa. Dependiendo de los supuestos el papel de órgano sustantivo puede ser desempeñado, por tanto, por el órgano ambiental para la concesión de la autorización ambiental autonómica, el órgano sectorial competente para autorizar el proyecto (o recibir la comunicación o declaración responsable) o el alcalde en el marco del procedimiento para la concesión de la licencia municipal de incidencia ambiental. Cada una de estas situaciones requiere de soluciones de coordinación de procedimientos diferentes, que es necesario prever normativamente.

Tras la incidencia de la normativa de servicios, algunos proyectos han pasado a estar sometidos en sus sectores respectivos a la exigencia de declaración responsable o comunicación previa. En este orden de cosas, habría que desarrollar la nueva regulación propuesta de acuerdo con las previsiones de la Ley 25/2009 y el Reglamento 367/2010, de 26 de marzo, relativo a la modificación de diversos reglamentos del área de medio ambiente para su adaptación a la Ley 17/2009 y a la Ley 25/2009. Estas normas disponen que la evaluación de impacto ambiental tendrá que realizarse con carácter previo a la declaración responsable o comunicación previa, cuando ésta sea la forma de control de la actividad. Es decir, la declaración responsable o comunicación previa no podrá presentarse (y en consecuencia, no podrá iniciarse el desarrollo de la actividad) hasta que no haya sido emitida la declaración de impacto ambiental.

Las autorizaciones autonómicas y la licencia municipal, con informe autonómico vinculante, son exigibles a determinadas actividades, instalaciones o establecimientos. Este tipo de proyectos están sometidos en algunas ocasiones a procedimientos de evaluación de impacto ambiental, por lo que habría que integrar estas previsiones en los procedimientos de otorgamiento de las autorizaciones ambientales autonómicas y de la licencia municipal, tal y como hemos comentado en apartados anteriores. No obstante, en algunos casos las instalaciones sometidas a control integrado estarán sometidas a evaluación de impacto en todo caso y, en otras, habrá que realizar un análisis caso por caso. Lo mismo ocurre con las actividades sometidas a autorización ambiental única o licencia municipal de incidencia ambiental. Esto requiere que haya que prever reglas diferentes para articular estos diferentes escenarios posibles en los regímenes de la autorización ambiental integrada, de la autorización ambiental única y de la licencia municipal de incidencia ambiental, tal y como hace de forma muy clara la Ley 4/2005 de Navarra<sup>18</sup>.

La Ley propuesta debería valorar, en atención a la experiencia adquirida en su aplicación, si es preciso mantener el régimen de evaluación de efectos ambientales previsto en la ley 1/1995 y desarrollado por Decreto 227/1991, de 4 de octubre. En atención al diseño propuesto de técnicas de intervención administrativa, recomendamos la derogación de la norma autonómica, ofreciendo, eso sí, una solución que clarifique los procedimientos a aplicar en los supuestos de las obligaciones de sometimiento a evaluación de impacto ambiental previstas en la legislación sectorial.

<sup>18</sup> Véase sobre esta Ley, 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.



Sería preciso también crear mecanismos jurídicos de coordinación de los procedimientos de evaluación ambiental, con las técnicas de intervención de la legislación de ordenación del territorio, particularmente con los proyectos de incidencia supramunicipal, regulados a través de Decreto autonómico 80/2000, do 23 de marzo, que anula la capacidad de intervención administrativa de los municipios en relación con este tipo de proyectos. Algunas recientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia nos hablan de la necesidad de clarificar esta cuestión; es el caso de las sentencias de septiembre de 2008 (572/08), de 25 de febrero de 2009 y de 20 de enero de 2010. En estos supuestos se produce una alteración de la competencia local en materia de incidencia ambiental y urbanística, que exige de previsiones específicas en la regulación de control integrado de la contaminación, evaluación de impacto ambiental de proyectos y licencia de incidencia ambiental.

Finalmente, la norma propuesta podría prestar atención a las exigencias específicas de evaluación ambiental de proyectos (y también de planes) realizados en Red Natura, con la finalidad de clarificar el procedimiento aplicable y la posibilidad de desarrollar actividades con incidencia ambiental en estos espacios. Sería positivo integrar las limitaciones y obligaciones de evaluación del artículo 45 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y la Biodiversidad en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental de proyectos y de planes y 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 del régimen económico matrimonial en el derecho civil gallego

**Resumen:** *La ley de Derecho Civil de Galicia contiene la regulación legal del régimen económico matrimonial. Consta de tres capítulos, el primero de ellos dedicado a las disposiciones generales, el segundo a las capitulaciones matrimoniales, y un tercer y último capítulo que regula las donaciones por razón de matrimonio. En el presente trabajo se analiza cada uno de ellos por separado para un mejor análisis de la regulación contenida en la ley 2/2006, comenzando por el artículo 171: "El régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales". En otros derechos forales, el sistema elegido ha sido el de separación de bienes, como sucede en Cataluña y Baleares, algo que parece más lógico a la vista de los problemas derivados de la partición y disolución de la sociedad familiar en caso de optar por una sociedad de gananciales. La comisión superior de derecho civil de Galicia defiende la modificación de la ley gallega para optar por el régimen de separación de bienes, lo que refrenda la necesidad de este cambio legal.*

**Palabras clave:** *derecho civil gallego, matrimonio, régimen patrimonial, capitulaciones, donaciones.*

**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. Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. 3. Régimen económico matrimonial. 3.1 Las capitulaciones matrimoniales. 3.2. Las donaciones por razón de matrimonio.*



# 1 Antecedentes

La realidad jurídica particular de Galicia se ha aceptado históricamente sin mayores inconvenientes en lo que respecta a las costumbres presentes en su territorio, aunque no haya existido unanimidad doctrinal a la hora de reconocer un derecho civil propio, más allá del derecho consuetudinario de marcado carácter agrario. Con todo, la Ley de Bases del Código civil, de 11 de mayo de 1888, en su Base 13, reconocía expresamente a Galicia<sup>1</sup> como territorio foral conjuntamente con Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra y Provincias Vascaas, mención que quedaría plenamente consolidada con la ley 147/1963, de 2 de diciembre, que supuso la aprobación de la *Compilación del Derecho civil especial de Galicia*<sup>2</sup>.

La condición de territorio foral con un corpus normativo propio debería haber supuesto un impulso claro a la aplicación práctica de este derecho, sin embargo, al ser normas pertenecientes casi en exclusiva al mundo agrario -como por ejemplo la compañía familiar gallega o los "muiños de herdeiros", cuyos conflictos llegaban en raras ocasiones a los tribunales- y no de carácter general, se redujo el ámbito de conocimiento y de aplicación de este derecho foral más aparente que real<sup>3</sup>. La nueva compilación gallega no se convirtió en un estímulo para los que podían utilizarla, puesto que en el núcleo de dicha ley no se encontraban las relaciones de derecho privado utilizadas normalmente por la ciudadanía. El reflejo normativo de instituciones alejadas de la realidad de aquella época, pertenecientes a un ámbito casi estrictamente rural, hicieron de la *Compilación de Derecho civil de Galicia* un cuerpo regulador incompleto, ya porque faltasen -según parte de la doctrina<sup>4</sup>- algunas figuras que debieran haberse reflejado en el mismo, ya porque se consideraba que algunas instituciones presentes en la *Compilación* carecían de entidad suficiente para haber sido recogidas por la misma<sup>5</sup>.

El marco constitucional previsto para el desarrollo de la actividad legislativa de las CCAA es el constituido por el artículo 149.1.8 de la Constitución Española, en donde recoge la competencia exclusiva del Estado en distintas materias, como la "legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas

1 Vid. al respecto, RODRÍGUEZ ENNES, L., *Aproximación a la historia jurídica de Galicia*, EGAP, Santiago de Compostela, 1999, p. 209 ss., en donde realiza una exégesis histórica de la legislación gallega hasta convertirse en compilación foral. Comienza con la Comisión General de Codificación creada por decreto de 2 de febrero de 1880, en donde se prevé la presencia de un miembro representante de cada territorio que tenga instituciones de derecho foral como era el caso de Galicia, hasta el Código Civil de 1889, en donde muestra la incompatibilidad del derecho gallego con el nuevo *corpus* normativo en p. 219: "No obstante el principio general de respeto de los Derechos forales, en el caso particular de Galicia, la entrada en vigor del Código supuso la práctica desaparición de las especialidades forales precisamente fundamentadas en un derecho consuetudinario en gran parte contrario a las nuevas prescripciones del Código sometidas a la aplicación del artículo 5 del nuevo texto legal, que rechazaba expresamente la costumbre contra ley, lo que tenía especial relevancia en el ámbito del derecho sucesorio íntimamente unido a la forma de posesión y explotación de la tierra".

2 Muy cuestionada en su momento, como pone de manifiesto RODRÍGUEZ MONTERO R., "El Derecho Civil en Galicia, la ley de Derecho Civil de Galicia y el futuro Derecho Civil de Galicia: Apuntes, ideas y sugerencias", en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 5, 2001, p. 741: "Dicha *Compilación* no obtuvo un juicio unánime en su momento, señalándose opiniones contradictorias, tanto por lo que respecta a la oportunidad de su realización, como en relación a su contenido".

3 Cfr. REBOLLEDO VARELA, A. L., "Derecho civil de Galicia: presente y futuro", en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 46, 2008, p. 13, en donde añade: "En Galicia, por carecer de hondas raíces históricas en la utilización de las normas civiles o de derecho privado como motivo de identidad, tradicionalmente se ha venido aplicando el código civil por lo que ha constituido un territorio foral más formal que real, simplemente fruto de circunstancias políticas de la época de la codificación".

4 CASTÁN TOBEÑAS, J., "La *Compilación del Derecho Civil especial de Galicia*", en RGLJ, núm. 46, 1963, p. 27 ss.

5 Vid. por todos, OTERO VARELA, A., "Sobre la *Compilación del derecho foral gallego*", en AHDE, núm. 35, 1965, p. 555-556, en donde realiza un recorrido histórico para explicar la especial circunstancia de Galicia, al decir que quedó pronto al margen de la Reconquista y por ello: "Continuó el régimen señorial hasta su reciente abolición, lo cual dio lugar a la persistencia de las formas de entrega de tierra típicas de aquel régimen hasta nuestros días, como acredita la presencia actual del foro", añadiendo que la *Compilación gallega* recoge "el foro, la compañía familiar, la aparcería, etc. En conjunto no parecen tener entidad suficiente para justificar su recopilación ni para constituir el problema jurídico de Galicia", para concluir a continuación que el problema jurídico de Galicia es la dificultad a la hora de aplicar el Código civil a un ambiente especial como es el económico gallego.

a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial". De acuerdo con la regulación constitucional, la Comunidad Autónoma de Galicia recogió en su Estatuto de Autonomía de 1981 (artículo 27.4) la competencia exclusiva en materia de "Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego". Del mismo modo, el artículo 38 del Estatuto de Autonomía tiene especial trascendencia en relación con las fuentes de derecho propio de Galicia: "1. En materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el Derecho propio de Galicia es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en el presente Estatuto. 2. A falta de Derecho propio de Galicia, será de aplicación supletoria el Derecho del Estado. 3. En la determinación de las fuentes del Derecho civil se respetarán por el Estado las normas del Derecho civil gallego". Posteriormente, en virtud de la ley 7/1987, se integró en el Derecho civil gallego la Compilación realizada en 1963, aunque se derogasen instituciones como la del Foro, para adaptarla a los principios constitucionales. Como consecuencia de la entrada en vigor de la ley 4/1995, nuevo espacio normativo regulador del Derecho civil de Galicia, la ley 7/1987 fue derogada.

La aparición de la ley 4/1995, de 24 de mayo, de "Dereito civil de Galicia", supuso un avance<sup>6</sup>, por cuanto recogía nuevas figuras como la servidumbre de paso o las serventías, el contrato de vitalicio, las donaciones por razón de matrimonio<sup>7</sup> (que a este tema en concreto objeto de nuestro estudio interesan particularmente, como veremos a continuación), el usufructo universal del cónyuge viudo, el testamento mancomunado<sup>8</sup> o los pactos sucesorios, aunque su falta de claridad en temas tan importantes como el lugar de la costumbre dentro de las fuentes del Derecho (art. 3.2), haya generado tantos problemas de interpretación. En cualquier caso, prevalecen los aspectos positivos sobre los negativos, como se deduce de la inclusión de instituciones antes prohibidas por constituir costumbres contra legem, ahora legalmente aceptadas gracias al principio de competencia entre la legislación estatal y la autonómica que las recoge.

Constaba de 170 artículos, 2 disposiciones adicionales y 4 disposiciones transitorias, siendo el Título VII el que regulaba el régimen económico familiar. En el artículo 112 y 113 se consagraba el principio de libertad en cuanto a las capitulaciones matrimoniales, en cuyo defecto se aplicaría el régimen de gananciales<sup>9</sup>, y en los artículos 114 a 116 se regulaban

6 En opinión de BELLO JANEIRO, D., "Presente y futuro del Derecho civil de Galicia", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005, p. 1051: "La ley de 1995, de Derecho Civil de Galicia, puede ser, con toda justicia, considerada como la más importante norma jurídica de la Comunidad Autónoma gallega emanada del Parlamento después del Estatuto de Autonomía", añadiendo que hasta su entrada en vigor, el derecho civil gallego subsistía como simple costumbre en cierto modo camuflada en la práctica notarial.

7 REBOLLEDO VARELA, N., "Derecho civil de Galicia: presente y futuro", cit. p. 17, en donde resalta la falta de previsión de la ley 4/1995, poniendo como ejemplo: "La regulación de las donaciones por razón de matrimonio (art. 114) sin establecer su incoordinación con el régimen de gananciales que se declara supletorio (art. 112)", aunque destaca que esta ley supuso un "avance ciertamente significativo del derecho civil gallego respecto de la decadencia en que se encontraba inmerso durante la vigencia de la Compilación de 1963 y constituyó la base de la que derivó la ley vigente 2/2006, de 14 de junio".

8 ALONSO VISO, R., "El testamento mancomunado en el derecho gallego", en *Revista Xurídica Galega*, 14, 1996, p. 21, en donde define el testamento mancomunado como "el otorgamiento de última voluntad de varias personas en un único acto o instrumento, incluyendo los patrimonios de todos los disponentes. Falta pues, la nota característica de la individualidad o unipersonalidad en su otorgamiento", y recuerda que esta figura está recogida en la ley 4/1995 en el artículo 137, en donde se le otorga validez, aunque en el ordenamiento jurídico español no existiese una solución única en cuanto al modelo de testamento mancomunado.

9 Vid. al respecto, GUTIÉRREZ ALLER, V., "Régime 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, en donde destaca que la subsistencia del régimen de gananciales como supletorio en defecto de pacto "fue motivo de controversia en los trabajos preparatorios de la ley. La comunidad ganancial, como patrimonio autónomo mancomunado entre cónyuges, sin atribución de cuotas sobre cada uno de los elementos que lo componen, no encaja con la concepción de la comunidad matrimonial de los bienes que predomina entre los cónyuges gallegos, especialmente en el ámbito rural, concepción en la que, aunque está claro que bienes componen esa comunidad (que bienes son gananciales) esta se concibe como comunidad ordinaria por cuotas sobre cada uno de esos bienes", concluyendo que no resultaría extraño que se planteara la comunidad ordinaria en vez de la sociedad de gananciales como régimen supletorio legal.



las donaciones por razón de matrimonio, quizás lo más destacable de esta ley en el ámbito patrimonial<sup>10</sup>. El régimen de donaciones resultaba más amplio que el contenido sobre las mismas dispuesto en el Código Civil, por cuanto el artículo 114 recogía la posibilidad de otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio, virtualidad no recogida en el artículo 1336 del Cc., que sólo contempla las donaciones otorgadas antes del mismo. Además, las donaciones por razón de matrimonio tenían su fundamento en un motivo causal pero, a diferencia del Cc. en el que la causa de tales donaciones era un matrimonio futuro, en la ley gallega se consideraba como principal motivo el matrimonio en sí mismo, presente o futuro.

Al margen de estas consideraciones, la ley 4/1995 no suscitó una opinión unánimemente favorable, por cuanto se entendía como un proyecto legislativo a corto plazo, pacato y en absoluto innovador, al margen de los pequeños avances que hemos señalado<sup>11</sup>. Con todo, negar la importancia de esta ley sería injusto<sup>12</sup>, por cuanto supuso el punto de partida real hasta llegar a un verdadero cuerpo normativo del derecho civil propio de Galicia. La incorporación de nuevas figuras jurídicas que demandaba la realidad jurídica y social gallega, al lado de instituciones de indudable valor etnográfico pero escasa efectividad práctica no restan valor al empeño de procurar la convivencia jurídica de ambas, al margen de los problemas de aplicación que surgieran en la práctica. Con todo, este modelo legislativo mostró pronto sus carencias, por lo que se hizo necesario el reformar la ley 4/1995, convirtiéndose después de los pasos necesarios en la nueva Ley de Derecho civil de Galicia 2/2006, de 14 de junio, actualmente vigente<sup>13</sup>.

## 2 Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia

El texto legal entró en vigor, de acuerdo con su disposición final, a los veinte días de su publicación en el DOG, el día 22 de julio de 2006. Es un texto regulador mucho más eficaz que los anteriores, por cuanto recoge los cambios sociales y estructurales de la sociedad gallega en instituciones jurídicas acordes con dicha realidad<sup>14</sup>, con una legislación unitaria

10 BUSTO LAGO, J.M., "Las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Derecho civil", en *Revista Xurídica Galega*, 35, p. 27, cuando señala: "La determinación del sistema matrimonial y el reconocimiento de la eficacia civil a determinados tipos de matrimonio es competencia exclusiva del Estado, mientras que la regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges puede ser asumida, en el marco de la legislación civil, por las CCAA. La reserva competencial a favor del Estado ha de entenderse restringida a los aspectos no patrimoniales del matrimonio, en conclusión a la que se llega utilizando el art. 13.1 CC (exceptuá expresamente las normas relativas al régimen económico matrimonial de su aplicación general y directa en todo el Estado) como criterio interpretativo".

11 BELLO JANEIRO, D., "Presente y futuro del Derecho civil de Galicia", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005, p. 1053, en donde se muestra satisfecho de los contenidos legislativos incorporados a la ley de 1995, aunque reconoce la necesidad de una amplia reforma: "Pues bien, respecto a la actualización de nuestra Ley de Derecho Civil de Galicia, es necesario ampliar con valentía su contenido, con ocasión de su revisión, una vez transcurrido casi el doble del tiempo de cinco años que la propia norma de 1995 prevé para elaborar un informe parlamentario comprensivo de las dificultades y dudas que se adviertan en la aplicación de los preceptos de la Ley y de las normas que se estimen necesarias para la conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del derecho civil propio de Galicia".

12 Vid. al respecto, PARDO GATO, J.R., "Pasado, presente e futuro do Dereito Civil de Galicia", en *Revista Xurídica Galega*, 47, 2005, p. 16, en donde destaca la importancia de la ley 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 invocade e utilizado en numerosas ocasións para dirimir as súas controversias e litixios, e que, como se explicita na LDCG, 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 Al margen de la modificación sufrida en su Disposición Adicional Tercera con la Ley 10/2007 de 28 de junio, relativa a la equiparación de parejas de hecho, en cuya exposición de motivos se explica que la intención del legislador al introducir en el texto la disposición adicional tercera perseguía eliminar la discriminación que había entre matrimonios y uniones análogas, sin querer "establecer la equiparación ope legis de quienes no desearan ser equiparados", de ahí la nueva redacción prevista en la ley 10/2007, que refleja la verdadera voluntad del legislador.

14 Vid. al respecto, GARCÍA GARRIDO, M.J., "Consideraciones sobre el patrimonio familiar en la ley civil gallega", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 12, 2008, p. 350, en donde destaca la importante ampliación de las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma en la ley 2/2006, al tiempo que declara: "Se trata de una revisión del Derecho Civil aplicable en Galicia y a los gallegos que comprende tan variados temas que le asemejan más a un Código Civil que a una Compilación foral".

totalmente alejada de la anterior -fragmentada y dispersa- para convertirse en un cuerpo normativo que intenta dar soluciones a los problemas interpretativos que puedan surgir, en un esfuerzo clarificador que merece ser destacado. De hecho, en el Preámbulo de la ley se recoge la siguiente afirmación: “No obstante el tiempo transcurrido, la doctrina científica, la práctica forense y la jurisprudencia pusieron de manifiesto la inexplicable repetición de dos artículos del texto legal, la introducción de algunos preceptos superfluos y la regulación ambigua de algunas materias que generaron conflictos en su interpretación o aplicación. Por estas razones, aunque ahora se conserve la regulación existente de muchas de las instituciones tradicionales, una eficiente política legislativa debe intentar mejorar algunos aspectos de las instituciones”, refiriéndose en particular al régimen económico familiar.

Con todo, debe quedar claro que el derecho gallego no tiene vocación de un desarrollo exhaustivo ni el propósito de reinventar un derecho inexistente por su afán de diferenciarse con el Derecho común<sup>15</sup>. Es cierto que se incrementa de forma considerable el número de artículos en esta nueva ley, pasando de tener 170 en la regulación anterior a 308 en la ley 2/2006, pero todo ello como consecuencia del interés integrador unitario, especialmente en relación con el Derecho de familia, que no del desarrollo *ad infinitum* de la norma.

La ley 2/2006 consta de 308 artículos distribuidos en diez Títulos más uno preliminar, cuatro Disposiciones Adicionales y tres Transitorias, así como una Disposición Derogatoria de la ley del Parlamento de Galicia 4/1995, de 24 de mayo, y una Disposición Final. En el artículo primero se relacionan las fuentes del Derecho civil de Galicia: “la ley, la costumbre y los principios generales que integran e informan el ordenamiento jurídico gallego<sup>16</sup>”, con un segundo párrafo que nos recuerda que la costumbre “regirá en defecto de ley gallega aplicable”, terminando el artículo 1.3 con la siguiente argumentación: “En defecto de ley y costumbre gallegas, será de aplicación con carácter supletorio el derecho civil general del Estado, cuando no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego”.

Por lo que respecta al ámbito territorial de aplicación, el artículo 3 determina que: “El derecho civil gallego tendrá eficacia en el territorio de la comunidad autónoma. Se exceptúan los casos en que, conforme al derecho interregional o internacional privado, hayan de aplicarse otras normas”. En lo que se refiere al ámbito personal de aplicación, la regla viene recogida en el artículo 4: “1. La sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común. 2. Los gallegos que residan fuera de Galicia tendrán derecho a mantener la vecindad civil gallega con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común y, en consecuencia, podrán seguir sujetos al derecho civil de Galicia<sup>17</sup>”.

En realidad, lo que hace esta norma es repetir la disposición contenida en el artículo 14.1 del Código civil<sup>18</sup>, según la cual: “La sujeción al derecho civil común o al especial o foral

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

16 SANDE GARCÍA, P., “Título preliminar”, en V.V.A.A., *Comentarios a la ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 63: “Arrumbada la eficacia en general de la costumbre contra *legem dispositiva*, también en el específico campo de las *aparcerías*, aunque no en el de la *compañía familiar*, la enumeración de las fuentes del derecho civil de Galicia ex art. 1.1 LDCG/2006, de inconfundible sabor *códigocivilístico* y aragonés, va ahora seguida de la afirmación de la posición jerárquica de la ley sobre la costumbre, que como tal costumbre regirá, aunque en realidad ha venido rigiendo entre nosotros bajo el imperio de la LDCG/1995, *extra legem*”.

17 Vid. al respecto, GARCÍA GARRIDO, M.J., “Consideraciones sobre el patrimonio familiar en la ley civil gallega”, cit. p. 350: “Ofrece también dudas la concesión a los gallegos que habitan el universo mundo de poder seguir sujetos al derecho civil de Galicia (artículo 4) y no a las leyes de los países o regiones donde residen”.

18 En íntima relación con lo dispuesto en el artículo 16.1 del Cc: “Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades: 1º. Será ley personal la determinada por la vecindad civil”.



se determina por la vecindad civil". El concepto de vecindad se debe poner en relación con el régimen económico matrimonial<sup>19</sup>, pudiendo traer a colación las donaciones hechas por razón de matrimonio, que se registrarán por la Ley de Derecho Civil de Galicia cuando el donante posea la vecindad civil gallega en el momento de su otorgamiento. Con todo, no está de más precisar que a efectos registrales, una cosa es la vecindad civil y otra diferente el régimen económico matrimonial, que no se presume por el solo hecho del lugar de otorgamiento<sup>20</sup>. Por lo que se refiere a los pactos o capitulaciones matrimoniales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.3 del Código Civil: "Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes, bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento", se desprende que si uno de los otorgantes tiene la residencia habitual en Galicia o la vecindad civil les será de aplicación la normativa contenida en la ley gallega vigente.

### 3 Régimen económico matrimonial

El Título IX de la ley de Derecho Civil de Galicia contiene la regulación legal del régimen económico matrimonial. Consta de tres capítulos, el primero de ellos dedicado a las disposiciones generales, el segundo a las capitulaciones matrimoniales, y un tercer y último capítulo que regula las donaciones por razón de matrimonio<sup>21</sup>. Veamos a continuación cada uno de ellos por separado para un mejor análisis de la regulación contenida en la ley 2/2006, comenzando por el artículo 171: "El régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales". En otros derechos forales el sistema elegido ha sido el de separación de bienes, como sucede en Cataluña y Baleares, algo que parece más lógico a la vista de los problemas derivados de la partición y disolución de la sociedad familiar en caso de optar por una sociedad de gananciales. Sin embargo, del propio artículo 171 se colige la intención clara de que el régimen legal supletorio sea en todo caso el de gananciales, sin llegarse siquiera a plantear el sistema de separación de bienes<sup>22</sup>. En realidad, lo que hace la norma gallega es reproducir en gran medida los artículos 1315 y 1316 del Código Civil, en donde se contienen algunas de las disposiciones generales del régimen económico matrimonial. Así, el artículo 1315: "El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código", y el artículo

<sup>19</sup> Ya que si los cónyuges tienen la vecindad civil cuando vayan a contraer matrimonio, se les aplicará el régimen económico matrimonial de la Ley 2/2006, así como si es uno de ellos el que tiene la vecindad o la residencia habitual en Galicia y lo decidan en documento público antes de celebrarse el matrimonio. También cuando los cónyuges tengan su residencia habitual común en Galicia justo después de contraer matrimonio, cuando lo contraigan en Galicia.

<sup>20</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M., *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Civitas, 3ª ed. 2006, p. 310. A mayor abundamiento, la Sentencia de 20 de mayo de 2008 de la Sala Tercera del TS, respecto del artículo 161 del Reglamento Notarial y su redacción acorde con el Real Decreto 45/2007, de 27 de enero, afirma que no es acertado que la vecindad civil contenida en escritura pública pueda resultar, en caso de silencio, por el solo dato del lugar de otorgamiento.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Comares, Granada, 2006, p. 125: "Las donaciones por razón de matrimonio no forman parte del régimen económico matrimonial propiamente dicho, aunque sí tienen cierta relación con el mismo, al tratarse de aportaciones económico-patrimoniales realizadas en consideración al matrimonio. Ciertamente, las donaciones por razón de matrimonio no son un régimen matrimonial sino simplemente unas donaciones como cualesquiera otras en las que no es esencial, como luego veremos, que se hagan en capitulaciones matrimoniales. No obstante, la ley y la doctrina se refieren a ellas con ocasión de tratar el régimen económico".

<sup>22</sup> MARTÍNEZ HENS, H., "Del régimen económico familiar", en V.V.A.A., *Comentarios a la ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, cit. p. 722: "Es de advertir que en la tramitación parlamentaria de la Ley 2/2006 ni siquiera llegó a plantearse el debate sobre la oportunidad de aplicar supletoriamente el régimen de separación de bienes en lugar del de gananciales, debido en parte quizás a una mayor dedicación del legislador a otras materias distintas de las que ahora nos ocupan".

1316: “A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales<sup>23</sup>”.

Por otro lado, la aplicación de este régimen económico no tendría mayores dificultades si no fuera por la relación de este precepto con la Disposición Adicional Tercera de la ley 2/2006: “A los efectos de aplicación de la presente ley se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo cual se extienden, por tanto, a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges. Tendrá la consideración de relación marital análoga al matrimonio la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, pudiéndose acreditar tal circunstancia por medio de la inscripción en el registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho. En caso de tener hijos en común será suficiente con acreditar la convivencia”.

El problema reside en la equiparación automática que se hace con los matrimonios, sin contar con el consentimiento preceptivo, que debería de ser el elemento esencial a la hora de establecer la equiparación entre matrimonio y pareja no matrimonial. Esta falta de voluntad expresa de las relaciones maritales constituye un fallo del legislador<sup>24</sup>, que debería haber previsto los casos en los que no se desea la equiparación con el matrimonio.

Como consecuencia de este error, el legislador optó por redactar de nuevo la norma en la ley 10/2007, de 28 de junio, en cuya exposición de motivos explica la razón por la que se había hecho tal equiparación en la disposición adicional tercera de la ley 2/2006: “Se introdujo en el texto la disposición adicional tercera, en aras de eliminar en el ámbito de la ley la discriminación existente entre los matrimonios y las uniones análogas a la conyugal; sin embargo, no fue intención del legislador establecer la equiparación ope legis de quienes no desearan ser equiparados”, aclarando que la pretensión era que los miembros de una unión pudiesen expresar su voluntad de ser equiparados al matrimonio, siempre y cuando acreditaran un tiempo determinado de convivencia estable. Debido a la confusa redacción de tal disposición, que “podría no reflejar la auténtica voluntad del legislador”, se formuló una proposición de ley de modificación de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, “apoyada en tres pilares básicos de nuestro ordenamiento: el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad ante la ley y la salvaguarda de la seguridad jurídica”. Con el cambio de redacción del precepto confuso, se estableció un Registro de Parejas de Hecho<sup>25</sup> de Galicia, en el que las uniones maritales análogas a la conyugal, de

23 Reflejada en los artículos 1344 a 1410 del Código Civil.

24 Vid. al respecto, PÉREZ MARTÍN, A.J., *Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Tomo 5, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 1833: “Aunque sólo sea a efectos meramente anecdóticos, hay que hacer referencia al dislate legislativo en que incurrió el legislador gallego al introducir en la ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en la disposición adicional tercera, una total equiparación entre los matrimonios y las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, y en virtud de ella se extendía a los miembros de la pareja los derechos y obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges, y entre otras cuestiones, como es obvio ya que no existía exclusión alguna, al régimen económico matrimonial, concretamente el de gananciales cuando no existían capitulaciones matrimoniales.

25 En la nueva redacción de la Disposición Adicional Tercera de la ley 10/2007, de 28 de junio, en el segundo párrafo se hace mención de los excluidos de la condición de parejas de hecho: “a) Los familiares en línea recta por consanguinidad o adopción. b) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado. c) Los que estén ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona”, de acuerdo con lo dispuesto para la institución del matrimonio en nuestro CC, concretamente en los artículos 46.2: “No pueden contraer matrimonio los que estén ligados por vínculo matrimonial”, y 47: “Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1º Los parientes en línea recta por consanguinidad y adopción. 2º Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3º Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos”, aunque el Ministerio de Justicia puede dispensar, siempre a instancia de parte, el impedimento de la muerte dolosa del cónyuge anterior, como se recoge en el artículo 48 del CC; además, a continuación, en el tercer párrafo se añade que las parejas de hecho “podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos”, reputándose nulos los pactos que contravengan tal prohibición.



dos personas mayores de edad<sup>26</sup> capaces y que convivan con intención de permanencia se deben inscribir a efectos de expresar su voluntad de ser equiparados al matrimonio<sup>27</sup>.

A mayor abundamiento, en la disposición final de la ley 10/2007 de 28 de junio se introducía un plazo de un mes como fecha en la que la Xunta de Galicia debía aprobar un decreto que crease y regulase la "organización y gestión del Registro de Parejas de Hecho de Galicia, que tendrá carácter constitutivo y en el que se inscribirán necesariamente las declaraciones formales de constitución de parejas de hecho, las modificaciones y las extinciones, cualquiera que sea su causa". Este Registro fue creado por la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia de la Xunta de Galicia mediante el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, siendo la inscripción voluntaria, gratuita y de naturaleza constitutiva. Así, sólo serán equiparadas al matrimonio las situaciones de convivencia inscritas<sup>28</sup>.

No cabe duda de que el corolario lógico a esta situación de incertidumbre legal anterior es permitir que las parejas que convivan de modo estable y tengan la intención de ser equiparadas al matrimonio a efectos de la Ley 2/2006 (con la reforma concretada en la ley 10/2007) se inscriban si les parece pertinente, dejando espacio a la voluntad de ejercer o no tal derecho de inscripción. Con todo, debe quedar claro que la equiparación será a los solos efectos de derechos y obligaciones regulados por la Ley de Derecho Civil de Galicia, sin incluir otros ámbitos en los que la convivencia reconocida podría surtir efectos<sup>29</sup>. Por otro lado, en lo que respecta a las parejas no inscritas, confirmado el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho, se tendrán como no equiparadas a la situación de matrimonio y por lo tanto no sujetas a su régimen económico, siéndoles de aplicación las soluciones jurídicas existentes con anterioridad a la promulgación de esta ley.

Además, no podemos obviar los últimos acontecimientos con respecto a la regulación establecida sobre las parejas de hecho<sup>30</sup>, la duda sobre su constitucionalidad. Ya habían ad-

26 El artículo 46.1 del CC se refiere a la incapacidad de contraer matrimonio los menores no emancipados.

27 Vid. al respecto, RODRÍGUEZ PARADA, A.I., "El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio", 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, donde pone el énfasis en la ausencia de cualquier tipo de debate en la tramitación parlamentaria de esta ley -a su juicio mejorable- produciéndose el mismo en la práctica diaria forense, notarial, registral y doctrinal, hasta llegar a la reforma de la disposición adicional tercera para cambiar los presupuestos de equiparación entre matrimonio y convivencia no marital, "haciéndolos más restrictivos: a) Debe de tratarse de una relación marital, lo que, con independencia del carácter homo o heterosexual de la relación, supone un vínculo sexual y afectivo. b) Con intención de permanencia en el tiempo, lo que excluye relaciones ocasionales, coyunturales o meramente transitorias. c) Han de cumplir determinados requisitos de capacidad, más rígidos que para contraer matrimonio, pues al exigir mayoría de edad de ambos integrantes de la relación, se excluyen los menores emancipados y la posibilidad de dispensa de los menores de más de catorce años; y al requerir que sean capaces, también quedan excluidos los que hayan sido incapacitados".

28 DÍEZ-PICAZO GÍMEZ, G./ ARANA DE LA FUENTE, I., *Las nuevas estructuras familiares y su reflejo en los Tribunales de justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 96 ss. en donde traen a colación el problema de una pareja que había convivido maritalmente durante cuatro años, pero que al tocarle la lotería a uno de ellos no quiere repartir el premio, el otro miembro de la pareja reclama su parte como pensión compensatoria, pero el agraciado con la suerte de la lotería dice que si hubiera elegido la sociedad de gananciales, se habría casado, y al no hacerlo, no tiene porqué compartir nada con la otra parte. Si estuviesen viviendo en Galicia, y estuviesen inscritos en el registro de parejas de hecho, seguramente la solución jurisprudencial habría sido distinta. Como declaran en p. 96: "El recurso que se estudia a continuación es un asunto curioso por las alegaciones que, en defensa de sus intereses, realiza la pareja de hecho que lo protagoniza: la libertad de permanecer soltero por parte del agraciado-recurrente; y la existencia de comunidad de bienes, la aplicación analógica del régimen ganancial, la naturaleza de pensión compensatoria de la mitad de un premio de lotería y, en defecto de todo lo anterior, enriquecimiento injusto", dejando el fallo judicial un sabor amargo al no reconocer el derecho de la otra parte de percibir parte del premio.

29 La Ley 2/2006 recoge otros supuestos en los que la convivencia sin matrimonio se equipara al mismo, como sucede por ejemplo con lo dispuesto en el artículo 36.1.1, el derecho a asentar a la adopción realizada por el que convive con el sujeto que asiente; artículo 43.3, por el que el conviviente puede ser posible delegatario de la potestad de designación de tutor en la autotutela, así como la preferencia en la representación del ausente en caso de ausencia no declarada, como recoge el artículo 48.1.

30 Resulta interesante la exégesis realizada por MATA DE ANTONIO, J.M., "Parejas de hecho: ¿equiparación o discriminación? (Análisis de la normativa autonómica)", en *Acciones e Investigaciones Sociales*, 14, 2002, p. 185 ss. sobre las decisiones judiciales en tema de parejas de hecho, reflexiones que no pierden vigencia al margen del paso del tiempo. Sirva de ejemplo lo contenido en p.191: "La postura mayoritaria que se ha venido observando en las resoluciones de los Tribunales, en lo referente a aplicar analógicamente la regulación prevista para las uniones matrimoniales, en los supuestos de uniones de hecho, y que llega a bastantes de los efectos personales y patrimoniales de la ruptura (pensiones por alimentos, régimen de visitas, guarda y custodia, atribución del uso del domicilio común, etc.), no lo es tanto cuando se trata de resolver sobre la liquidación del "patrimonio común", o sobre la solicitud de "pensiones compensatorias". En concreto, en este punto, encontraremos, desde sentencias que mantienen la aplicación a los supuestos de ruptura de uniones de hecho, de las reglas de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, hasta otras que acuden a la figura del enriquecimiento injusto como base para fijar una indemnización por vía de pensión compensatoria".

vertido algunos juristas de la colisión de la Ley de Derecho Civil de Galicia del 2006 -en relación con el tema de las parejas de hecho- con la Constitución Española, en concreto con el artículo 149.1.8, posibilidad que el Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ha estimado como probable, lo que le ha llevado a recurrir al Tribunal Constitucional para que aclare si esta ley se ajusta a la Carta Magna o por el contrario está fuera del orden constitucional. De hecho, el alto Tribunal ya ha admitido a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia en relación con la regulación de las parejas de hecho, por cuanto el TSXG entiende que es el Estado, y no la Comunidad Autónoma, el que tiene competencia para regular las uniones matrimoniales. No hay que olvidar que la equiparación de las situaciones convivenciales afecta a temas tan sensibles como el de la herencia, en el que ya se han presentado numerosos conflictos<sup>31</sup> a la hora de establecer qué ordenamiento regula los derechos sucesorios, por ejemplo, ante el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja. El Tribunal Superior de Xustiza de Galicia basa su oposición a la ley aprobada en el Parlamento Gallego en que estaríamos ante una nueva forma de matrimonio, lo que sin duda quiebra la unidad del sistema matrimonial garantizado por la Constitución. En ese exceso cometido por la Cámara Autonómica se percibe una intención clara de equiparar legalmente las parejas de hecho a los matrimonios, algo que no es de su competencia, ni se puede entender como desarrollo del derecho civil gallego. Resta por conocer la decisión del Tribunal Constitucional, que fijará la posición legal en todo este asunto, y que aclarará de una vez por todas cuál es el régimen que se debe adoptar con respecto a las uniones convivenciales estables que no hayan optado por el matrimonio formal por no ser ésta su opción de vida en común.

### 3.1 Las capitulaciones matrimoniales

El artículo 172 de la ley 2/2006 contempla la posibilidad de pactos en las capitulaciones matrimoniales<sup>32</sup>, referidos a la futura liquidación de la sociedad de gananciales: “Los cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal”, refrendando de forma expresa la licitud de llevarlos a cabo. Este precepto, que estudia el contenido que puede ser factible en las capitulaciones otorgadas, supone una propuesta novedosa y sin precedentes, al no encontrarse en la ley gallega anterior ni en el Código civil. Permite a los cónyuges adoptar acuerdos previos sobre la liquidación futura de la sociedad conyugal, si llegasen a la situación de tener que liquidarla.

Evidentemente se trata de un supuesto preventivo<sup>33</sup>, que busca evitar mayores problemas si se tuviese que disolver una sociedad previa existente, ya que el tener las bases para reali-

31 DÍEZ-PICAZO GÍMENEZ, G. / ARANA DE LA FUENTE, I., *Las nuevas estructuras familiares y su reflejo en los Tribunales de justicia*, cit. p. 19: “Pues bien, los tribunales de justicia no se han quedado al margen de esta realidad, ya que cada vez son más numerosas las resoluciones judiciales que abordan los conflictos que surgen de estas nuevas formas de convivencia social y que hasta hace algunos años hubiera sido imposible que se ventilaran en nuestros tribunales... En todo caso, en el fondo de la inmensa mayoría de estos litigios descubrimos un enfrentamiento, ya sea encubierto o patente a todas luces, por la defensa de los respectivos intereses económicos de las partes”.

32 GARRIDO MELERO, M., “Reflexiones sobre algunos supuestos de reorganización patrimonial y el valor de la intervención notarial”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, IX Congreso Notarial español, 2005, 3, p. 192, en donde proponía utilizar la escritura de capitulaciones para regular el régimen económico de la pareja, sea matrimonial o no matrimonial, así como su liquidación, proponiendo la constitución de las parejas de hecho. Incluso sugiere la denominación de “capítulos relativos a la convivencia”, frente al de “capitulaciones matrimoniales”.

33 Vid. al respecto, MARTÍNEZ HENS, H., “Del régimen económico familiar”, cit. p. 729, en dónde se pregunta si no hubiese sido mejor que el artículo 172 se encontrase a continuación del 174, “ya que en él se recoge el contenido de las capitulaciones, y del mismo forman parte estos pactos de futura liquidación de la sociedad de gananciales. Probablemente éste hubiera sido el lugar más adecuado, pero quizás el legislador haya preferido evitar ciertas dificultades en la interpretación de esta norma, ya que estos pactos del art. 172 no deben confundirse con aquellos otros, que suelen reflejarse en las capitulaciones y a través de los cuales los cónyuges autorregulan los efectos de la crisis matrimonial con miras a una liquidación inmediata de la sociedad conyugal”, resaltando la diferencia de los acuerdos del art. 172 que se celebran “cuando no existe una relación de conflictividad entre los cónyuges”.



zarla disminuye la tensión posible entre los contendientes y aclara desde el principio cuáles son las condiciones en las que se debe llevar a cabo la disolución de la sociedad conyugal. La eficacia de este precepto está fuera de toda duda ya que imprime confianza a los que van a llevar a cabo un acto jurídico de resultado indefinido en el momento final de la sociedad, si no se llevan a cabo actuaciones preventivas como la que recoge el artículo citado. Una medida legal de indudable acierto, que recoge dos situaciones posibles: la primera, una crisis matrimonial o un cambio en el régimen económico elegido, y la segunda, que se produzca el fallecimiento de uno de los cónyuges o de ambos.

En el primer caso, cuando estamos ante una crisis matrimonial, el haber pactado previamente en capitulaciones matrimoniales las bases para liquidar la sociedad, imprime tranquilidad en el resultado de la disolución y evita la confrontación negativa propia de todo procedimiento judicial, al margen de los gastos económicos que ello pudiera suponer. Con todo, estaríamos ante una liquidación parcial, porque de ser total la liquidación pretendida sólo cabría en el caso de disolución de la sociedad, por haber decidido los cónyuges adoptar un régimen económico distinto<sup>34</sup>. Naturalmente los pactos estarán limitados en cuanto no pueden ser contrarios a la ley, limitativos de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge o gravemente perjudiciales para uno de ellos.

Por lo que se refiere a la posibilidad de establecer estos pactos en documento privado, se deduce del artículo 172 que la intención del legislador apuesta claramente por la forma pública, al nombrar expresamente los pactos “en capitulaciones matrimoniales”, seguramente en aras de la seguridad jurídica que vele por los intereses de ambos contrayentes (o miembros de la unidad de convivencia estable, con los reparos jurídicos que hemos expuesto anteriormente, a la espera del dictamen del Tribunal Constitucional).

En el segundo caso, no estamos ante una partición de herencia sino ante pactos de liquidación de bienes gananciales con plena eficacia, al ser reconocidos por la ley 2/2006 en el supuesto de disolución de la sociedad conyugal, pudiendo dirigirse a determinar la masa total de los bienes o tan sólo una determinación parcial de los mismos.

El artículo 173 inicia el Capítulo II del Régimen económico familiar, que lleva por título “De las capitulaciones matrimoniales”: “Las capitulaciones podrán otorgarse antes o durante el matrimonio y habrán de formalizarse necesariamente en escritura pública”. Esta confirmación del principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales demuestra el respeto a la autonomía de la voluntad de los contrayentes, independientemente de los requisitos formales y temporales que veremos a continuación. Si las capitulaciones se otorgan antes de contraer matrimonio, serán eficaces cuando éste se celebre, pero si no se contrae antes de un año, caducan, de acuerdo con el plazo fijado por el artículo 1334 del Código Civil, aquí aplicado supletoriamente: “Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año”. Si las capitulaciones se otorgan durante el matrimonio su eficacia será total cuando se cumpla con el requisito constitutivo de formalizar las mismas en escritura pública. Por último, si los pactos son de modificación de capitulaciones anteriores, deberán cumplir con la obligatoriedad de la escritura pública, con la nota que corresponda en las capitulaciones originarias<sup>35</sup>.

34 RODRÍGUEZ PARADA, A.I., “El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio”, cit. p. 255, en el caso de pactar una liquidación total, “dada la dudosa eficacia de tales pactos debido a la consustancial alteración que experimenta la composición patrimonial de la sociedad matrimonial, habrá que entenderlos referidos al supuesto de una inmediata disolución de la sociedad”, por acordar los cónyuges un régimen matrimonial diferente.

35 Vid. al respecto, el artículo 1332 del Código Civil: “La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación y el Notario lo hará constar en las copias que expida”, y el artículo 1333: “En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria”.

El precepto clave para entender el alcance de las capitulaciones en cuanto a su contenido es el artículo 174<sup>36</sup>: “Las capitulaciones podrán contener cualquier estipulación relativa al régimen económico familiar y sucesorio<sup>37</sup>, sin más limitaciones que las contenidas en la ley”. La referencia al régimen sucesorio extiende sobremanera el ámbito de actuación de las capitulaciones<sup>38</sup>, ahora elevadas a la máxima expresión jurídica, por poder contener todo tipo de contratos sucesorios<sup>39</sup> en su seno, que hacen de esta herramienta jurídica un magnífico espejo de toda la situación familiar de una forma unitaria. Por lo tanto, los cónyuges podrán incluir pactos o disposiciones de tipo personal o naturaleza patrimonial, como pueden ser las donaciones propter nuptias, los pactos sobre la situación de los hijos en caso de separación de hecho, el reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio, la concesión de un derecho real de usufructo a favor del cónyuge que no sea titular de la vivienda privativa de uno de ellos, pero utilizada como residencia habitual, el otorgamiento de poderes necesarios para gestionar bienes en aquellos actos en los que resulta preceptivo el consentimiento de ambos cónyuges, y cualquier acto o negocio que pueda reflejarse en escritura pública.

Además, en el caso de contratos sucesorios, tienen la mayor libertad para incorporar los que estimen conveniente, aunque sólo encontremos una referencia en el artículo 196 al testamento por comisario: “Se llama testamento por comisario al que uno de los cónyuges otorga en ejercicio de la facultad testatoria concedida por el otro”. Por último, en cuanto a las limitaciones que deben tener en cuenta las capitulaciones, debemos decir que se trata de una clara referencia a los límites generales de la ley como los que deben tener en cuenta las capitulaciones matrimoniales, y no los de esta ley en concreto. Es decir, el artículo 1328 del Código Civil será de plena aplicación en nuestro territorio: “Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”, lo que viene refrendado en la disposición adicional Tercera de la ley 2/2007, cuando habla de las uniones maritales no matrimoniales: “Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos”. Si bien esta disposición ayuda a delimitar el alcance posible de los pactos o disposiciones en las capitulaciones, no debemos perder de vista que, como se dijo, la ley 10/2007 está sometida al Tribunal Constitucional por invasión de competencias, aunque la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Xustiza de Galicia ante ese alto Tribunal no haya sido resuelto todavía.

36 En relación con éste, el artículo 1325 del Código Civil declara: “En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo”.

37 GUTIÉRREZ ALLER, V., *Réxime económico-familiar e sucesorio na lei de Dereito Civil de Galicia*, Ir Indo edicions, Vigo, 1997, passim. Su estudio sobre la ley 4/1995, y su artículo 113.2: “Podrán contener cualquier estipulación relativa al régimen económico familiar y sucesorio, sin más limitaciones que las derivadas de lo establecido en esta ley”, resulta interesante en cuanto a la polémica sobre la posibilidad de aplicar en Galicia el artículo 1328 del Código Civil.

38 Vid. al 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 Sin olvidar el escaso contenido de derecho sucesorio gallego en el origen del derecho civil de Galicia, como pone de manifiesto BELLO JANEIRO, D., Los pactos sucesorios en el Derecho Civil de Galicia, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 29-30: “Sea como fuere, lo cierto es que, como resumen, en el conjunto de instituciones que, según hemos visto, pretenden constituir la esencia histórica –legal, al menos– del derecho civil gallego, el peso del derecho sucesorio es mínimo, lo cual resulta, cuando menos, altamente empobrecedor y hasta pintoresco pues en la mayor amplitud y variedad posible de un repertorio institucional de normas sucesorias propias se encuentra, por definición, la esencia de todo derecho foral en términos que posteriormente tendremos ocasión de desarrollar”.



## 3.2 Las donaciones por razón del matrimonio

En la ley 4/1995, se dedicaban tan solo tres artículos a la regulación de las donaciones<sup>40</sup> por razón de matrimonio, aunque en realidad el artículo 114, con sus dos párrafos, sería lo que en la nueva regulación se contiene en dos artículos, por lo que la ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia, con los cinco preceptos dedicados a las donaciones, desde el artículo 175 hasta el 180, no excede con mucho del desarrollo previsto en la legislación anterior. Veamos el artículo 114 de aquella norma, ahora derogado:

“1. Son donaciones por razón del matrimonio las que se hacen por causa de éste, antes o después de celebrado, entre novios o cónyuges o por terceras personas a favor de cualquiera de aquéllos.

2. Las donaciones por razón del matrimonio podrán comprender bienes presentes o futuros e incluso también para caso de muerte, en igual medida que la fijada para la sucesión testada”.

A continuación veamos el artículo 175 de la nueva ley: “Son donaciones por razón de matrimonio las que por causa de éste cualquier persona haga en favor de alguno de los contrayentes, o de ambos, antes o después de la celebración<sup>41</sup>”.

Y el contenido legal recogido en la primera parte del artículo 176: “Las donaciones por razón de matrimonio podrán comprender bienes presentes o futuros”.

Podemos apreciar la escasa diferencia entre la legislación derogada y la actualmente vigente, y si bien es cierto que esclarece el texto anterior, incorporando algunos principios propios de derecho común, ello no obsta a la crítica reflexiva en cuanto se evidencia una clara falta de voluntad del legislador de innovar en esta materia, por otro lado de suma importancia.

Los elementos esenciales de estas donaciones, a la vista del contenido del artículo 175, son los siguientes:

- a) La atribución patrimonial otorgada es a título de liberalidad, por lo que quedan excluidos de este ámbito los gastos matrimoniales.
- b) Las donaciones deben ser otorgadas “por razón de matrimonio”<sup>42</sup>, ya que en otro caso deberíamos remitirnos a las reglas generales que se refieren a las donaciones, no siendo de aplicación este régimen especial.
- c) La referencia a “cualquier persona<sup>43</sup>” deja libertad clara en cuanto a la figura del donante, que puede realizar tal acto de liberalidad a favor de uno de los contrayentes,

40 Vid. al respecto, el artículo 618 del Código Civil, que define la donación en general: “La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta; en cuanto a las personas que pueden hacer donaciones, el artículo 624 del mismo Código nos da la clave: “Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes”.

41 SIRVENT GARCÍA, J., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 30, en dónde muestra una posición diferente, de acuerdo con lo contenido en el Código Civil: “Hay que concluir que no se consideran donaciones por razón de matrimonio y, por tanto, quedan excluidas de la normativa especial y sometidas a las reglas generales del Código, entre otras, las siguientes: Las donaciones efectuadas con posterioridad a la celebración del matrimonio, las realizadas a favor de los futuros esposos antes del matrimonio, pero sin consideración al mismo y las otorgadas a favor de personas distintas a dichos esposos aún cuando tengan su razón, causa o motivo especial en la misma unión”.

42 Por lo que se refiere al marco jurídico de las donaciones en el Código civil, vid. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, cit. p. 122-123, en donde al destacar la naturaleza contractual de las donaciones por razón de matrimonio, declara: “Respecto a la transcendencia jurídica del proyectado matrimonio como el móvil del donante, entiendo que no es causa ni condición como elemento esencial del contrato, sino que el legislador le ha atribuido otras funciones jurídicas. Si el matrimonio fuera causa (o formara parte de la misma como móvil causalizado) de las donaciones por razón de matrimonio, el ordenamiento jurídico castigaría con nulidad los supuestos que se encuadrarían en los arts. 1275 y 1276 del Cc.”.

43 Vid. al respecto, el artículo 1338 del Código Civil: “El menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, hacer donaciones por razón de su matrimonio, con la autorización de su padre o del tutor. Para aceptarlas, se estará a lo dispuesto en el título II del libro III de este Código”, que es el dedicado a la donación, pudiendo poner como ejemplo ilustrativo el artículo 625, con respecto a los posibles receptores de una donación: “Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello”.

o incluso de ambos<sup>44</sup>. El enunciado no se diferencia en la identidad del donante y de los donatarios con el artículo 1336 del Código Civil: “Son donaciones por razón de matrimonio las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y a favor de uno o de los dos esposos”, si bien, como veremos a continuación, el momento posible de otorgamiento de las donaciones es totalmente diferente en uno y otro caso. Mientras el Código Civil sólo reconoce legalmente las donaciones por razón de matrimonio realizadas antes de la celebración del mismo, la Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia reconoce validez legal a las liberalidades efectuadas en cualquier momento, ya sea antes o después de contraído el matrimonio, lo que modifica de forma sustancial el ámbito temporal de concesión de la misma.

De acuerdo con el artículo 176, las donaciones podrán ser de bienes presentes o de bienes futuros, siendo distintos los efectos en uno y otro caso, ya que en el supuesto de donación de bienes presentes, se produciría la adquisición inmediata de los bienes donados, mientras que en la de bienes futuros estaríamos ante una donación subordinada a la muerte del donante: “En el primer caso determinarán la adquisición inmediata de lo donado, aunque para que la donación de inmuebles sea válida habrá de hacerse en escritura pública. En el segundo caso la adquisición se subordina a la muerte del donante, siendo el régimen de aplicación el de los pactos sucesorios contemplados en la presente ley”. La obligación de hacer en escritura pública la donación por razón de matrimonio de bienes inmuebles constituye un requisito constitutivo, de tal forma que el no cumplimiento del mismo conlleva la nulidad absoluta de tal donación. A mayor abundamiento, podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, con los consiguientes efectos protectores de la publicidad tabular, como se recoge en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946: “En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:

1. Los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos
2. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales.
3. Los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otro o de invertir su importe en objeto determinado.
4. Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.
5. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos.
6. Los títulos de adquisición de los bienes inmuebles y derechos reales que pertenezcan al Estado, o a las corporaciones civiles o eclesiásticas, con sujeción a lo establecido en las leyes o reglamentos”<sup>45</sup>.

44 Sin olvidar que quedan incluidos como donatarios los integrantes de una pareja de hecho, siempre y cuando estén inscritas de forma debida en el Registro de Parejas de hecho creado al efecto y al que nos hemos referido con anterioridad, ya que lo que determina la posibilidad de ser donatario es la convivencia, no el hecho del matrimonio, por lo que será ésta debidamente acreditada la que permita ser donatario.

45 Vid. al respecto, el artículo 3 de la misma ley: “Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos.



Los bienes presentes son los que están en el patrimonio del donante en el momento de la donación, que se pueden otorgar por los mismos contrayentes entre sí o por personas ajenas, teniendo en este último caso que cumplir con lo dispuesto por el artículo 634 del Código Civil: "La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias", relacionado con el artículo 636: "No obstante lo dispuesto en el artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento"<sup>46</sup>. Por lo que se refiere al momento preciso de adquisición de los bienes donados, hay que precisar que se adquieren inmediatamente, y no cuando se contraiga de forma efectiva el matrimonio.

Si centramos nuestra atención en el concepto de bienes futuros, debemos decir que son las liberalidades que el donante deja a su muerte<sup>47</sup>, no entrando en este concepto los bienes que no están en el patrimonio del donante en el momento de la donación, como dispone el artículo 635 del Código Civil, al decir que se entienden por bienes futuros "aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación". No se trata de una promesa de bienes que pueden estar en un tiempo posterior al presente; no se pueden donar bienes de los que no dispone al tiempo de realizar la donación, sino que los bienes futuros son los otorgados para el caso de la muerte del donante, precisión que debe hacerse en aras de la seguridad jurídica del acto de liberalidad concedido.

El artículo 177 de la ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia refiere lo siguiente: "Las donaciones por razón de matrimonio podrán someterse a condición". El reflejo explícito de este supuesto, ya reconocido en el derecho común, viene dado por la necesidad de evitar problemas en relación con la donación de bienes futuros, y los motivos de su revocación. Por ello insiste el legislador al traer de forma expresa dentro del enunciado de este cuerpo regulador el requisito de la condición, dejando claro que el incumplimiento de la misma llevaría consigo la revocación de la donación.

Como las donaciones son realizadas atendiendo al matrimonio como motivo principal, si éste no se llevase a cabo en el marco temporal de un año, las liberalidades previstas se volverían ineficaces, como contempla el artículo 179 de la Ley de Derecho Civil de Galicia vigente: "Las donaciones por razón de matrimonio previas al mismo quedarán sin efecto si no llegara a contraerse en el plazo de un año", casi idéntico al artículo 1342 del Código Civil<sup>48</sup>: "Quedarán sin efecto las donaciones por razón de matrimonio si no llegara a contraerse en el plazo de un año". Es decir, independientemente de los motivos por los que no se haya podido celebrar el matrimonio, que pueden ser por voluntad de los contrayentes o por causa no deseada por ellos, por razones ajenas a su voluntad e incluso por motivos achacables a uno y no a otro de los futuros contrayentes, la donación no tendrá efecto, será ineficaz de

46 Vid. al respecto, el artículo 654 del Código Civil: "Las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. Para la reducción de las donaciones se estará a los dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código".

47 SIRVENT GARCÍA, J., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, cit. p. 49: "No creemos que pueda aceptarse la tesis que considera a este tipo de donación como un pacto sucesorio y, a la vez, como una donación mortis causa, porque semejante calificación resulta contradictoria desde un punto de vista estrictamente dogmático. En efecto, es esencial a los pactos sucesorios su irrevocabilidad, mientras que la donación mortis causa se caracteriza por ser esencialmente revocable".

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: "La ineficacia sobrevenida, con carácter automático, de la donación deriva de una conditio iuris resolutoria negativa, que es en lo que consistiría actualmente la falta de celebración del matrimonio respecto a las donaciones *propter nuptias*. Ello se deriva claramente de la redacción del mencionado art. 1342 que supone que la donación ha producido efectos. Sólo cuando pasa el plazo del año sin que tenga lugar el matrimonio cesan los mencionados efectos. La no celebración funciona como una condición resolutoria que producirá sus efectos ex nunc; es decir, que la donación quedará sin efecto desde el momento de cumplirse el año y no antes".

forma automática, por lo que los bienes inicialmente donados revertirán al donante, sin que tenga que ejercitar ninguna acción para la devolución. Con todo, deberá notificar al donatario de tal circunstancia, advirtiéndole del ejercicio de la acción reivindicatoria si no se aviene a la restitución de los bienes anteriormente entregados.

Un precepto dedicado de modo especial a la sociedad de gananciales es el artículo 178:

- “1. Si la sociedad de gananciales fuera el régimen económico matrimonial, los bienes donados por razón de matrimonio a los cónyuges conjuntamente y sin designación de partes tendrán carácter ganancial.
2. Si la sociedad de gananciales no fuera el régimen económico matrimonial, los bienes dados conjuntamente a los esposos pertenecen a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante dispusiera otra cosa.
3. En todo caso, la liberalidad habrá de ser aceptada por ambos cónyuges”.

Estamos ante una nueva norma dictada por el legislador en atención al matrimonio que recibe una donación de bienes presentes por parte de un tercero cuando ya se ha llevado a cabo la celebración del mismo, y que regula los efectos dependiendo del régimen económico matrimonial elegido por los cónyuges. Además se trata de una donación realizada de forma conjunta, sin designación de partes, que debe ser aceptada sin reservas por parte de los cónyuges, a fin de que produzca los efectos jurídicos deseados. A la vista del precepto, podemos destacar:

- a) En caso de haber optado los cónyuges por el régimen de sociedad de gananciales, las donaciones de bienes presentes recibidas se integrarán en el mismo sistema, como se refleja también en el artículo 1353 del Código Civil, aún más explícito: “Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario”.
- b) Si el régimen económico matrimonial elegido por los cónyuges fuese otro, los bienes les pertenecerán en pro indiviso ordinario y a partes iguales, a no ser que el donante hubiera decidido resolver de otra forma, como el otorgar cuotas diferentes a los beneficiados por su donación o el posible derecho de acrecer si uno de los cónyuges optase por no aceptar tal liberalidad. En este caso concreto, podemos traer a colación el artículo 1339 del Código Civil, de casi idéntica factura: “Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa”.

La revocación<sup>49</sup> de las donaciones por razón de matrimonio se regula en el artículo 180 de la Ley vigente de Derecho Civil de Galicia<sup>50</sup>.

“Las donaciones por razón de matrimonio sólo podrán ser revocadas por las causas siguientes:

1. Por incumplimiento de alguna de las cargas impuestas, siempre que el donante se reserve expresamente la facultad de revocarlas.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A.S., *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, cit., p. 144, cuando se refiere a los requisitos y efectos de la acción de revocación, afirma que el Código civil “en su redacción originaria, nada dice respecto de los requisitos y efectos de la acción de revocación de estas donaciones. En consecuencia, había de acudirse a las normas que se ocupaban de las causas de revocación de las donaciones en general, contenidas en el título II del libro III (Arts. 644 y ss.), y que eran de aplicación con carácter supletorio por disposición expresa del art. 1328”.

<sup>50</sup> Vid. al respecto, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.



2. En las realizadas por terceros, por la nulidad, separación o divorcio de los cónyuges, si los mismos bienes donados estuvieran en poder de los cónyuges.
3. En las realizadas entre esposos cuando el donatario cometiera algún delito contra la persona del donante, sus ascendientes o descendientes.

En cuanto fuera compatible con lo dispuesto en este artículo, el régimen jurídico de la revocación será el del incumplimiento de cargas previsto en materia de donaciones por el Código civil”

De hecho, más que de revocación podríamos hablar de irrevocabilidad, ya que al hablar de que sólo serán revocables “por las causas siguientes”, en realidad lo que se hace es confirmar la irrevocabilidad de las donaciones efectuadas, que desaparece en casos concretos y determinados.

En este artículo, a diferencia del inmediatamente anterior sujeto a la ineficacia automática ope legis, nos encontramos con la posibilidad concedida al donante de ejercer la revocación, en determinados supuestos, siendo el donante quien debe decidir y no la ley aún cuando se den las causas previstas de revocación. Del mismo modo, podrá transmitir a sus herederos la acción oportuna dependiendo de cuál sea su voluntad, y si el donante lleva a cabo la revocación, deberá el donatario devolver los bienes objeto de la donación con los frutos percibidos después de la concurrencia del motivo de dicha revocación. Además, las enajenaciones e hipotecas hechas por el donatario serán nulas.

Con todo, merece crítica la revocación de la donación prevenida en el apartado 2 del citado artículo 180, porque, si se realizó la donación de manera no modal, de plena liberalidad, no parece que el eventual colapso matrimonial sea causa para revocarla, ya que, en definitiva, el matrimonio, como vínculo necesario de este tipo de donaciones se habría cumplido y no precisa durar lapso temporal condicionante. Además, puede dar lugar a inseguridad jurídica, ya que los bienes donados habrían entrado en el patrimonio de los cónyuges y su disponibilidad sobre ellos no está condicionada por el origen.

Por último, y en lo que se refiere a un análisis jurisprudencial sobre la materia, no puede reseñarse, por ahora, jurisprudencia gallega significativa que sentase doctrina interpretativa de esta regulación especial del régimen económico del matrimonio. Por una parte, el escaso lapso temporal de su vigencia no permite en la práctica, atendido el ritmo procesal de los Tribunales, que eventuales discrepancias con sentencias en la primera instancia se hubiesen sustanciado ya en la alzada. Discrepancias que, de otro lado, más que referirse al aspecto innovador de la norma gallega habrían de referirse al contenido de las capitulaciones o donaciones, es decir, al fondo de tal regulación y en cuanto a éste no se advierten especiales diferencias con el régimen del derecho común, excepto, en parte, en lo atinente a las donaciones por razón del matrimonio.

Tal vez, donde sería de esperar una conflictividad de mayor alcance jurídico, éste ya propiamente derivado de la especificidad de nuestra regulación autonómica, sería en la conflictividad derivada de la asimilación de la convivencia fáctica prevista en la antes mencionada Disposición Adicional Tercera en su primera redacción; pero, como se dijo, quedó sustituida por la reforma operada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, que, aparte también su juventud, está sometida a revisión constitucional.

Únicamente en el caso de que se confirmase su constitucionalidad, cabría esperar la exacta determinación de su alcance por vía de doctrina judicial en lo referente a la sucesión de

uno de los miembros de la pareja de hecho respecto del otro que le premuera, sobre todo si concurre con hijos propios del fallecido, y con otros hijos comunes, porque es precisamente en este capítulo donde la ley gallega introduce innovaciones importantes que no contempla el régimen común, como el testamento mancomunado y los pactos sucesorios, así como el carácter legitimario del cónyuge viudo, el usufructo viudal, el testamento por comisario, la apartación y los pactos de mejora, e incluso cuestiones derivadas de la condición de los bienes comunes en el supuesto de que los acuerdos de los miembros de la pareja no los hubiesen tenido en cuenta, puesto que la asimilación de la pareja de hecho voluntariamente establecida, que se realiza de plano por la Ley 10/2007, de 28 de junio, traslada, sin más, el régimen supletorio ganancial del matrimonio formal a estas formas convivenciales, que, propiamente, vienen a ser una modalidad matrimonial equiparada al matrimonio stricto sensu.



David Prada Puentes, Jefe de Asesoramiento Jurídico de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Vigo, nos ha dejado el pasado 8 de septiembre de 2011.

Ahora que han pasado unos meses desde que te has ido, con este pequeño gesto queremos compartir tu recuerdo. Reproducir tus propias palabras, a través de las que se deja entrever tu enorme profesionalidad y valía, es para nosotros un orgullo. Todos los que hemos tenido el placer de trabajar a tu lado, no podemos más que resaltar la brillante calidad de tu trabajo, tu implicación, tu capacidad, la lealtad a tus principios y valores, tu esfuerzo y empeño en poner ese granito de arena para hacer de la Administración una organización cada día mejor.

Nosotros, que hemos tenido la gran suerte de conocerte, de compartir contigo momentos inolvidables, no podemos más que sonreír al pensar en ti, porque sabemos que eso es lo que te gustaría. Compartir la intensa amistad que nos unió durante estos años ha sido, sin lugar a dudas, uno de los mejores regalos que la vida nos ha brindado.

Siempre serás para nosotros nuestro referente profesional, pero tu huella va mucho más allá. Estés dónde estés, tu recuerdo siempre formará parte de nosotros, porque te has ganado con creces un lugar muy importante en nuestras vidas. Gracias por todo lo que nos has aportado.

Tus amigos.

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

# El patrimonio municipal del suelo en el texto refundido de la Ley de Suelo y su compatibilidad con la Ley de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia

DAVID PRADA PUENTES (†)  
Jefe de asesoramiento jurídico de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Vigo

42  
Regap

Regap

ESTUDIOS Y NOTAS

**Resumen:** *Bajo la denominación de patrimonio municipal del suelo nos referimos tradicionalmente al conjunto de bienes que, por su especial naturaleza, funciones y finalidad, constituyen una forma de intervención de la Administración en el mercado del suelo. Con el presente trabajo se pretende realizar un estudio de esta institución jurídica, a través de un análisis pormenorizado de la regulación contenida en la legislación del suelo estatal y de la legislación urbanística gallega, en particular de los bienes integrantes del patrimonio municipal del suelo y del destino de los mismos a los fines legalmente previstos.*

**Palabras clave:** *ppatrimonio municipal del suelo, intervención administrativa, bienes, propiedad, 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.La naturaleza de los bienes integrantes en el Patrimonio municipal del suelo 2. Diferenciación del Patrimonio municipal del suelo con respecto al resto de los bienes y derechos integrantes en el Patrimonio de la Entidad Local. 3. Sobre las Administraciones Públicas obligadas a la constitución del patrimonio público de suelo. 4. Compatibilidad del concepto de patrimonio municipal del suelo en la Ley del Suelo estatal y en la legislación urbanística gallega. Origen del Patrimonio Municipal del Suelo 5. El destino del Patrimonio Municipal del Suelo tanto en la legislación autonómica gallega como en la legislación estatal 5.1. Construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección 5.2. Otros usos de interés social 6. Incertidumbres y cuestiones no resueltas por la legislación vigente en relación con el Patrimonio Municipal del Suelo. Bibliografía.*



# 1 La naturaleza de los bienes integrantes en el patrimonio municipal del suelo

Disponía el apartado segundo del artículo 276 del TRLS92: “(...) *los bienes del patrimonio municipal del suelo constituyen un patrimonio separado de los restantes bienes municipales, y los ingresos obtenidos por enajenación de terrenos o sustitución del aprovechamiento correspondiente a la Administración por su equivalente en metálico, se destinará a la conservación y ampliación del mismo (...)*”.

Por otra parte, la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia -en adelante LOUGA- (punto segundo del artículo 176), realiza una descripción más profunda de los bienes y derechos que integran el patrimonio municipal del suelo -PMS-: “(...) *a) Los bienes patrimoniales que resultasen clasificados por el planeamiento urbanístico como suelo urbano o urbanizable. b) Los terrenos y las edificaciones o construcciones obtenidas en virtud de las cesiones correspondientes a la participación de la administración en el aprovechamiento urbanístico, así como las adquisiciones de bienes o dinero obtenidos con ocasión de la gestión urbanística. c) Los terrenos y las edificaciones o construcciones adquiridos, en virtud de cualquier título y en especial mediante expropiación, por la Administración titular con el fin de su incorporación al correspondiente patrimonio del suelo y los que lo sean como consecuencia del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto previstos en esta Ley. d) Cesiones en especie o en metálico derivadas de los deberes u obligaciones, legales o voluntarias, asumidos en convenios, concursos públicos o plasmados en instrumentos de gestión urbanística. e) Los ingresos obtenidos mediante la enajenación de terrenos incluidos en los patrimonios del suelo (...)*”.

Como se aprecia a simple vista, es variada la composición del denominado Patrimonio municipal del suelo. Desde derechos de propiedad y reales sobre bienes inmuebles hasta recursos y derechos de carácter económico. La dispar naturaleza de los mismos, complica la aplicación práctica de normas uniformes para todos ellos.

Centrando el objeto del presente punto en los bienes de naturaleza inmueble, se ha discutido si se tratan de bienes demaniales o patrimoniales o incluso se podría concluir que se caracterizan por tener una naturaleza mixta. Al respecto en un principio se apreció que se tratan de bienes de carácter patrimonial, no obstante, es cierto que actualmente se le está dotando al PMS de ciertas notas que asemejan al régimen previsto en la legislación vigente para los bienes de dominio público. La propia Ley LOUGA fija como bienes integrantes en el PMS (letra a) los patrimoniales que resultasen clasificados por el planeamiento urbanístico como suelo urbano o urbanizable. El carácter patrimonial no es aludido en ninguna letra del punto segundo del artículo 176 anteriormente reproducido. La naturaleza demanial de los bienes integrantes en el PMS es defendida por Borquera Oliver<sup>1</sup> e incluso la comunal por Serrano Guirado. No obstante, actualmente son más numerosas las voces que concluyen que los bienes integrantes en el PMS tienen una naturaleza mixta y así se va reflejando en la legislación de las CCAA y todo ello es debido a que la finalidad legal a la que está vinculando el PMS hace que se sometan a un especial régimen jurídico.

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

Se puede concluir que las características de los bienes integrantes en el PMS son las siguientes:

- Son bienes sobre los que se pueden ejercer las facultades de disposición de los mismos, mediante la enajenación, no precisando de la previa desafectación. No obstante, no son susceptibles de embargo y ejecución en cuanto están afectados a un destino público (STS 166/98 <FJ 11. A>, de 13 de julio y recogida la Doctrina en la nueva redacción del artículo 173.2 del Real decreto legislativo 2/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de haciendas locales). Los recursos obtenidos por el ejercicio de las facultades de disposición, son ingresos de derecho privado afectados a los fines del PMS.
- La Administración está protegida frente a la usurpación de terceros por medio de la recuperación de oficio o *interdictumproprium* (con las limitaciones propias para los bienes patrimoniales). Como bienes de naturaleza patrimonial les son aplicables las reglas ordinarias de protección, aludidas en los artículos 41 y siguientes de la Ley 33/03, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- La Administración ostenta frente a ellos todas las facultades de uso siempre que el mismo sea compatible con las finalidades del PMS.

El TRLS08, en su artículo 38, describe someramente los bienes que integran el PMS aludiendo únicamente a los que son obtenidos en virtud de la participación de la Administración en el aprovechamiento urbanístico derivado de las actuaciones de transformación urbanística. Para el resto de los bienes habrá que estar a lo que disponga la legislación de las Comunidades Autónomas. Sin ánimo de profundizar en el tema, es necesario recordar que el artículo 277 del TRLS92 fue declarado inconstitucional por el hecho de realizar una descripción de los bienes que forman parte del PMS.

## 2 Diferenciación del patrimonio municipal del suelo con respecto al resto de los bienes y derechos integrantes en el patrimonio de la entidad local

Tradicionalmente se ha enfatizado el carácter separado de los bienes y recursos integrantes en el PMS del resto de los de la Entidad Local. Esta diferenciación está motivada por el destino necesario de los mismos. El artículo 38.2 del TRLS08 a la hora de fijar la finalidad genérica de los patrimonios públicos del suelo la siguiente afirmación: “(...) *Los bienes de los patrimonios públicos de suelo constituyen un patrimonio separado (...)*”.

La Doctrina mayoritaria<sup>2</sup> afirma que el carácter separado de los bienes y derechos integrantes en el PMS tiene su fundamento en la concreta finalidad a la que están vinculados. Con mayor o menor intensidad, cuando se alude al destino necesario de los mismos, siempre se colacionan los conceptos “subrogación real” o “retroalimentación”.

Voces como Paulino Martínez Hernández o López Jurado-Escribano descartan los conceptos de subrogación real o retroalimentación del PMS. Se basa este último en los principios de presupuesto único y unidad de caja.

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



En efecto, dada la extensión de los destinos y finalidades del PMS que se está dando por la legislación de las CCAA y por la propia Ley del suelo estatal (artículo 34.1), no se puede entender que el PMS mantiene su indemnidad e idealidad por siempre.

Con la actual redacción de la Ley de suelo estatal, tenemos que diferenciar un PMS apto para los fines o destinos del mismo y otro que no lo es. Sólo este último es susceptible de ser enajenado y el producto de la misma se tendrá que destinar a la conservación, ampliación y administración. Como se aprecia fácilmente, sólo en el caso de los bienes y derechos no aptos para las finalidades primarias del PMS, se puede entender una cierta "retroalimentación" del PMS. Para los bienes y derechos con aptitud para el logro de las finalidades del PMS, se observa que pueden ser destinados a finalidades que no logran mantener la indemnidad patrimonial del mismo. Por ejemplo, si se destina parte del PMS para la finalidad prevista en el apartado c del artículo 177.1 de la Ley 9/02 (actuaciones públicas dotacionales, sistemas generales u otras actividades de interés social) dejarán de ser bienes patrimoniales y por tanto, no formarán parte del PMS dada su afectación a un uso o servicio público. En igual medida si se destina a la promoción de viviendas protegidas, el producto inmobiliario final serán viviendas y los recursos monetarios obtenidos por su enajenación o arrendamiento la mayoría de las veces no va a recuperar la inversión en suelo y construcción que hace la Administración.

En conclusión, resulta ciertamente difícil entender que actualmente el Patrimonio municipal de suelo se retroalimente dada la variedad de los destinos y finalidades del mismo.

### 3 Sobre las administraciones públicas obligadas a la constitución de patrimonios públicos de suelo

El artículo 276.1 del TRLS92 tenía el siguiente tenor literal: "(...) Los Ayuntamientos que dispongan de planeamiento general deberán constituir su respectivo Patrimonio Municipal del Suelo, con la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución del planeamiento (...)". Por su parte el artículo 174.1 de la LOUGA<sup>3</sup>, extiende la obligación de constitución del PMS a todos los Municipios, con independencia de que dispongan de instrumento de ordenación urbanística.

La anterior redacción de la LOUGA, vinculaba la necesidad de utilizar las normas sobre gestión/administración del PMS a que el Municipio dispusiese de planeamiento general. Ante tal redacción, surgieron varios problemas de aplicación práctica de la regulación estatal y autonómica. Se pueden esquematizar en los siguientes:

- *Si cuando se menciona planeamiento general se refería también a las normas subsidiarias de planeamiento.* En el TRLS92 bajo el epígrafe "Planeamiento general" se incluía también la regulación de las denominadas "normas subsidiarias". En la legislación autonómica gallega<sup>4</sup> en vigor matiza el precepto básico estatal cuando menciona únicamente a aquellos municipios que dispongan del plan general de ordenación municipal. De tal forma que una interpretación razonable de ambos preceptos

<sup>3</sup> Artículo modificado por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urgentes.

<sup>4</sup> A. Melón Muñoz analiza el carácter básico del artículo 276.1 del TRLS 92, concluyendo que las Comunidades Autónomas pueden, en su normativa, imponer la obligación de constitución del PMS a municipios no obligados por la legislación estatal. Asimismo aprecia que la propia legislación autonómica puede exonerar de esa obligatoriedad a determinados municipios que cuenten con planeamiento general.

concluiría que sería en todo caso la constitución del PMS en aquellos municipios que dispongan de plan general de ordenación municipal y aquellos que dispongan de normas subsidiarias aprobadas al amparo del TRLS del 92.

- *Si se pueden extender las normas de gestión del PMS a municipios que estando obligados a tener planeamiento general, no disponían de él.* Al respecto Díaz Lema concluye que únicamente las normas de gestión del PMS son exigibles a aquellos municipios que dispongan de modo efectivo de plan general de ordenación municipal.
- *Sobre si es necesaria la adopción de un acuerdo de constitución formal del PMS.-* Son mayores las voces que entienden eludible el requisito formal de constitución, sobre todo para aquellos municipios obligados a disponer de plan general de ordenación municipal<sup>5</sup>. Se basan en la escasísima Jurisprudencia<sup>6</sup> que ha tratado tangencialmente el tema, concluyendo que la aplicación de la normativa reguladora del PMS debe hacerse ope legis. No obstante, Díaz Lema sostiene que *malamente puede surgir el PMS sin una resolución municipal constitutiva con independencia de que el Ayuntamiento venga obligado en tal sentido por la Ley.*

En el caso de Galicia, la Ley de Medidas Urgentes 6/2008, de 19 de junio, vinculó la posibilidad de realizar actos de disposición del PMS a la necesaria constitución formal del PMS y del Registro de Solares.

El TRLS08 no menciona qué tipo de Entidades Locales tiene el deber de constituir el PMS. Únicamente se describe como origen necesario del PMS el conjunto de bienes y derechos obtenidos de la participación de la Administración en las actuaciones de transformación urbanística (artículo 16.1.b). Se universaliza por medio de un precepto de carácter básico la observancia de las normas de gestión y disposición del PMS con independencia de que se disponga o no de planeamiento general. A diferencia del artículo 276 del TRLS92, se descarta tratar el tema de la constitución del patrimonio público, centrando el objeto de atención en el concepto y finalidad del mismo.

En conclusión, con anterioridad había una cierta incompatibilidad de la normativa estatal y la autonómica, dado que esta última regula el PMS de aquellos municipios que disponen de instrumento de ordenación-plan general. Por otra parte, en la legislación básica estatal no existe esta diferenciación.

El TRLS08 destaca en un primer momento por no reducirse al concepto municipal del suelo, sino a un concepto global del mismo. Como se analizará posteriormente, existen ciertas medidas que exigen que la gestión patrimonial del resto de Administraciones Públicas cumplan ciertas finalidades que contribuyan a los principios generales de utilización racional del suelo.

Si bien en legislaciones preconstitucionales se hacían meras referencias al papel del Estado e incluso de las Provincias a la hora de intervenir en el mercado del suelo, en esta Ley se habilita a otras Administraciones distintas de la Municipal a constituir un patrimonio del suelo. No se prejuzga el carácter municipal del patrimonio público del suelo y los somete a las mismas condiciones de administración, destino y enajenación.

La LOUGA, en el apartado segundo del artículo 174 prevé la posibilidad de que la Administración autonómica en colaboración con los municipios pueda constituir su propio

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

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



patrimonio de suelo. Se acotan las finalidades del mismo a la atención de la demanda de vivienda de protección y el desarrollo de actividades empresariales.

Asimismo se observan preceptos que habilitan a la Administración Autonómica a la realización de ciertas actuaciones en materia de gestión urbanística. Junto con los tradicionales sistemas de gestión directos e indirectos, existe uno que no es expresamente aludido dentro del Título IV de la LOUGA, pero que tiene actualmente vital importancia. Estamos hablando del sistema de expropiación cuando la Administración que toma la iniciativa es diferente a la Municipal<sup>7</sup>. Lo cierto es que se precisa de la instrumentación jurídica necesaria para el desarrollo de proyectos de gestión de la Administración autonómica. Se plantean ciertas dudas en si es preciso o no un instrumento de equidistribución, presentación de avales, formas de financiar las expropiaciones, exclusiones o liberaciones de las expropiaciones, etc...

Actualmente en Galicia se está produciendo una proliferación de aprobaciones de proyectos sectoriales de incidencia supramunicipal al amparo de la Ley 10/95, de 23 de noviembre, de ordenación del territorio de Galicia y el Decreto 80/2000, de 23 de marzo. Se están utilizando para distintas finalidades, la más recurrente para la creación de suelo industrial; no obstante, la Ley 6/07, de 11 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del litoral prevé la posibilidad de utilizar medidas de ordenación del territorio en orden a la reclasificación de suelo que mayoritariamente sea apto para destinarlo a políticas públicas de vivienda (disposición adicional segunda, punto 4º de la Ley 6/07, de 11 de mayo, de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del litoral de Galicia).

Resulta de interés la disposición adicional cuarta del TRLS08 que introduce un apartado al artículo 190 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/03, de 3 de noviembre): *"(...) Cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística (...)".*

Son numerosos los supuestos que la Administración General del Estado expropia un terreno incluido en un polígono con carácter previo a la ejecución del mismo. El justiprecio que abona a los sujetos expropiados es el valor urbanístico del suelo, teniendo en cuenta el aprovechamiento urbanístico que el planeamiento le otorga. Pues bien, sin perjuicio que en la ordenación futura se mantengan las infraestructuras que motivaron la expropiación, la Administración (sea Estatal, Autonómica o Local) incorporó a su patrimonio un aprovechamiento urbanístico, el cual deberá necesariamente tenerse en cuenta a la hora de proceder al reparto equitativo de beneficios y cargas.

En la LOUGA se hace mención especial a esta situación en el apartado primero del artículo 131: *"(...) Cuando en el polígono existen bienes de dominio público obtenidos por expropiación anticipada en ejecución del plan, el aprovechamiento urbanístico correspondiente a la superficie le pertenecerá a la Administración titular de aquéllos (...)".* Obsérvese que la mayor diferencia entre ambos preceptos es que en el caso gallego se reduce a atribuir el

<sup>7</sup> Apartado final del artículo 108.5 de la Ley 9/02, de 30 de diciembre: *"(...) En el caso de proyectos sectoriales promovidos por la Administración autonómica con la finalidad de crear suelo urbanizado con destino a infraestructuras, dotaciones o instalaciones, podrán ser ejecutados mediante el sistema de expropiación establecido por los artículos 140 a 149 de esta Ley (...)".*

derecho a participar en beneficios y cargas, en aquellos casos que sean predios adquiridos por expropiación. Se entiende acertada la previsión de la TRLS08 de extender el derecho a aquellos supuestos en los que los terrenos fueron adquiridos por un negocio jurídico oneroso (compraventa, permuta, etc...).

En el mismo artículo de la legislación gallega (apartado 2) se prevé otro supuesto por el que la Administración titular de un bien de dominio público puede participar en el reparto de beneficios y cargas como cualquier otro propietario. Se parte del supuesto general que se entenderán sustituidas las superficies de los bienes de dominio y uso público cuando fueran iguales o inferiores a las previstas con la nueva ordenación. En el caso de que sean superiores, la Administración percibirá el exceso (con la naturaleza de bien de dominio público). Si son inferiores (caso improbable en una nueva ordenación), la Administración participará en beneficios y cargas por el exceso (con un derecho de carácter patrimonial).

En conclusión, son varias las situaciones que se pueden dar en ejecución de planeamiento y que hay que tener en cuenta a efectos de hacer participar en el reparto de beneficios y cargas a la Administración titular del suelo o del aprovechamiento. Formará parte, en todo caso, del patrimonio público del suelo y estará vinculado a las finalidades que disponga la norma en función de la Administración titular:

- Supuestos que una Administración haya adquirido (expropiación o adquisición onerosa) terrenos para la implantación de una infraestructura de cualquier tipo, con el polígono o sector ya delimitado y con anterioridad a la ejecución del plan.
- Supuestos en los que una vez construida la infraestructura, la nueva ordenación prevé menor superficie de terreno destinada a la misma que la existente con anterioridad<sup>8</sup>.

Por otra parte no se puede olvidar que la Ley 15/04, de 29 de diciembre, introdujo una nueva redacción al apartado 5º del artículo 47 de la LOUGA: *"(...) el plan general cualificará como suelo dotacional los terrenos que fuesen destinados efectivamente a usos docentes funcionales de las infraestructuras de transportes e instalaciones adscritas a la defensa nacional. Pese a lo anterior, mediante convenio entre la administración titular del bien, y la consejería competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio y el Ayuntamiento, podrán ser destinados por el plan general a otros usos distintos y atribuirles a los propietarios el 100% del aprovechamiento tipo, de conformidad con lo establecido en esta Ley, con la finalidad de facilitar la financiación de infraestructuras públicas (...)"*.

Como se observa, existe una tendencia a desvincular el patrimonio de todas las Administraciones Públicas a las tradicionales finalidades que el Patrimonio municipal del suelo está sujeto.

No es preciso desmerecer que la Ley 33/03, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, diera un impulso teórico al apoyo de la Administración Estatal a la política de vivienda de las CCAA y de los propios Ayuntamientos: *"(...) En todo caso, la gestión de los bienes patrimoniales deberá coadyuvar al desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor y, en particular, al de la política de vivienda, en coordinación con las Administraciones competentes (...)"*. No obstante, es necesario que se articulen medidas de colaboración económica, administrativa y técnica para dar efectividad a tal precepto.

8 En el mismo sentido se plantea el problema en el real decreto 3288/78, de 25 de agosto, de gestión urbanística.



En el caso gallego no se ha profundizado en exceso en el papel de otras Administraciones a la hora de lograr finalidades con su patrimonio similares a las previstas como obligatorias para los Municipios. El caso es que lejos de prever un sistema de gestión patrimonial eficaz, la LOUGA incluso en ciertas actuaciones públicas atribuye a la Administración actuante el cien por cien del aprovechamiento. Este tipo de medidas minora el patrimonio público y consecuentemente las finalidades y destino propios para los que se constituye el mismo.

## 4 El patrimonio municipal del suelo en la Ley del Suelo Estatal y en la legislación urbanística gallega

En el título V del TRLS08 (artículos 36 a 41) “*Función social de la propiedad y gestión del suelo*”, el capítulo II (artículos 38 y 39) regula varios aspectos de los denominados “Patrimonios públicos del suelo”, artículos que pretenden la sustitución y por tanto derogación de los preceptos básicos del TRLS92 números 276 y 280 (apartado primero). Por otra parte, se derogan los artículos 287, 288 y 289 del mismo texto legal, preceptos que se entendían vigentes en virtud de la competencia normativa plena del Estado.

Los artículos 36.3, 38 y 39.1, 2 son dictados al amparo de las competencias reservadas al legislador estatal, en el artículo 149.1.1º, 13º, 18º y 23º de la Constitución, por tanto con la condición de básicos. Por otra parte los apartados 1 y 2 del artículo 36, 37, apartados 2 y 3, apartados 3 y 4 del artículo 38 y 39 son dictados al amparo del artículo 149.1.4º, 8º y 18, competencia normativa plena del Estado.

El título por el cual se dictan las normas básicas en materia de patrimonios públicos del suelo, son fundamentadas en el artículo 149.1.13 (competencia exclusiva del Estado para dictar las bases de la planificación general de la actividad económica). Resulta de interés las relaciones Estado-CCAA cuando se invoca este título competencial para dictar normas básicas y concurre una competencia exclusiva autonómica (como es el caso del urbanismo, artículo 148.1.3 CE). En palabras del TC<sup>9</sup>, las normas estatales que utilicen este título competencial para dictar normas básicas deben tener una inmediata y directa relación con la dirección de la economía.

La Exposición de motivos de la LS07, trata de analizar los problemas más importantes que se entiende que ha tenido la legislación urbanística y pone en cuestión los resultados obtenidos.

- *Parte de una crítica al tradicional sistema de clasificación del suelo que ha contribuido históricamente a la inflación de los valores del suelo, incorporando expectativas de revalorización mucho antes de que se realizaran las operaciones necesarias para materializar las determinaciones urbanísticas de los poderes públicos. Para el caso de los patrimonios públicos del suelo se ha puesto en cuestión la gestión que están realizando las Administraciones Públicas implicadas, denominándola como la gestión especulativa de los patrimonios municipales del suelo*<sup>10</sup>.
- Excesiva regulación de los derechos subjetivos del propietario del suelo en detrimento de otros también constitucionalmente afectados como son el de participa-

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

<sup>10</sup> La denominada desnaturalización de los patrimonios municipales del suelo ha sido denunciada continuamente por la Doctrina. Entre ellos, González Pérez e incluso Salvador Martín Valdivia.

ción de la ciudadanía en los asuntos públicos, libertad de empresa y derecho a un medio ambiente adecuado. Por otra parte, se presta especial interés a dar efectividad formal al derecho a una vivienda digna.

- Concepción desarrollista y expansiva de la ciudad, con escasa atención al desarrollo sostenible.

El VII expositivo de los motivos de la LS07 incide en la función social de la propiedad, tanto de la privada como especialmente la pública. Se trata de dotar un mayor rigor al destino de los Patrimonios públicos del suelo o a las medidas arbitradas para asegurar que se cumple ese destino aun cuando se enajenen los bienes integrantes de los patrimonios públicos del suelo.

### **Compatibilidad del concepto de patrimonio municipal del suelo en el TRLS08 y en la gallega. Origen del PMS**

Con carácter básico el TRLS08 (artículo 38.1) define como patrimonio público de suelo el conjunto de bienes, recursos y derechos que adquiere la Administración en virtud del deber de cesión de suelo correspondiente al porcentaje de edificabilidad media ponderada de la actuación, según la legislación de ordenación territorial y urbanística. En el caso gallego, el concepto estatal de patrimonio público de suelo se va a identificar al de patrimonio municipal del suelo, por cuanto, en la legislación gallega no existe un deber de cesión del aprovechamiento a la Administración autonómica o Estatal.

En el artículo 176.2 de la LOUGA realiza una enumeración de los bienes que integran el patrimonio municipal del suelo:

- Bienes patrimoniales que resulten clasificados por el planeamiento urbanístico como suelo urbanizable o urbano. – Se acota la definición de patrimonio municipal del suelo a los bienes patrimoniales.*

Una carencia de la legislación autonómica gallega con respecto al del resto de CCAA, es la ausencia de regulación de las relaciones patrimoniales que se pudieran dar entre Administraciones Públicas con bienes de dominio público. Estamos mencionando lo que se conoce por parte de la Doctrina como mutaciones demaniales subjetivas o externas. Al respecto, la vigente Ley 33/03, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, prevé supuestos de mutaciones demaniales en una misma Administración, pero no se regulan las relaciones patrimoniales interadministrativas. La carencia de regulación al respecto imposibilitaría la realización de tales negocios jurídicos. Los bienes de las Entidades Locales que tienen la condición de bienes de dominio público tienen las tradicionales notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. Al estar previsto que el destino de estos bienes sea un servicio público de otra Administración, pierden la condición de dominio público de la Entidad Local, y ésta, únicamente se puede perder mediante una alteración tácita o expresa de la calificación jurídica del bien. Una vez desafectado el bien cedido, podrá la Administración titular del bien, afectar al servicio o uso público correspondiente según la normativa propia.

En otras Comunidades Autónomas existen previsiones en tal sentido, como es el caso de Andalucía (Ley 9/99, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales), Aragón (Ley 7/99, de 9 de abril de Administración local), Cataluña (Decreto 336/88, de 17 de octubre, reglamento de patrimonio das Entidades locales) o La Rioja (Ley 1/03, de 3 de marzo, de Administración local). Pese a esta imprevisión legal o ausencia de normativa al



respecto, no se puede olvidar que los actos de disposición y uso de los bienes adquiridos por motivos urbanísticos se regulan por una normativa específica. En efecto, la vigente LOUGA, no prevé un supuesto específico de cesión de terrenos destinados a equipamientos públicos de una Administración a otra. Únicamente, en sede de la regulación del patrimonio municipal del suelo, se prevé en el artículo 177.4 lo siguiente: “(...) *Los municipios podrán ceder gratuitamente los bienes incluidos en el patrimonio municipal del suelo, en los supuestos previstos en la legislación vigente y cumpliendo los requisitos establecidos en ella, observando su finalidad urbanística con destino a vivienda de promoción pública o para equipamientos comunitarios, debiendo constar en documento público la cesión y compromiso de los adquirentes (...)*”. La redacción de la Ley autonómica proviene de la legislación sobre gestión del patrimonio municipal del suelo del Texto refundido de la Ley del suelo y ordenación urbana (artículos 276 y siguientes del real decreto legislativo 1/92, de 26 de junio) y el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana (artículos 89 e siguientes del real decreto 1346/76, de 9 de abril). En este último texto incluso formaba parte del patrimonio municipal del suelo los terrenos destinados a equipamientos comunitarios. En este hecho podemos encontrar el origen y fundamento de ausencia de normativa que regule la cesión de titularidad de terrenos de dominio público de una Administración a otra.

Con carácter supletorio, se podría acudir a lo dispuesto en el artículo 2.2 del Real Decreto-Ley 8/80, de 14 de marzo, sobre creación de suelo y agilización de la gestión urbanística. En concreto, en el citado precepto se dispone lo siguiente: “(...) *Las Administraciones Públicas Urbanísticas podrán transmitirse entre sí, a título gratuito, terrenos de su propiedad para la construcción de viviendas de protección oficial, creación de suelo para su oferta con dicha finalidad o instalación de equipamientos comunitarios (...)*”. Una interpretación teleológica y actual de la normativa vigente (incluso con carácter supletorio), conlleva a que se pueda considerar como posible la cesión gratuita de la titularidad de terrenos destinados a equipamientos comunitarios para el ejercicio de competencias que son propias de la 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 otra parte, cuando el TRLS08 define el PMS, alude en general a bienes, recursos o derechos, sin perjuicio de los demás que determine la legislación sobre ordenación del territorio y urbanística. En la LOUGA (artículo 176) se amplían los bienes a los que hay que considerar como incluidos dentro del concepto de PMS. En concreto, de interés es que la legislación gallega incluye no solo propiamente suelo, sino incluso edificaciones. Se ha discutido si las edificaciones pueden servir a las finalidades y destino previsto en el PMS. El caso es que se trata de un PMS en el que se pudiera entender que se ha completado el proceso de transformación<sup>11</sup>. El mismo, por ejemplo si se tratara de viviendas, pueden servir a las finalidades del PMS (por ejemplo, otorgando a los propietarios afectados por operaciones urbanísticas el derecho de realojo) o bien su enajenación permitiría destinar los recursos obtenidos a conservar/ampliar este patrimonio separado.

11 Fernando Rodrigo Moreno, entiende que la única justificación de la integración en los PMS de edificios, es la obtención de recursos necesarios para la conservación y ampliación del mismo. Sobre el tema, es necesaria consultar el artículo: “*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.

Se citó con anterioridad que la LOUGA prevé que forman parte del PMS los bienes patrimoniales que resultasen clasificados como urbanos o urbanizables. Por ello, dada la nueva denominación de las situaciones urbanísticas en las que se encuentra el suelo, es necesario tratar de realizar una básica equivalencia al objeto de analizar qué bienes van a pasar a integrar el PMS en Galicia.

El TRLS08 destaca especialmente por rechazar la tradicional clasificación del suelo en urbano, urbanizable y no urbanizable (o las clases equivalentes de las CCAA, artículo 7 de la Ley 6/98, de 13 de abril).

El artículo 12 del TRLS08 regula dos situaciones básicas del suelo: el rural y el suelo urbanizado. El suelo urbanizado es definido (12.3 TRLS08) como el suelo que ya ha sido transformado por la ejecución urbanística y aparece con una urbanización integrado en un núcleo de población, contando con todos los servicios y dotaciones urbanísticas. Corresponde a la legislación autonómica la definición de qué suelo se encuentra integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población.

El suelo urbanizado, pese a su concepción estática, puede estar sometido a actuaciones que conlleven a la modificación de su posición, sin que varíe su situación básica. En concreto, el suelo urbanizado puede estar sometido a:

- Actuaciones de urbanización que tengan por objeto reformar o renovar la urbanización (artículos 14.1.a TRLS08).
- Actuaciones de dotación.

Son derechos del propietario de suelo que se encuentra en situación de urbanizado, el de edificar en los plazos establecidos en la normativa aplicable (artículo 9.1 del TRLS08). En el caso que se encuentre en situación de urbanizado pero incluido en una actuación de urbanización/reforma-renovación, las obligaciones de los propietarios se incrementan y se equiparan a las actuaciones de transformación urbanística (artículo 16 del TRLS08).

Todo aquel suelo que no se encuentre en una situación de urbanizado, es rural. Esta aparente concepción residual del suelo en situación rural precisa, para mayor fundamento, ser clasificado en tres supuestos:

- a) Suelo rural preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización. Incluye los terrenos excluidos por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza, del patrimonio cultural o aquellos que deben protegerse en virtud de situaciones que deben quedar acreditadas en el planeamiento. Se trata del suelo descrito en el punto 2º, letra a del artículo 12 del TRLS08.
- b) Suelo que, por planeamiento urbanístico o instrumento de ordenación del territorio, permita su paso a la situación de urbanizado mediante la tramitación y ejecución de la correspondiente actuación de transformación/nueva urbanización (punto 2º, letra b del artículo 12 del TRLS08).

Las mayores de las dudas que nos encontramos a la hora de abordar una equivalencia situación/clasificación entre legislación autonómica y estatal básica, es si debemos entender el suelo urbano no consolidado de la LOUGA que se encuentre incluido en una actuación de transformación/nueva urbanización, como en situación de urbanizado o rural.



No podemos olvidar que la LOUGA diferencia varias clases de suelo urbano no consolidado (artículo 12.b):

- a) Terrenos en los que es necesario un proceso de urbanización.
- b) Terrenos que precisan de un proceso de reforma o renovación urbana.
- c) Terrenos que se clasifican como suelo urbano no consolidado porque se considera necesaria la obtención de dotaciones urbanísticas con distribución equitativa de beneficios y cargas.
- d) Terrenos en que el planeamiento prevé una ordenación sustancialmente diferente de la realmente existente.
- e) Áreas de reciente urbanización surgidas al margen del planeamiento.

Resulta evidente la equivalencia suelo urbano no consolidado y situación de urbanizado de los terrenos descritos en las letras b (incluido en una actuación de transformación/renovación o reforma interior) y c (incluido en una actuación de dotación).

No obstante, existe un alto grado de incertidumbre a la hora de hacer una equivalencia del suelo urbano no consolidado que precisa de una actuación de transformación/nueva urbanización y las situaciones del suelo reguladas por el TRLS08.

Corresponde al legislador autonómico el ejercicio de la competencia normativa de desarrollo de la básica estatal. En ella, se debe definir con exactitud y detalle qué se entiende por "integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población".

- b) *Los terrenos y las edificaciones o construcciones obtenidas en virtud de las cesiones correspondientes a la participación de la administración en el aprovechamiento urbanístico, así como las adquisiciones de bienes y dinero obtenidos con ocasión de la gestión urbanística.- Si un tema ha tenido trascendencia y ha sufrido variaciones en las diversas legislaciones que han sucedido a la Ley de 12 de mayo del 56, éste ha sido el porcentaje que la Administración percibe por la participación en el aprovechamiento urbanístico. En la derogada Ley 6/98, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones (artículo 14.2, para suelo urbano no consolidado y 18.1 para el suelo urbanizable), preveía como una obligación de los propietarios de suelo urbano no consolidado y urbanizable la siguiente: "(...) ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por ciento del aprovechamiento del sector o ámbito correspondiente; este porcentaje, que tiene carácter máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística. Asimismo, esta legislación podrá reducir la participación de la Administración actuante en cargas de urbanización que correspondan a dicho suelo (...)". Este precepto tiene el carácter de básico.*

La LOUGA, en su artículo 20.c, dispone lo siguiente para suelo urbano no consolidado: "(...) Ceder obligatoria, gratuitamente y sin cargas el suelo correspondiente al aprovechamiento urbanístico del Ayuntamiento, por exceder del susceptible de apropiación privada, en los términos establecidos por el apartado b del artículo 18 de esta Ley. La Administración actuante no tendrá que contribuir a los costes de urbanización de los terrenos en los que se localice este aprovechamiento, que deberán ser asumidos por los propietarios (...)".

La remisión que se hace al apartado segundo del artículo 18 tiene una serie de peculiaridades. En el mismo, se establece la regla general de que el aprovechamiento de los

terrenos incluidos en la categoría de suelo urbano no consolidado será el correspondiente de referir a su superficie el 90% del aprovechamiento tipo del área de reparto correspondiente. Por la modificación operada por la Ley 15/04, de 29 de diciembre, se prevé la peculiar posibilidad de que los propietarios patrimonialicen el 100% del aprovechamiento urbanístico. Son dos supuestos:

- a) Polígonos que tengan cargas especialmente onerosas relativas a la rehabilitación integral o restauración de bienes inmuebles de interés cultural o edificios catalogados.
- b) Polígonos para los que el nuevo plan no prevé un incremento de la superficie edificable respecto de la preexistente lícitamente realizada ni incorpora nuevos usos que generen plusvalías.

Por otra parte<sup>12</sup>, la Administración percibirá el exceso de aprovechamiento objetivo/real/materializable sobre el subjetivo/apropiable/patrimonializable. Si bien formará parte en el PMS, este exceso tiene la finalidad específica de que necesariamente deben ir destinados a compensar a los propietarios con aprovechamiento objetivo/real/materializable inferior al subjetivo/apropiable/patrimonializable. Del resultado de tal compensación, en el caso que exista aprovechamiento excedentario, deberá destinarse a las finalidades propias del PMS.

Para el suelo urbanizable la situación es similar con pequeños matices. En concreto el apartado c del artículo 21 de la LOUGA establece: *"(...) cederle obligatoria, gratuitamente y libre de cargas a la Administración municipal el suelo correspondiente al 10% del aprovechamiento tipo del área de reparto. La Administración actuante no tendrá que contribuir a los costes de urbanización de los terrenos en los que se localice este aprovechamiento, que deberán ser asumidos por los propietarios (...)".* Aparentemente no existen excepciones a la regla general de que se patrimonialice el 90% del aprovechamiento, no obstante, a lo largo de la LOUGA nos encontramos ciertos supuestos que excepcionan este régimen:

- a) Terrenos que fuesen destinados a usos docentes, sanitarios públicos, elementos funcionales de las infraestructuras de transportes e instalaciones adscritas a la defensa nacional, que por un convenio de planeamiento puedan atribuirles a los propietarios el 100% del aprovechamiento, al objeto de financiar infraestructuras (artículo 47.5 LOUGA).
- b) Actuaciones de otras Administraciones Públicas con destino exclusivo a la construcción de viviendas de promoción pública o de equipamientos públicos o a la creación de suelo para facilitar la implantación de industrias y otras actividades económicas. La totalidad del aprovechamiento es atribuido a la Administración Pública actuante (artículo 108.4 de la LOUGA).
- c) Asentamientos surgidos al margen del planeamiento, no integrados en la malla urbana ni reúnan las características de suelo de núcleo rural tradicional. La disposición transitoria décima permite que el planeamiento pueda reducir motivadamente las reservas de suelo para dotaciones públicas o para vivienda de protección, atribuyendo a los propietarios el 100% del aprovechamiento. Este aspecto ha sido modificado por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, al atribuir el 90% del aprovechamiento susceptible de apropiación a los propietarios del ámbito.

<sup>12</sup> Artículo 129 y 130 de la Ley 9/02, de 30 de diciembre.



- d) Actuaciones integradas en suelo de núcleo rural: cabía la posibilidad de que los propietarios patrimonializaran el 100% del aprovechamiento. Ahora tras la reciente reforma de la LOUGA, se ajusta al 90%.

El TRLS08 afecta al régimen que se ha expuesto con anterioridad. El artículo 16 prevé un sistema de cesiones para las actuaciones de transformación. En relación con la normativa vigente, se entiende que introduce las siguientes matizaciones:

- Se prevé como regla general la cesión de suelo, también libre de cargas como en la CCAA de Galicia, pero del correspondiente porcentaje de la *edificabilidad* media ponderada. Con anterioridad se hablaba de cesión de aprovechamiento y el mismo se medía por las técnicas que las CCAA determinasen. En nuestro caso, por el denominado aprovechamiento tipo, regulado en los artículos 113 y 114 de la Ley 9/02.
- Se permite que el deber de cesión se vincule a un *ámbito superior de referencia superior al de urbanización*. Se entiende que esta situación permite que en el caso de Galicia se puedan establecer obligaciones de cesión de forma global para una o más áreas de reparto. Actualmente, si el deber de cesión viene referido al aprovechamiento tipo y éste es un concepto vinculado y característico del área de reparto, con la nueva redacción de la Ley estatal se permite prever por planeamiento que exista un deber de cesión único para una superficie mayor al previsto actualmente.
- En las *actuaciones de dotación* (definidas en el apartado b del artículo 14), el deber de cesión será referido únicamente al incremento de la edificabilidad de los terrenos incluidos en la actuación. En la legislación vigente de la Comunidad Autónoma de Galicia, se había eliminado toda posibilidad de realizar operaciones de equidistribución en suelo urbano consolidado<sup>13</sup>. En cuanto al régimen transitorio de los deberes previstos para las actuaciones de dotación, se estará a lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del TRLS08. Durante un año desde su entrada en vigor, únicamente quedaron vinculados a los deberes previstos en el artículo 16 en aquel caso que se vayan a realizar cambios en la ordenación (cuyo procedimiento de aprobación se inicie con posterioridad a 1.07.07). Una vez transcurrido un año, para todas las actuaciones de dotación en el caso de que a legislación autonómica no esté adaptada, serán de aplicación directa las previsiones del artículo 16, con las siguientes salvedades:
  - El instrumento de ordenación deberá calcular el valor total de las cargas imputables a la actuación que corresponde a cada nuevo metro cuadrado de techo o cada nueva vivienda.
  - Se prevé la sustitución de los deberes de cesión por su equivalente en metálico.
  - Difiere el deber de cesión al de la concesión de licencia que permita la materialización de la mayor edificabilidad o el inicio del uso atribuido por la ordenación. Dado que estamos en un suelo en situación de urbanizado, no existe posibilidad de realizar un instrumento de equidistribución, no obstante, en el caso de que exista más de un propietario va a ser necesario un instrumento similar.

<sup>13</sup> Apartado 2º del artículo 111 de la Ley 9/02, de 30 de diciembre: “(...) En suelo urbano consolidado los planes generales no podrán definir áreas de reparto ni ningún otro instrumento o técnica de reparto de cargas y beneficios, sin perjuicio del contenido de los derechos y obligaciones de los propietarios de esta clase de suelo recogidos en el artículo 19 de esta Ley (...)”. En este tipo de suelo sólo se permite la realización de actuaciones de reorganización de la propiedad en suelo urbano consolidado, más conocidas como operaciones de normalización de predios, reguladas en el artículo 122 de la Ley 9/02, de 30 de diciembre y 117 y siguientes del real decreto 3288/78, de 25 de agosto.

- En cuanto al porcentaje de participación de la Administración en la denominada edificabilidad media ponderada de la actuación, se regula del 5% al 15%. Se prevé que la legislación sobre ordenación urbanística y de ordenación del territorio, justifique en supuestos debidamente motivados y aplicando el principio de proporcionalidad, el incremento del porcentaje hasta el 20%. El concepto básico para prever el concreto porcentaje de cesión, es el de valor de las parcelas resultantes y su comparación con las restantes de la misma categoría de suelo. La legislación urbanística y del territorio deberá prever supuestos que permitan ser utilizados por el planificador en orden a apreciar cuándo se dan las circunstancias que pueden incrementar o reducir el deber de cesión.

Lo cierto es que el artículo 16.b exige que el deber de cesión vaya destinado a formar parte del patrimonio público de la Administración actuante, pero no determina exactamente cuál es ella. Como se hizo alusión con anterioridad se prevé la constitución de un patrimonio de suelo de la Administración autonómica, en colaboración con los Municipios, con la doble finalidad de atender la demanda de vivienda de protección pública y de suelo para el desarrollo de actividades empresariales (artículo 174.2 LOUGA). Hasta la fecha no existe acto de constitución de este patrimonio autonómico.

Otro tema es lo que va a afectar la entrada en vigor del texto normativo que se está tramitando a los planeamientos en vigor. Como sabemos, son la mayoría los Municipios gallegos que no tienen adaptado a la normativa vigente. Por ello, para conocer cuál va a ser el deber de cesión, realizamos la siguiente diferenciación:

- *Municipios con planeamiento aprobado cuando estaba vigente el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 9 de abril del 76.*- El artículo 84.3.b de la citada norma, preveía como un deber legal de los propietarios de suelo urbanizable programado el de ceder el 10% del aprovechamiento medio del sector en el que se encuentre la finca. Realizando una visión demasiado simple del tema, a la entrada en vigor de este tipo de planes, deberán ceder el 10%, teniendo en cuenta la disposición transitoria primera, letra d) de la Ley 9/02, que equipara este tipo de suelo al suelo urbanizable no delimitado. Para aquellos polígonos que se delimiten en suelo urbano, teniendo en cuenta la legislación autonómica vigente (disposición transitoria primera, letra c), deberá preverse que sea el 10% de cesión obligatoria, no obstante, si se dan las circunstancias del 18.b de la LOUGA, éste se podrá reducir.
- *Municipios con planeamiento ajustado a la Ley 11/85 de adaptación de la Ley del Suelo de Galicia y al Texto refundido de la Ley del régimen del suelo y ordenación urbana, de 26 de junio del 92.*- El artículo 25 del texto estatal preveía que los propietarios tenían la posibilidad de patrimonializar el 85% del aprovechamiento tipo del área de reparto en que se encuentre. Asimismo, el artículo 20 fijaba como deber legal para la adquisición gradual de facultades la de ceder el terreno donde se localice el aprovechamiento correspondiente a los Ayuntamientos por exceder del susceptible de apropiación privada (artículo 20). En consecuencia, salvo que el planeamiento se adapte y justifique menor porcentaje de participación, podría mantenerse que es el 15%, no obstante, se aprecia un conflicto normativo entre la disposición estatal, la autonómica y el propio planeamiento. En todo caso, cuando exista una ley de adaptación autonómica, el problema quedará resuelto.



- *Municipios con planeamiento adaptado a la Ley 6/98, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones y a la Ley 1/97, de 24 de marzo, del suelo de Galicia.*- Los artículos 14.2 y 18.4 de la Ley 6/98, de 13 de abril, del régimen del suelo y valoraciones establecen como deber de cesión el 10% del aprovechamiento del correspondiente ámbito, sin que la Ley 1/97 altere tal obligación. En consecuencia, a la entrada en vigor de la nueva legislación estatal, se fijará como deber de cesión el 10%, sin perjuicio que para la equivalencia de suelo con la Ley 9/02 se deba acudir a la disposición transitoria primera de la Ley 9/02.
- *Municipios con planeamiento adaptado a la Ley 9/02, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural.*- Salvo las excepciones aludidas con anterioridad, la regla general es que los propietarios de suelo urbanizable (delimitado y no delimitado) y urbano no consolidado, puedan patrimonializar el 90% del aprovechamiento urbanístico, lo que es lo mismo, deben ceder obligatoriamente el 10%. Los Municipios en esta situación se entiende que no verán afectados sus planeamientos.
- c) *Los terrenos y las edificaciones o construcciones, adquiridos en virtud de cualquier título y en especial mediante expropiación por la administración titular, con el fin de su incorporación al correspondiente patrimonio del suelo, y los que lo sean como consecuencia del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto previstos en la Ley.*- Se trata de un conjunto de bienes inmobiliarios (incluidos necesariamente en el epígrafe 1 del inventario de bienes) que tienen distinta naturaleza y función. Se ha de diferenciar el suelo o edificaciones incluidas en planes que no permitan su conservación, del producto final de los actos de gestión inmobiliaria. Lógicamente no son las mismas las finalidades del suelo y las de una vivienda de protección que sea propietario el Ayuntamiento. Bajo este epígrafe, el Ayuntamiento puede tener en el inventario separado de bienes del PMS inmuebles adquiridos por expropiación, adquisición directa, permuta, donaciones, adquiridos por convenio, prescripción, etc. Realiza una especial mención a los terrenos adquiridos tras el ejercicio del derecho de tanteo y retracto. Los terrenos obtenidos por ocupación directa o permuta forzosa (artículos 168 y 169 de la LOUGA) no formarán parte del PMS dado que sólo se puede utilizar este mecanismo para la obtención de dotaciones locales o sistemas generales.
- d) *Cesiones en especie o en metálico derivadas de los deberes u obligaciones, legales o voluntarias, asumidas en convenios, concursos públicos o plasmadas en instrumentos de gestión urbanística.*- Dentro de este apartado se dan un conjunto de cuestiones que es preciso analizar. Se trata de un tema altamente controvertido y de tratamiento dispar por los diferentes Municipios gallegos. Para un mejor análisis, dividimos la materia en aquellas cesiones en especie o en metálico que son fruto del cumplimiento de un precepto legal de aquéllos que se asumen voluntariamente por una estipulación plasmada en un convenio urbanístico, concurso o en instrumentos de gestión urbanística.

*-Bienes, recursos o derechos derivados del cumplimiento de deberes legales.*- Sin duda, en primer lugar estamos haciendo referencia a la figura de las monetarizaciones o a las permutas de aprovechamiento urbanístico por un terreno o bien no ubicado en el ámbito. Con respecto a este último negocio jurídico es necesario mencionar que se trataría de una permuta y que la LOUGA (artículo 177.2) exige que se realizara por concurso. Ciertamente

no plantea más problema que la tramitación de un expediente en el que necesariamente se deberá valorar el aprovechamiento que le corresponde legalmente al Ayuntamiento tras la realización de una actuación de urbanización y el bien por el que se pretende permutar. Asimismo se deben dar las condiciones previstas en el artículo 112.2 del real decreto 1372/86, de 13 de junio, de bienes de las Corporaciones locales, es decir, que conste en el expediente la necesidad de efectuarla y que la diferencia entre los bienes a permutar no sea superior en un 40% del que lo tenga mayor.

Mayor análisis se debe de dar a la sustitución del deber de cesión de aprovechamiento urbanístico por su equivalente económico o más conocidas como monetarizaciones. De partida, debemos tener en cuenta que la aprobación del proyecto de equidistribución supone la transmisión, en pleno dominio y libre de cargas, de todos los terrenos de cesión obligatoria para su incorporación al patrimonio municipal del suelo. Tanto el Texto refundido de la Ley del Suelo de 1976 como el del 92 (artículo 276.2<sup>14</sup>), permitían su sustitución en especie o metálico. Asimismo, la LOUGA aludía a esta posibilidad en el propio artículo 176.d (además del 22.d y 177.2) y en sede de convenios de gestión (artículo 236)<sup>15</sup>. Lo que realmente estaba previsto que fuera una mera posibilidad se había convertido en la regla general en la gestión de todo tipo de polígonos.

Como sabemos, las enajenaciones de bienes integrantes en el PMS deben realizarse conforme a los procedimientos previstos en la legislación en materia de bienes y contratos de las Administraciones Públicas. En el caso de Galicia, la Ley 15/04, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 9/02, de 30 de diciembre, predeterminó el procedimiento abierto y la forma concurso como la adecuada para la enajenación de los bienes integrantes en el PMS.

La redacción anterior a la Ley 2/2010 de la LOUGA era la siguiente: “(...) La enajenación o permuta de los bienes del PMS de la Administración Autónoma o local se realizará por precio no inferior al de su aprovechamiento urbanístico, mediante concurso público por procedimiento abierto, en la forma establecida en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (...)”.

En el mismo artículo se fijaba un cierto contenido mínimo al pliego de condiciones tendente a regular los plazos máximos de edificación, precios finales de venta, condiciones que impidan posteriores transmisiones de terrenos por precio superior al de adquisición, índices de referencia o actualización de los precios, etc. Únicamente se permitía acudir a la enajenación directa en aquel caso que el concurso quede desierto y siempre sometido a las mismas condiciones.

La introducción en este apartado del artículo 177 de la LOUGA supuso una quiebra en el quehacer de la gestión urbanística en Galicia. Son muchos los Ayuntamientos que han asumido tal previsión, no obstante, es cierto que existen algunos que han tratado de eludir la norma con teorías que, al entender del que escribe el presente trabajo, carecen de fundamento legal y que realmente no sirven al interés público que debe residir la gestión del PMS. Lo cierto es que la reforma que se quiso dar a la gestión del PMS fue incompleta, dado que era a todas luces incongruente la previsión del 177.2 y el mantenimiento del supuesto de convenio de gestión de monetarización del artículo 236 y 176.2.d.

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

<sup>15</sup> Artículo 236.2 de la Ley 9/02, de 30 de diciembre: “(...) Los convenios en los que se acuerde los términos del cumplimiento del deber legal de cesión por su sustitución por el pago de cantidad en metálico deberán incluir, como anexo, la valoración pertinente, practicada por los servicios administrativos que tengan atribuida tal función, con carácter general ante la correspondiente Administración (...)”.



El procedimiento de enajenación directa o negociado ha pasado a un segundo plano y únicamente era aceptable en los siguientes supuestos:

- Caso de que el concurso de enajenación de PMS quede desierto y en las mismas condiciones que en el primer expediente de licitación (artículo 177.2 final de la Ley 9/02).
- Enajenaciones de sobrantes (artículo 7.2 del real decreto 1372/86, de 13 de junio).
- Cesión gratuita de PMS o por precio inferior al de mercado para la construcción de viviendas de promoción pública o para equipamientos comunitarios<sup>16</sup>.
- Para la ocupación directa o permuta forzosa de terrenos destinados a obtención de dotaciones locales o sistemas generales (artículo 168 y siguientes de la Ley 9/02, de 30 de diciembre).

La consecuencia de enajenar PMS sin observar el procedimiento legalmente establecido es la nulidad del convenio o acuerdo por el cual se monetariza sin previa licitación. Significativa es la Sentencia del Tribunal Supremo de 31.10.01 por la cual se declara nulo un convenio por el que se acordaba la sustitución en metálico del aprovechamiento de un Ayuntamiento de la Rioja por su equivalente en metálico, dado que se realizaba al margen del procedimiento legalmente establecido (en este caso, subasta).

Como bien dice José Antonio López Pellicer<sup>17</sup>, los supuestos previstos en la norma para la sustitución en metálico por convenio (artículo 236.2 LOUGA) la superficie que le corresponde al Ayuntamiento en concepto de participación en el aprovechamiento urbanístico, se ha de reducir a los supuestos de enajenación directa previstos y enumerados con anterioridad.

Para nada debe variar tal exigencia 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.

Con la nueva redacción dada por la LOUGA realizada por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, la situación ha vuelto a su origen. En efecto, el artículo 177 diferencia los supuestos de enajenación de suelo para destinarlo a la construcción de viviendas de protección y aquel otro que no va destinado a las finalidades propias del PMS. Se elude la referencia a la forma de adjudicación y se remite por primera vez (en concordancia con lo dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público) a las normas reguladoras de la gestión del patrimonio de las Administraciones Públicas.

Por otra parte, se da de nuevo la posibilidad de monetarizar aprovechamientos previstos en un proyecto de equidistribución. No será posible en aquel caso que exista la posibilidad de ceder suelo destinado a la construcción de vivienda de protección, tanto pública como privada (nueva redacción del artículo 236.2 LOUGA).

16 Artículo 177.4 de la Ley 9/02, de 30 de diciembre: “(...) Los municipios podrán ceder gratuitamente los bienes incluidos en el patrimonio municipal del suelo, en los supuestos previstos en la legislación vigente y cumpliendo los requisitos establecidos en ella, observando su finalidad urbanística con destino a la vivienda de promoción pública o para equipamientos comunitarios, debiendo constar en documento público la cesión y el compromiso de los 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.

e) *Bienes, recursos o derechos derivados del cumplimiento de actos voluntarios instrumentados o no por convenio.- Realmente es una de las cuestiones que mayor calado va a tener una vez que entre en vigor la nueva Ley del Suelo. En primer lugar, es destacable el apartado primero del artículo 3º, que proclama que la ordenación del territorio y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción<sup>18</sup>. El apartado 3º del artículo 16, dispone lo siguiente: “(...) los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno derecho (...)”.*

Con este precepto pudiera parecer que pierden amparo legal numerosas fórmulas de financiación local que actualmente se están instrumentando por convenios a lo largo de toda la geografía española. La propia Ley 9/02 queda afectada, dado que con el actual texto no se prohíben expresamente estas prácticas, al contrario, se prevé que el importe derivado de tales acuerdos formen parte del denominado patrimonio municipal del suelo.

Lo cierto es que se trata de una reacción al denunciado “acoso inmobiliario” que están sufriendo ciertos propietarios en aquellas CCAA que opera el denominado “agente urbanizador”. El problema de partida es limitar las posibilidades que un promotor/propietario convenie o concierte con el Ayuntamiento obligaciones superiores a las legales y que las mismas tengan que ser asumidas por todos los propietarios, aunque no hayan participado en el acto transaccional. El alcance de la limitación que se quiera dar al artículo 3 y al apartado 3º del artículo 16 es toda una incógnita.

Con esta redacción el objeto de los convenios regulados en nuestra Comunidad Autónoma en los artículos 233 y siguientes de la LOUGA pudiera verse altamente reducidos. Por tanto, se estima preciso que la legislación autonómica defina los deberes que legalmente son exigibles a los propietarios de suelo en situación rural para que pudieran alcanzar, por medio de una actuación de urbanización, la condición de urbanizado. Tampoco es banal conocer cuál es el alcance real de la previsión del TRLS08 en los planeamientos aprobados o en tramitación con convenios cuyo contenido ya está incorporado en sus determinaciones.

e) *Los ingresos obtenidos mediante enajenación de terrenos en los patrimonios públicos del suelo.-* El TRLS08 introduce alguna novedad que es de indudable interés a la hora de proceder a la enajenación de suelo integrante en el PMS. En primer lugar el artículo 39.2 con carácter básico establece como límite del tipo de licitación del suelo destinado a la construcción de algún tipo de vivienda de protección, el valor máximo de repercusión del suelo sobre el tipo de vivienda de que se trate. Se entiende que esta previsión es acertada, por cuanto se logra con ella la articulación más eficaz de una política de vivienda. Por tanto, el apartado segundo del artículo 177 se vio afectado directamente, dado que el mismo exige que cada acto de disposición de suelo no podía ser por precio inferior al de su aprovechamiento urbanístico. Esto provocaba que en determinados Municipios en los que el margen de diferencia entre el precio del suelo destinado a mercado libre y los valores máximos de repercusión de suelo para vivienda protegida eran muy altos, aplicando la ley

<sup>18</sup> Se reproduce literalmente la limitación a la terminación convencional de procedimientos administrativos, previsto en el artículo 88 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común.



en sentido literal, no podían aplicarse a vivienda sujeta a algún régimen de protección. Tal incompatibilidad implicó la necesidad de reformular el contenido del artículo 177 por la Ley 6/2008 y Ley 2/2010, ambas definidas como de carácter urgente.

El Estado, con competencia normativa plena, muestra cierta preocupación por la inscripción en el Registro de la Propiedad de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones de destino de las fincas integrantes en el patrimonio público de suelo. Sin perjuicio de las que se pudieran articular en el pliego de cláusulas, la propia LOUGA prevé un contenido mínimo:

- Precios finales máximos de venta y, si es el caso, de urbanización.
- Precios finales máximos de venta de alquiler de futuras edificaciones.
- Condiciones que impidan ulteriores enajenaciones por precio superior al de adquisición.
- Índices de referencia para la actualización de los precios señalados con anterioridad.

Lo cierto es que la enajenación de suelo integrado en el PMS lleva implícita para el adquirente el cumplimiento de ciertas condiciones que derivan de la finalidad pública de la gestión del PMS. Por ello, para el caso de enajenación de suelo con destino residencial, es posible entender que más que un contrato de naturaleza patrimonial (artículo 5.1.p de la Ley de Contratos del Sector Público) y si administrativo de naturaleza especial.

## 5 El destino del PMS tanto en la legislación autonómica gallega como en la ley estatal. Aplicación del PMS

La Sentencia de marzo del Constitucional, por la que anuló la mayor parte del Texto refundido de la Ley del suelo y ordenación urbana de 1992, mantuvo el apartado primero del artículo 280 (vigente en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 6/98, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones), aludiendo a su carácter básico: “(...) *Los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo, una vez incorporados al proceso de urbanización y edificación, deberán ser destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento urbanístico (...)*”.

La legislación autonómica desarrolla profundamente las finalidades del PMS, en el artículo 177.1 de la Ley 9/02, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia. Es preciso analizar individualizadamente cada uno de los posibles fines del PMS y su confrontación con la legislación estatal en tramitación.

### 5.1 Construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección

Fueron ciertos Planes Generales de los años 80 y 90 los primeros instrumentos normativos que preveían la reserva de suelo destinado a la construcción de vivienda de protección. Dicha determinación no tenía ningún tipo de fundamento legal que las amparara y fueron objeto de anulación por las STS de 1.06.87, 16.10.90 y 8.07.92.

El Texto refundido de la Ley del suelo del año 92 estableció la posibilidad de que los Planes generales reservaran suelo para la construcción de vivienda de protección.

Con posterioridad, CCAA como la navarra o madrileña fueron pioneras a la hora de fijar un porcentaje mínimo de reserva y en la actualidad la totalidad de las CCAA, en mayor o menor medida, prevén un suelo mínimo destinado a la construcción de vivienda de protección.

El título competencial por el cual el TRLS08 establece un mínimo de suelo destinado a reserva de vivienda protegida, no son otros que el artículo 149.1.1º (Competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de trato de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales), 13º (planificación general de la actividad económica) y el artículo 47 del texto constitucional (Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada).

La voluntad del nuevo texto legal en orden a dar efectividad al derecho a una vivienda digna es evidente. Póngase por ejemplo el artículo 2.3 del TRLS08 por el cual se proclama que todo el suelo destinado a uso residencial está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Como derecho del ciudadano, y en desarrollo del artículo 47 de la Constitución española, el apartado a) del artículo 4º regula el contenido de tal derecho de la siguiente forma: "(...) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente adecuado (...)".

No cabe duda que el apartado b del artículo 10º establece un cúmulo de mandatos a la legislación de las CCAA y a los propios instrumentos de ordenación, para lo cual se define como un criterio básico de utilización del suelo: "*(...) Destinar el suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta o alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa. Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación y, como mínimo, comprenderá los terrenos necesarios para realizar el 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización. No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior para determinados Municipios o para ciertas actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social (...)*". La Disposición transitoria primera de la LS07 establecía un mandato a la legislación de las CCAA para que adaptaran su normativa al precepto contenido en el punto b del artículo 10. En caso contrario, transcurrido un año, sería directamente aplicable la reserva de suelo destinado a vivienda protegida.

Tras un largo proceso de tramitación se aprobó la Ley 6/2008, de 19 de junio, de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo (LMU08). Como se ha puesto de manifiesto en todas las CCAA, la aprobación de la LS07 derivó en un análisis y estudio de la necesidad de adaptación de la legislación de cada una de las CCAA. De esta forma (entre otras), la CCAA de Madrid, Cataluña, Aragón y Castilla y León modificaron sus textos legales o simplemente dictaron instrucciones interpretativas. En el caso de Galicia, únicamente se ha abordado



la necesidad de alterar el porcentaje de suelo destinado a suelo para construir vivienda de protección. La reforma de la LOUGA, en este aspecto, se había abordado de forma independiente a la elaboración y procedimiento de aprobación parlamentario de la LS07. Tal hecho es corroborado de forma simple analizando el preámbulo de la LMU08, en el que no se encuentra ninguna referencia al mandato estatal de reserva de suelo con la condición aludida.

Integrando ambos textos normativos, en Galicia existe la siguiente reserva de suelo para vivienda protegida:

***Reserva para la dotación autonómica para la construcción de viviendas de promoción y titularidad pública.***

Recogiendo el testigo del artículo 10.b del TRLS08, por primera vez la LMU08 introdujo en el artículo 22 y en el punto 10º del artículo 47 de la LOUGA, la previsión de una reserva de suelo autonómica para la construcción de viviendas de promoción y titularidad pública. Según el Preámbulo del nuevo texto legal, las viviendas resultantes tratan de dar respuesta a unas necesidades que no logran satisfacer las viviendas protegidas tradicionales y van dirigidas a servir de residencia a sectores de población con rentas más bajas.

- Tipo de suelo: únicamente afecta al suelo clasificado como urbanizable y la naturaleza del mismo y, por extensión de las construcciones, será de dominio público.
- Superficie de suelo a ceder a la Administración Autonómica: la superficie de suelo a reservar será de por lo menos de 2,5 m<sup>2</sup> de suelo por cada 100 m<sup>2</sup> edificables de uso residencial.
- Edificabilidad a asignar: no se le atribuirá aprovechamiento lucrativo privado, pero la edificabilidad a asignar será el resultante del estudio de las rentas de la población municipal y de la demanda de viviendas para la población de rentas más bajas. En todo caso la edificabilidad no podrá superar el 2,5% de la edificabilidad residencial de todo el sector.

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

***Reserva de suelo para la promoción privada de vivienda protegida.***

- Parámetro global:
  - Municipios con población mayor a 20.000 habitantes: como mínimo el 40% de la edificabilidad residencial prevista para el Plan en suelo urbano no consolidado y urbanizable.
  - Municipios con población inferior a los 20.000 habitantes: 30% como mínimo de la edificabilidad residencial prevista en el Plan para el suelo urbano no consolidado y urbanizable. Existe la posibilidad que motivadamente se reduzca al 20%.
  - En Municipios inferiores a 5.000 habitantes: será la misma que la anterior, salvo que resulten exentos de reserva cuando el plan en tramitación no prevea desarrollos urbanísticos (en suelo urbano no consolidado y urbanizable) que superen las cinco viviendas por cada 1.000 habitantes y año (teniendo en cuenta la previsible duración del plan).
- Parámetro específico por clase de suelo:
  - Suelo urbano no consolidado: por lo menos el 20% de la edificabilidad residencial deberá ser destinada a la construcción de vivienda sometida a algún régimen de protección.

Nunca serán reservas mayores a las previstas en el suelo urbanizable. Será igual para todos los distritos.

- Suelo urbanizable delimitado: será como mínimo el 20% de la edificabilidad residencial en cada sector, salvo la posibilidad de reducción/eliminación de reserva en aquel caso que la edificabilidad del sector no supere el 0,20 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>.
- Parámetro de localización: se procurará la concentración excesiva, favorecer la cohesión social y evitar la segregación territorial por su nivel de renta.
- Posibilidad de incrementar la reserva prevista para las distintas clases de suelo: se podrá incrementar en aquel caso en que se lleve a cabo una estimación de la demanda potencial de vivienda libre y en especial la protegida en atención de circunstancias como las relativas a los precios de las viviendas, expectativa de creación de nuevos hogares, a las necesidades de reposición o rehabilitación del parque inmobiliario, etc.

### **Régimen transitorio previsto en la LMU08:**

- Planes generales en tramitación (disposición transitoria primera): los planes aprobados provisionalmente antes del 1 de julio del año 2008, podían continuar su tramitación con las determinaciones que contengan sin necesidad de adaptarlas a la LMU08, durante un plazo máximo de un año. En el caso de que se aprueben durante el mencionado plazo, será de aplicación el régimen previsto en la disposición transitoria segunda.
- Se afirma que la adaptación del planeamiento a la LMU08 no supone una modificación sustancial que abra la posibilidad de someterlo a un nuevo período de información pública.
- Planes generales aprobados y adaptados a la LOUGA sin planeamiento de desarrollo: se mantiene la reserva de suelo para vivienda protegida prevista en el suelo urbano no consolidado. En urbanizable delimitado, se mantienen las reservas previstas cuando en el conjunto del plan general sean iguales o superiores al 40% (municipios con población superior a los 20.000 habitantes) o 30% (municipios con población inferior a los 20.000 habitantes). En suelo urbanizable no delimitado, se establece una reserva del 40% en municipios de población superior a los 5.000 habitantes y el 20% en el resto.
- Planes generales aprobados y no adaptados a la LOUGA sin planeamiento de desarrollo: será necesario que en suelo urbano no consolidado, cada polígono, unidad de actuación o ejecución, se localice cuanto menos el 20% de la edificabilidad residencial con destino a la construcción de vivienda sometida a algún régimen de protección. En urbanizable delimitado la reserva será del 40% en municipios de más de 20.000 habitantes y 30% en el resto. Al igual que en el punto anterior, en el suelo urbanizable no delimitado, la reserva será del 40%, salvo que el municipio no alcance los 5.000 habitantes, entonces la reserva será del 20%.
- Concretos ámbitos con planeamiento de desarrollo aprobados: los ámbitos con planeamiento de desarrollo aprobado, cuando no haya transcurrido el plazo para su ejecución y hasta el 1.07.11, podrán desarrollarse conforme sus determinaciones sin necesidad de adaptación.
- Planeamiento de desarrollo en tramitación: en el caso que se prevea una reserva del 20% podrá continuar su tramitación durante el plazo de tres años.



***Sobre las excepciones de la normativa vigente en las reservas de suelo para vivienda protegida.-Tanto la LOUGA como el TRLS08 articulan una serie de excepciones a la reserva de suelo aludida en este apartado. Comenzando por el TRLS08, prevé las siguientes formas de aplicación moderada de la norma prevista en el punto b del artículo 10º:***

- Permite que las legislaciones de las Comunidades Autónomas apliquen la norma de forma moderada en aquellos casos que se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social.
- En la disposición transitoria primera, se articula una moderación en la aplicación directa del artículo 10.b, exceptuando de su aplicación a los Municipios con población inferior a los 10.000 habitantes con escaso empuje edificatorio o actuaciones de reforma interior inferiores a las 200 viviendas. En la misma disposición, permite que los instrumentos de ordenación puedan minorar la reserva de vivienda protegida en actuaciones de urbanización no dirigidas a atender la demanda de primera residencia, siempre que se compense en otras actuaciones.

En cuanto a la LOUGA (tras la reforma operada por el TRLS08), se desarrollan las siguientes excepciones:

- No se preveía la reserva de suelo destinado a la construcción de vivienda protegida en suelo clasificado como de núcleo rural. No obstante, en algunos preceptos de la reforma operada por la Ley 2/2010, de 25 de marzo, se ha previsto tal posibilidad.
- Posibilidad de que los municipios de población inferior a los 5.000 habitantes no tengan que reservar suelo para la construcción de vivienda protegida, cuando los nuevos desarrollos no superen las cinco viviendas por cada 1.000 habitantes y año, tomando como referencia el número de años de horizonte del planeamiento.
- Sectores de suelo urbanizable con edificabilidad inferior o igual al 0,20 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, podrá minorar o eliminar la reserva en aquel caso que el planeamiento compense la reducción con el resto de los sectores.
- Parece deducirse de la disposición transitoria primera del TRLS08, que debe ser preciso un planeamiento general adaptado a la LOUGA y el LMU08 para que se disponga de suelo dotacional autonómico para la construcción de vivienda. No obstante, de la nueva redacción dada por la LMU08 a la letra b del artículo 86, parece deducirse que los planes parciales y de sectorización que se aprueben deberán incorporar la dotación autonómica de vivienda.

En materia de vivienda protegida también es necesario hacer mención a las siguientes novedades previstas por la LMU08:

- Durante la fase de tramitación parlamentaria, el proyecto de LMU incorporaba un nuevo documento os PXOM consistente en un análisis de la demanda y necesidades de suelo para la construcción de vivienda protegida. En la versión finalmente aprobada no prevé la existencia del citado documento con carácter independiente. No obstante, para poder alterar la reserva prevista legalmente, en los puntos 13 y 14 del artículo 47 de la LOUGA, exige que el PGOM incorpore un estudio sobre los precios de la vivienda, la evolución de la población y las expectativas de creación de nuevos hogares y necesidades de rehabilitación y reposición del parque inmobiliario.

- La letra b, del artículo 86 de la redacción dada a la LOUGA por la LMU08, exige que durante la tramitación de planes parciales o de sectorización, se incorpore un informe de la “Consellería” competente en materia de vivienda. Tal informe fue eliminado por la LMU10.
- Por otra parte, era una preocupación del legislador autonómico, que el suelo destinado a la construcción de vivienda protegida no quedara vacante de edificación durante tiempo indefinido. Para ello, la letra j, del artículo 64 prevé que los plazos que se fijen para la edificación en solares destinados a la construcción de vivienda protegida no sean superiores a los de construcción de la libre. Teniendo en cuenta que es realmente difícil calcular cual va a ser un ritmo razonable de edificación, el único instrumento que va a posibilitar la exigencia de la construcción va a ser el denominado registro de solares. Esta medida, fue adoptada en el marco de una coyuntura que no es la actual.
- No se prevé cual va a ser el régimen de protección al que se deban someter las viviendas a ejecutar en el suelo reservado.
- Pese a que se pudiera deducir del punto primero-letra b del artículo 16 del TRLS08, debería haber una manifestación legal más clara de que el porcentaje de aprovechamiento que debe recibir el Ayuntamiento, deba ser en suelo destinado a la construcción de vivienda protegida.

Por último, se ha de dejar claro que cualquier alteración del porcentaje de reserva de suelo para la construcción de vivienda protegida, implica una alteración del planeamiento vigente. En efecto, la legislación gallega trata la reserva de suelo para vivienda protegida como una determinación de planeamiento tal y como se establece en los artículos 47 de la LOUGA (apartados 10 a 13, introducidos por la LMU08).

## 5.2 Otros usos de interés social

(artículo 277 Texto refundido de la Ley del Suelo del 92)

Dentro del marco normativo básico, la legislación autonómica integró dentro del interés social, las siguientes finalidades:

- *A la propia planificación y gestión urbanística, en especial al pago en especie, mediante permuta, de los terrenos destinados a sistemas generales.*
- *Actuaciones públicas dotacionales, sistemas generales u otras actividades de interés social.*
- *Conservación y mejora del medio ambiente, del medio rural y del patrimonio cultural construido.*
- *Creación de suelo para el ejercicio de actividades empresariales compatibles con el desarrollo sostenible.*
- *Conservación y ampliación del propio patrimonio.*

Ciertamente el proceso de extensión del concepto básico de “interés social” al que se refiere el Texto refundido de la ley del suelo de 1992, se ha ampliado hasta puntos que la Doctrina lo considera que ha desvirtuado la finalidad propia del PMS.

Lógicamente muchos de los destinos regulados por las distintas CCAA, no pueden materializarse si no es mediante la enajenación y obtención de recursos financieros. No obstan-



te, también se está admitiendo la posibilidad de entrega al uso general o la implantación de un servicio público.

Aspecto de discusión es el de la afectación de los recursos o ingresos que se obtengan de la enajenación del Patrimonio municipal del suelo o prevengan de las denominadas monetarizaciones de aprovechamientos urbanísticos. Tradicionalmente se han defendido dos posturas: En primer lugar, aquellos que en una interpretación estricta del artículo 276.2 y 280 del TRLS92, entienden que necesariamente deben ir destinados a la conservación y ampliación del PMS. Otras posturas, permiten que los recursos obtenidos puedan ir destinados a la financiación de inversiones para la adquisición de nuevos suelos e inclusive la realización de inversiones, siempre que esté prevista en el planeamiento.

En opinión de Cholbi Cachá<sup>19</sup> para el tratamiento de la cuestión es necesario deslindar las intenciones de las realidades. Entiende que es claro que el destino de los ingresos del PMS deben ir destinados a la conservación o ampliación del PMS, no obstante, distinta es la naturaleza de los gastos para lograr tal finalidad. Asimismo realiza una ferviente crítica a la teoría de la retroalimentación del propio PMS, concluyendo lo siguiente: "(...) esta situación de permanente retroalimentación llevada hasta sus últimos extremos, de forma indiscriminada, nos puede llevar al absurdo y al propio incumplimiento de la finalidad perseguida con los PMS. A pesar de esta opinión, no deben confundirse las buenas intenciones con una regulación básica legal clara e interpretada, estrictamente, por nuestros Tribunales (...)".

Ciertamente se está cuestionando la compatibilidad de la legislación estatal contenida en el artículo 276.2 y las legislaciones autonómicas. El caso es que la STC 61/97<sup>20</sup> no abordó con detalle el título competencial por el que se atribuye al Estado ciertas atribuciones normativas básicas. A la hora de estudiar los destinos del PMS tendremos que conocer que es lo que nos marca la norma autonómica en la materia. Si la misma habilita para la utilización de los recursos obtenidos por enajenación de PMS para la ejecución de infraestructuras, construcciones de índole social etc...se deberá aplicar la misma sin necesidad de que el operador jurídico se ponga a analizar la compatibilidad o legalidad de las normas, función encomendada a otros órganos.

El Supremo ha analizado la cuestión y se ha pronunciado a favor de una interpretación estricta de las finalidades y destinos del PMS. Se resumen los pronunciamientos jurisprudenciales más significativos:

- STS de 31.10.01, por la que se ratifica un convenio por el que un Ayuntamiento permuta unos inmuebles sin respetar el destino del 280.1 y el procedimiento de enajenación.
- STS de 2.11.01, en la que se determina la anulación de un presupuesto municipal –Oviedo– por no reinvertir en el PMS el importe de la enajenación de sus bienes en la conservación y ampliación del PMS.
- STS de 25.10.01, reproduce la opinión de la sentencia anterior, pero añadiendo algún argumento más en el sentido de diferenciar meridianamente las referencias al 276.2 y 280 del TRLS 92.

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

20 La STC 61/97 justifica el carácter de justicia rogada el hecho de que no se analizara la constitucionalidad del precepto 276.2 del TRLS 92.

- STS de 7.11.02 en la que se analiza la impugnación del presupuesto municipal de San Sebastián por infringir el contenido del artículo 276.2.

Por tanto, se observa una corriente jurisprudencial que va en el mismo sentido y en paralelo un desarrollo normativo de las Comunidades Autónomas que tienden a ampliar las finalidades y destino del PMS.

Analizada la situación actual, es preciso tomar el texto que se va a proponer como una Ley estatal del suelo para analizar los cambios que se ven en el horizonte en la gestión del PMS.

En primer lugar, se diferencian por una parte, las finalidades del PMS como las tradicionales de regular el mercado de terreno, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística.

Se diferencian los destinos de los bienes y derechos del PMS y los de los recursos obtenidos por la enajenación de bienes o sustitución por dinero de la participación del Municipio en el aprovechamiento urbanístico de las actuaciones de urbanización.

En cuanto a los destinos de los bienes integrantes en el PMS , son los siguientes:

- Construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública.
- Otros 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 inmuebles do patrimonio cultural.

Por otra parte, el destino necesario de los recursos obtenidos por la enajenación de bienes o sustitución por dinero de la participación del Municipio en el aprovechamiento urbanístico, deberá ser el de conservar, administrar o ampliar el PMS. En todo caso se deben destinar a gastos de capital. Asimismo (novedad con respecto al art. 280.2 del TRLS) podrán ser utilizados para los destinos previstos para los bienes y derechos integrantes en el PMS.

En conclusión:

- Se ha matizado y limitado la posibilidad de las CCAA de establecer nuevos destinos al PMS. Ahora se reducen a los urbanísticos, protección o mejora de espacios naturales o de bienes inmuebles del patrimonio cultural.
- Se prevé ahora como destino de los recursos obtenidos por enajenación de aprovechamiento urbanístico previsto en el art 16 del TRLS08, el de conservación, administración y ampliación del PMS y los destinos del resto de los bienes del PMS. Antes únicamente tenían que ir destinados a la conservación y ampliación. Eso sí, se exige que siempre se trate de gastos de capital.
- El plan general<sup>21</sup> se prevé como un instrumento decisivo en la gestión del PMS, donde todas las decisiones deban ser justificadas en su contenido.

<sup>21</sup> Sobre el planeamiento urbanístico y el PMS ha analizado su relación Estefanía Pérez López en artículo publicado en El Consultor (número 1, 2007): "(...) esta facultad de planeamiento no contribuye sino a desnaturalizar la institución y a facilitar a la Administración la consecución de otros fines que pudieran resultar políticamente más ventajosos, o incluso de mayor interés social, pero que se alejan mucho de los que la institución quería conseguir inicialmente. El planeamiento, según mi entender, cuando actúe sobre bienes propios del PMS, debe recoger para ellos necesariamente las finalidades que le son propias. En caso contrario sería un planeamiento contrario a la Ley (...)".



## 6 Incertidumbres y cuestiones no resueltas por la legislación vigente en relación con el PMS

- *Sobre los mecanismos de control y gestión del PMS.* Autores como Cholbi Cachá notan la falta de una regulación detallada de mecanismos de control y gestión del PMS que permita a los órganos de control interno y externo una rápida fiscalización de la actuación municipal. Algunas CCAA han previsto registros públicos autonómicos de patrimonios municipales del suelo, como es el caso de la Comunidad Valenciana.
- *Sobre el análisis individualizado de cada Municipio en orden a regular y determinar cual es la necesidad a la que debe satisfacer el PMS.* - La legislación vigente no refleja el hecho de que no todos los Municipios cuentan con las mismas necesidades. En todo caso, si bien las finalidades del PMS son loables, no por ello, pueden dejar de existir necesidades más importantes en los Municipios. Por ello, se estima preciso articular un procedimiento por el cual se permita a los Ayuntamientos excepcionar el destino de los bienes integrantes en el PMS.
- *Sobre la tributación en la gestión patrimonial del PMS.* - La Resolución 2/2000, de 22 de diciembre, de la Dirección General de Tributos, consideró que en la gestión del PMS, los ayuntamientos actúan como verdaderos empresarios o profesionales sujetas a la Ley 27/92 del IVA. Son innumerables los problemas que están surgiendo en los ayuntamientos sobre la tributación de las operaciones de disposición de bienes integrantes en el PMS. Se debería matizar en que casos los Ayuntamientos actúan en el mercado inmobiliario como un agente más y cuando se trata del ejercicio de funciones públicas.
- *Sobre el derecho de realojo y retorno.* - Con la STC 61/97 se anuló parcialmente la disposición adicional cuarta del Texto refundido de la Ley del régimen del suelo y valoraciones del 92. Con tal acto de legislación negativo, se privó del derecho aludido a los propietarios afectados por operaciones de gestión urbanística que no sean realizados por expropiación, salvo que sea previsto en la legislación autonómica. Resulta impreciso el apartado e) del artículo 16 cuando remite el deber de garantizar el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tengan derecho a él, en los términos establecidos en la legislación vigente.

## 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, número 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 BERENQUER 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 BOROBIO, 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, Págs 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.



# Reflexiones sobre el Consejo General del Poder Judicial.

## Contribución al debate sobre el sistema de designación de sus componentes

42 Regap

MODESTO BARCIA LAGO  
Dr. en Derecho

Regap

ESTUDIOS Y NOTAS

Los avatares que han culminado en la constitución del nuevo Consejo General del Poder Judicial en septiembre de 2008, después de que el anterior se mantuviese anómalamente “en funciones” durante dos años, por la incapacidad, otra vez acreditada, de alcanzarse el consenso constitucional necesario para la renovación en medio de una bronca situación política, han puesto abruptamente de relieve las graves deficiencias del régimen que lo regula. Sin prejuzgar la labor de los actuales Consejeros, parece oportuno hacer una contribución al debate sobre la cuestión del sesgo de politización distorsionada que se viene advirtiendo en tan importante Órgano. A ello quieren servir las reflexiones que siguen.

### I

Conforme dispone el art. 1-1 de la Constitución, España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna la justicia como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico. A este respecto, el art. 117-3 CE establece que la potestad jurisdiccional se ejerce en todo tipo de procesos de esta clase exclusivamente por Jueces y Magistrados, integrantes del Poder Judicial —que, como los demás del Estado, emana del pueblo español, titular de la soberanía nacional (art. 1-2 CE)—, funcionalmente independientes, inamovibles, responsables y sometidos tan sólo al imperio de la Ley, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117-1 CE), sin perjuicio de las demás funciones complementarias que aquélla pueda encomendarles (art. 117-4 CE).

Para posibilitar la realización de los cometidos de la potestad jurisdiccional, se dispone el entramado complejo oficiosco de la Administración de Justicia, integrada por los titulares



de ese Poder, así como por los demás funcionarios jerarquizados de la misma que hacen posible su funcionamiento, con la cooperación en paridad administrativa del aparato del Ministerio Fiscal y la externa de los profesionales liberales, utilizando los recursos de toda índole y medios personales y materiales adecuados, que el Gobierno de la Nación, dentro de los marcos de la política interior, que constitucionalmente (art. 97) le corresponde dirigir, ha de garantizar, bien que su concreción efectiva haya de tener en cuenta la estructura autonómica del Estado y el cuadro descentralizado de competencias transferidas a las Comunidades Autónomas; lo que no deja de ser, desde luego, una variable acreditadamente disfuncional y cuestionable desde el punto de vista estrictamente constitucional.

Si el Gobierno, fundamentalmente a través del Ministerio de Justicia, y las Comunidades Autónomas, tienen indudable y determinante incidencia en las capacidades efectivas, en cuanto a la dotación de medios materiales y personales de la Administración de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial es el Órgano colegiado de esa Administración, autónomo y de relevancia constitucional, al que compete el gobierno de su armazón burocrático, la gestión de las capacidades de que está dotado, al servicio de la acción jurisdiccional y de la preservación efectiva de la independencia judicial que le da sentido; de modo que el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados, su formación, nombramiento, promoción, sus derechos y deberes, así como su corrección disciplinaria, constituyen el núcleo principal del cometido rector del Consejo, junto con otras competencias colaterales y complementarias (art. 122 CE); pero, en todo caso, debe subrayarse que esa gestión habrá de ejercerse sin interferir, sino al contrario, dirigida a reforzar, la independencia de los propios jueces, sometidos a este respecto, como se dijo, tan sólo a la Ley y siendo corregibles sus actos jurisdiccionales únicamente por vía de los recursos procesales pertinentes ante los Tribunales superiores.

Se comprende, pues, que la instrumentación partidista de dicho Órgano resulta especialmente atractiva para las fuerzas políticas y, consecuentemente, que éstas se hallen más dispuestas a consolidar su influencia directa en el mismo que a potenciar su carácter institucional; de ahí la conflictividad que se manifiesta en la renovación de sus titulares componentes en cada período y el comportamiento sectario que traduce el funcionamiento del Órgano.

## II

Hace algunos años, en una obrita sencilla, en la que examinaba el rumbo de fondo corporativista de las tendencias ideológicas que se agitaban en la judicatura, medidas en la nobleza del voceado compromiso de la defensa de los derechos cívicos frente a la intromisión autoritaria<sup>1</sup>, había dado cuenta de mi impresión acerca de que el ambiente embriagador de ingenuidad política con que se acogió el tiempo gozoso y esperanzado de la transición desde el Régimen de Despotismo franquista a la Democracia, veló en aquellos momentos de euforia el entendimiento cabal de la exacerbación judicialista, que, presentando al Poder Judicial<sup>2</sup> como garante último de los valores del Estado de Derecho, entrañaba políticamente apetencias corporativas de exorbitancia sobre el sistema.

1 BARCIA LAGO, Modesto: *El Sol y las Erinias. Filosofía política del judicialismo*. Excm. Diputación Provincial de Pontevedra, 1997.

2 La inexactitud terminológica y conceptual de Montesquieu y su teoría de la división de poderes, malentendiendo las tesis de Locke, está en el origen del error de considerar la función jurisdiccional como un poder en paridad política con los otros dos definidos por el francés, en vez de poner el acento en la consideración de los jueces como un cuerpo profesional monopolizador de la función técnica de subsumir el hecho conflictivo en la ley, según las reglas de procedimiento aplicables. Sobre este asunto, véase mi obra citada *El Sol y las Erinias. Filosofía política del judicialismo*.

Para tales pulsiones corporativistas tampoco faltaban, ciertamente, antecedentes de apetencias de autogobierno corporativo, incluso en época del Régimen de Despotismo autoritario, expresadas, incluso, por el propio Presidente del Tribunal Supremo y luego Ministro de Justicia, Ruiz-Jarabo<sup>3</sup>; pero, en la hora del cambio democrático, esas apetencias del que ASENSI SABATER denominaba “envío judicialista” rastreable en el constitucionalismo de posguerra<sup>4</sup>, enlazaban, anudadas con lazada “progresista”, con las posibilidades latentes en la teorización del renacimiento del iusnaturalismo como reacción al positivismo jurídico legalista, que, principalmente por obra de la adscripción hitleriana de un jurista tan destacado como lo fue Karl Schmitt, era acusado de identificar Ley con Derecho como coartada de la barbarie nacionalsocialista, según explicaba Chaim Perelman<sup>5</sup>. No podemos extendernos aquí en la exposición de la compleja doctrina schmittiana, que se resiste a entrar en los moldes estrechos de una etiqueta, pero debe destacarse que el jurista alemán había opuesto su esquema del *konkretes Ordnungsdenken*, el “pensamiento del orden concreto”, a la concepción del iuspositivismo liberal, visto por él como “combinación de decisionismo y normativismo”, aunque el *konkretes Ordnungsdenken* schmittiano se presentaba como un orden “cuasi” religioso y, a fin de cuentas, venía a resolverse en la apoteosis del Führer, que resumía en su figura los “tres órdenes: Estado, Movimiento y Pueblo”<sup>6</sup>, trinomio, por otra parte, familiar en la España del Caudillo, con resonancias del inflamado verso del poeta renacentista Hernando de Acuña, que veía el anuncio de “un monarca, un imperio y una espada”.

El punto de inflexión de este renacimiento iusnaturalista, de raigambre neoaristotélica, como precisaba Perelman, fue el conocido discurso pronunciado en mayo de 1959 por Otto Bachof, al hacerse cargo de la dignidad rectoral de la Universidad de Tubinga, que proclamaba la “enérgica pretensión de validez de las normas materiales de nuestra Constitución”, que nacería de “un orden de valores que vincula directamente a los tres poderes estatales, tal como se manifiesta expresamente en la regulación de los derechos fundamentales” y cuyo orden “ha sido considerado por la Constitución como anterior a ella misma... que no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlo y garantizarlo, cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea del hombre que descansa en esos valores”<sup>7</sup>; de este modo se capitisdisminuía el significado de la sujeción del juez a la ley, concepto decisivo del constitucionalismo liberal, que Dieter Simon denominaría “el petrificado mito de la vinculación a la ley”<sup>8</sup>, liberando al instrumento de la “independencia judicial” de tan molesta atadura. De manera que la autoridad del juez como funcionario del Estado ya no dependería del ordenamiento jurídico concreto, sino de su condición de agente autónomo de aquellos valores que resonaban en la historia del espíritu de Occidente de los que el *iudex* se autoproclamaba supremo intérprete; una ideología que alcanzaría su culmen en la afirmación de una competencia de “justicia universal”, cuya disfunción con los parámetros de la soberanía no hace falta subrayar, pero que, mediáticamente, rinde frutos 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. Artículo incluido 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 manera sintomática, debe destacarse que la trayectoria intelectual de Schmitt se confronta repetidamente con la 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, con el clarificador “estudio 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 tesis fueron asumidas con profético entusiasmo en las disquisiciones, ya desbordada la contención con la que se había formulado aquel discurso rectoral, de Luiggi Ferrajoli<sup>9</sup> y jaleadas en España por Perfecto Andrés Ibáñez y otros secuaces ideológicos, especialmente al hilo de la propuesta pseudorrevolucionaria de las corrientes de izquierda sobre el “uso alternativo del derecho”<sup>10</sup>, que proclamaba en España el activismo del movimiento de “Justicia Democrática” en los tiempos finales del franquismo, y después la Asociación Jueces para la Democracia, para forzar un espacio propio de “autonomía” política, de cultura corporativa, del estamento judicial, desbordando, incluso, el antecedente alemán del Freirechtsbewegung, el “Movimiento del Derecho libre”, cuyo programa de acción estableciera Kantorowicz en su ensayo de 1906 *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, pues, en efecto, como reconocía Elías Díaz:

*En nuestro tiempo el juez está propugnando con firmeza la necesidad de salir definitivamente de su jurídico aislamiento, comprendiendo los riesgos y también, sobre todo, las posibilidades de su trabajo en la sociedad actual, viendo al Derecho en esa dimensión de totalidad, en interconexión e interdependencia con los demás factores sociales, políticos, culturales y económicos*<sup>11</sup>.

A dónde conducía ese tránsito lo resumió con lucidez un eminente jurista en un párrafo, que, aunque totalmente ajeno y distante, recuerda, por su carácter directo, la crítica que Trotski dirigiera a la concepción leninista del Partido expresada en el opúsculo *¿Qué hacer?* del dirigente bolchevique:

*Del juez aplicador de la ley y obediente sólo a su letra se pasa la juez intérprete. Del juez apolítico al juez consciente de su papel como poder del Estado, ya que en cada uno de ellos reside el poder judicial, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Del juez aislado y callado, al juez asociado y proclive a hablar cuando se le pone un micrófono delante. Del juez discreto al juez aquejado de incontinencia verbal. Del juez prudente al juez activista y de éste al protagonista político*<sup>12</sup>.

Y así, cobraría pleno sentido la boutade del Vicepresidente del Gobierno Don Alfonso Guerra, proclamando jactanciosamente la “muerte de Montesquieu”: la judicatura ya no sería el poder autónomo vinculado al servicio de la Ley y del Derecho, sino instrumento de los objetivos partidistas a cambio del medro personal y satisfacción de la vanidad mediática de sus vanguardias corporativas. El hecho de que el Ministerio de Justicia, pero no solamente aquí, en sus más altos niveles, hubiese sido terreno que parece reservado para carreras políticas de ida y vuelta de miembros judiciales lato sensu, como si la Democracia española se sustentase en gobiernos de coalición de Partidos de uno u otro signo con el estamento judicial-fiscal, es muestra elocuente de la degradación de nuestro sistema de Justicia, que ya ha mostrado repetidamente su disfuncionalidad democrática, porque no se tiene en cuenta la tesis fundamental de Alejandro Nieto, según cuyo tenor “la estructura del Derecho es reticular: una red, en suma, integrada por diferentes nudos (la ley, la jurisprudencia, la doctrina y la práctica), todos ellos interdependientes e interactuantes”, de manera que, en fin, “el Derecho es obra de todos y no sólo de la ley estatal (o de los pronunciamientos judiciales)”<sup>13</sup>.

9 FERRAJOLI, Luiggi: *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*. Artículo incluido en el libro “A orillas del Estado”; editorial Santillana, S.A. Taurus. Madrid, 1996; pág. 142.

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

### III

En este contexto de efervescencia, la Constitución —y las Leyes de desarrollo en este apartado— se muestra deudora de las tesis que, inspiradas básicamente en los modelos italiano y en cierta medida francés —como también habría de reflejarse en las Constituciones democráticas griega y portuguesa<sup>14</sup>—, lo concebían fundamentalmente como un Consejo Superior de la Magistratura; si bien en el caso español tamizado, muy ligeramente, por el minoritario número de los miembros susceptibles de extracción no judicial, pues los de esta procedencia copan *ex constitutione* la mayoría de las Vocalías, doce, frente a las ocho de aquéllos; pero, incluso, frecuentemente, ese cupo no judicial de Consejeros se nutre, asimismo, de juristas procedentes u originarios del propio cuerpo judicial y del de fiscales u otros funcionarios jurídicos, defraudando el verdadero sentido de la Norma Fundamental.

Precisamente para que el Consejo, en cuanto Colegio de juristas y órgano de relevancia constitucional encargado de la rectoría del complejo de la Administración de Justicia, no se configurase en la práctica como agrupación corporativa de la comunidad judicial —aunque no estrictamente representativa del censo de los jueces— ni de la de fiscales —pues el grueso de los integrantes de ambos estamentos acceden a las respectivas carreras mediante convocatoria conjunta (art. 301-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que los “hermana”—, la Constitución dispuso expresamente que las Vocalías no judiciales se cubriesen con profesionales jurídicos “de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión”, provenientes de otros dos grupos específicos: el constituido por “abogados”, expresamente nominatim, y el designado *in genere* con la perífrasis “otros juristas”. Parece claro, entonces, que el grupo identificado con referencia propia, el de “abogados”, que sigue en orden de mención al de los judiciales, debe alcanzar, al menos, la mitad de aquellas otras Vocalías, es decir, cuatro, y en todo caso más de una, porque la Constitución utiliza el plural, en la perspectiva de la importancia que en el Estado de Derecho reviste tal profesión liberal, portavoz de los intereses de la sociedad civil, como pieza externa y autónoma de la Administración de Justicia, según se desprende directamente de los artículos 17 y 24 de la propia Constitución<sup>15</sup>.

Sin embargo, la acusada predominancia judicial en el Consejo no puede dejar de transmitir una impresión gremialista del mismo y así se estima por la curia e incluso en el sentir general, pese a la reconducción instrumental que llevó a efecto la Ley Orgánica de 1985, favoreciendo, en perjuicio del espíritu liberal que informa la Constitución, el control político del Consejo por las cúpulas partidarias; reforma ésta controvertida, pero que convalidaría el Tribunal Constitucional, aun exhortando a mantener una vaga “representatividad” del cuerpo judicial, y que afinaría la reforma operada en 2001. Equívoco gremial socializado que, indudablemente, se intensificaría si los Vocales de este origen fuesen elegidos directamente por sus compañeros de la carrera sin ninguna intervención parlamentaria, como algunas voces, nostálgicas de la situación antecedente a aquella reforma, vuelven a reclamar, con ligereza intelectual que apenas consigue ocultar interesadas razones de bandería endogámica y autonomía judicialista, o de oportunismo partidista. Y ello, sin perjuicio de que en la propia composición de este grupo de Vocales se revelen también, mediatizadas por la acción encuadrante “cuasi” partidaria de las Asociaciones de jueces, las líneas de fractura ideológica, ética y política de la propia carrera.

<sup>14</sup> Las tres se inscriben en un arco temporal común de recuperación democrática luego de períodos más o menos largos de dictadura. Al respecto, dese la óptica del estructuralismo marxista entonces en boga por la influencia de Althusser, véase el análisis que Nicos POULANTZAS hace de la significación política del período en su obra *Las Crisis de las Dictaduras: Portugal, Grecia, España*. Siglo XXI Editores, S.A. 1976.

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



A este respecto, la legitimidad de estas Asociaciones judiciales resulta constitucionalmente muy cuestionable, porque, a diferencia de los Colegios de Abogados —insertos, éstos sí, en el reconocimiento del art. 36 de la Ley Fundamental—, no son Administración corporativa de Derecho Público, sino agrupaciones voluntarias, no administrativas, nacidas del *ius societatis* particular de sus asociados, que ellos solos deben sostener a sus expensas y que ningún privilegio han de tener en el proceso de composición del Consejo General del Poder Judicial, ni en la promoción de sus asociados, como sucede actualmente.

Discontinuidad ideológica que, por lo demás, se advierte también respecto del grupo de los vocales extrajudiciales; una segmentación sectaria, en fin, que, desde entonces, el modo de inserción en tal Consejo acentúa, porque, en su designación, sin perjuicio de algunas notables excepciones, se sobreprima el perfil personal de su obediente acomodo a la correspondiente disciplina partidaria, en vez de preferirse su cualificación, experiencia y prestigio profesional, que pudiese reforzar su independencia institucional de criterio frente a cualesquiera presiones e interferencias.

No resulta extraño, por eso, como decía, que el funcionamiento de este Colegio de gobierno del Poder Judicial haya venido siendo decisivamente afectado por la profundización, cada vez más acusada y grosera, de la adscripción prosélita de sus miembros, operando en conjunto como trasunto de los grupos parlamentarios que determinan su designación, aunque, naturalmente, ello no impida ocasionales episodios de rebeldía y afirmación transversal de los judiciales frente a procaces y hasta humillantes interferencias externas. Adscripción secuaz que afecta decisivamente la base del principio cardinal de la división de poderes<sup>16</sup>, que se halla en el fundamento del Estado liberal de Derecho y ha dado lugar a graves disfunciones, a bochornosos episodios y a escandalosos bloqueos en la marcha normal que debiera seguir tan importante Órgano<sup>17</sup>, con grave detrimento de su carácter institucional y de su reconocimiento público, y cuya legitimidad de origen y de ejercicio, sin embargo, resulta inexcusable preservar en cualquier coyuntura; pues sus cometidos, teñidos fundamentalmente de sentido técnico-jurídico más que de oportunismo político, especialmente los nombramientos y el control disciplinario de los jueces, deben ejercerse con la mayor ecuanimidad y consenso institucional, resguardados de las inevitables confrontaciones partidistas, que tienen su propio espacio y no deben contaminar la gestión del delicado entramado judicial, que tan nuclear resulta para el buen orden de la convivencia ciudadana.

## IV

Desde luego, en mi opinión, no acertó en esta materia —como en otros apartados— el constituyente; aunque, por supuesto, no es buen oficio de historiador enjuiciar épocas pretéritas proyectando hacia atrás los supuestos del presente con preterición de los propios de aquéllas, y, sin duda, podrían argumentarse poderosas razones condicionantes del texto definitivamente aprobado por los españoles, al recuperar su condición de ciudadanos libres titulares de la soberanía nacional. Pero, en cualquier caso, con la perspectiva de la experiencia del trayecto recorrido, resultaría provechoso acometer una profunda revisión de la Ley Fundamental y de la Legislación de desarrollo, que contribuyese a afianzar la co-

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*.

herencia y solidez del framework de la cohesión nacional y a contemplar con nueva mirada materias como las relativas a las Autonomías territoriales y al Tribunal Constitucional, entre otras. Y, en cuanto a nuestro tema se refiere, en una hipotética reforma constitucional, habría de modularse la propia concepción y composición del Consejo y el modo de designación de sus miembros, debiendo propiciarse el reforzamiento de su legitimidad y autonomía institucional y su específica responsabilidad, así como su autonomía institucional y su proyección y competencias sobre el entero entramado de la Administración de Justicia; de modo que, en cualquier caso, no debieran ser los Jueces en cuanto tales quienes coloreasen decisoriamente dicho Órgano, sino juristas independientes de acrisolado prestigio profesional capaces de imponer disciplina al conjunto de dicha Administración.

No obstante, si tal reconsideración constitucional plantea dificultades políticas fácilmente perceptibles —aunque, debe decirse, podría llevarse a cabo por el procedimiento atenuado del art. 167 CE—, una reforma juiciosa, bien que fuese limitada, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, obviaría en apreciable medida tales obstáculos si hubiese sana voluntad política de acometerla con sentido nacional y patriótico espíritu constitucional, y podría, sin duda, corregir y aminorar las más ostensibles desviaciones que la evolución del funcionamiento del Consejo ha evidenciado.

### III

Las líneas de tal conveniente reforma orgánica, que aquí se ciñen a lo relativo a la composición del Consejo, habrían de tender a conseguir tres objetivos:

1. Reforzar la autonomía institucional de los Consejeros, mitigando su dependencia sectoria respecto de los Grupos Parlamentarios, de modo que se evitase que las diferencias de éstos interfirieran el funcionamiento regular del Órgano y obstaculicen el consenso transversal de sus miembros en la adopción de las decisiones colegiadas, o, como ha sucedido, impidan la renovación del propio Consejo en su tiempo oportuno.
2. Favorecer que accedan como Vocales al mismo profesionales experimentados y reconocidos de los diversos estamentos forenses.
3. Integrar armónicamente en el seno del Consejo las corrientes generales que expresan la sensibilidad profesional de los colectivos jurídicos forenses, sin perjuicio de que el criterio político de los representantes de la soberanía nacional pueda tener también su reflejo en la composición del Colegio de Gobierno del Poder Judicial.

### IV

En este sentido, dentro de los actuales parámetros constitucionales, cabría proponer para la estructuración del Consejo las siguientes bases maestras:

- 1ª *Composición: El Consejo General del Poder Judicial estaría integrado por los siguientes miembros:*
  - a) *Presidente*
  - b) *12 Magistrados y Jueces*
  - c) *4 Abogados*



d) 4 Otros juristas

1) 1 Secretario judicial

2) 1 Procurador

3) 2 Juristas de extracción profesional diferente las anteriores

2ª *Designación del Presidente:* Los Vocales, en su primera reunión plenaria, presidida por el de mayor edad y actuando de Secretario de la misma el de menor edad, elegirían una terna de juristas del más alto nivel académico y profesional y de acreditado prestigio, que se elevaría al Jefe del Estado para que nombrase, extrayéndolo de ella, al Presidente del Consejo.

3ª *Designación de los Vocales:* Los vocales del grupo b) serían designados por mitades por el Congreso y por el Senado, en listas cerradas integrada por dos funcionarios judiciales de cada una de las categorías de la carrera profesional, entre los candidatos propuestos por el censo de miembros de cada categoría en votación separada de cada una realizada al efecto; en dichas votaciones se elegiría el triple número de candidatos que correspondiesen a cada categoría. Dado que no es la representatividad corporativa en el Consejo el criterio de designación, la disparidad numérica de los censos de cada categoría primaría relativamente la presencia de los Magistrados del Supremo, con las positivas consecuencias de un aporte incrementado de madurez y experiencia. Los vocales del grupo c) y d-2) serían propuestos, también en número triple de las atinentes Vocalías, por los respectivos Plenos de los Consejos Generales de los Ilustres Colegios de Abogados y de Procuradores, convocados especialmente con esta finalidad, entre los profesionales que optasen. Los restantes Vocales del grupo d) serían de libre designación. Todos los pertenecientes a los grupos c) y d) serían juristas de acreditada competencia con más de quince años de antigüedad en el ejercicio profesional efectivo. El Congreso designaría los cuatro miembros del apartado c), y el Senado los otros cuatro del grupo d).

Si por cualquier razón no se aprobase oportunamente la designación por el Congreso o por el Senado en el modo prevenido, quedarían electos ope legis los candidatos que hubiesen obtenido mayor número de votos en la propuesta correspondiente, y los restantes del grupo d) o de los grupos cuya propuesta no se hubiese formalizado en tiempo conveniente, se decidirían por sorteo realizado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de entre los restantes candidatos no designados que figurasen en las propuestas oficializadas.

Para ello, seis meses, como mínimo, antes de expirar el mandato de los Vocales, se daría cuenta por el Presidente del Consejo General del Poder Judicial al Ministro de Justicia, a fin de que éste cursase a los Presidentes del Congreso, del Senado y a los Presidentes de los Consejos Generales de la Abogacía y de los Procuradores, que iniciasen los procedimientos para elevación de propuestas, y el propio Presidente del Consejo, en su condición de Presidente del Tribunal Supremo, adoptaría en lo tocante al grupo b) las provisiones adecuadas. Los procesos de adopción de propuestas de candidatos para cada grupo deberán estar completados tres meses antes del vencimiento del mandato de los Vocales y se remitirán las pertinentes certificaciones con expresión de los votos obtenidos por cada uno de los propuestos a la Presidencia del Consejo General del Poder Judicial y al Ministro de Justicia para la tramitación subsiguiente de la designación de los nuevos Vocales.

- 4ª *Duración del mandato de los Vocales:* Tal y como establece la Constitución, el mandato de los Vocales durará cinco años, y cumplido el término cesarían automáticamente en su cargo, siendo sustituidos por los nuevos. En el caso de que, llegada la fecha del vencimiento del mandato de los antiguos, no se hubiese completado el procedimiento de designación de los nuevos, los que debieran considerarse electos de cada grupo, conforme a la base anterior, quedarían investidos sin más trámite y se considerarían convocados para tomar posesión el día siguiente a las 12 horas. El Presidente del Consejo, en sesión Plenaria especial última del Consejo saliente, les daría posesión, entrando en funciones los nuevos Vocales al tiempo que cesaban los antiguos.
- 5ª *Sustitución de Vocales:* Los Vocales que, por cualquier causa, perdiesen esta condición durante el tiempo de su mandato, serán automáticamente sustituidos por el tiempo restante por aquellos que figurasen en la propuesta de su grupo, conforme al mayor número de votos. Los del grupo d-1 y 3) deberían designarse por el Senado en el plazo de un mes desde la vacante, o en el modo alternativo previsto, si transcurrido dicho plazo no se hubiese efectuada la designación. Tomarán posesión en Pleno extraordinario del Consejo convocado al efecto.
- 6ª *Funcionamiento del Consejo:* El Consejo funcionará en Pleno y en Comisiones, conforme al Reglamento que apruebe. El Pleno quedará válidamente constituido cuando, habiendo sido regularmente convocado, estén presentes la mayoría más uno de los Vocales que lo integren y el Presidente o Consejero que deba sustituirlo en los casos en que proceda. Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los miembros presentes. En caso de que no alcanzase acuerdo, se repetiría la votación en el siguiente Pleno que se convocase, bastando la mayoría simple de los presentes.

## V

Las bases anteriores no agotan, claro está, las posibilidades constitucionales de una reforma más extensa y de mayor calado de la Ley Orgánica reguladora. En particular, el delicado tema de los nombramientos judiciales, que deberían hacerse con arreglo a criterios objetivos, según baremo oficial de idoneidades y méritos objetivos homologados debidamente acreditados, bien merece el esfuerzo de una atención prioritaria de los responsables que sustraiga las designaciones a la consideración de las afinidades personales o políticas de los candidatos. Pero, aun con esta limitación de objeto, la modificación que se sugiere apartaría en gran medida al Consejo de las tensiones políticas más graves, preservándolo del desgaste que le impide atender con eficacia a los requerimientos de una inaplazable puesta al día de la Administración de Justicia.



# Algunos aspectos procedimentales sobre el juicio administrativo en línea de México

DR. CARLOS ESPINOSA BEREKOCHA

Licenciado en Derecho, Maestría y Doctorado en Derecho  
por la Universidad Panamericana

Director Académico de los programas de posgrado de  
Derecho Tributario en dicha Universidad  
y Catedrático de la misma

42 Regap

Regap

ESTUDIOS Y NOTAS

**Resumen:** El autor en este ensayo, pretende analizar el nuevo sistema mexicano de juicio en línea, a través del cual se sustancia el procedimiento administrativo careciendo de soporte físico, utilizando exclusivamente medios electrónicos.

Con este nuevo sistema, que parte del reconocimiento de equivalencia funcional de la tradicional firma autógrafa por la electrónica avanzada, a la valoración de las pruebas contenidas en documentos digitalizados y transmitidos por medios electrónicos y mediante notificaciones efectuadas a través de correo electrónico y publicaciones en un boletín electrónico, se da un paso adelante hacia la plena explotación de las nuevas tecnologías en materia de medios electrónicos con validez jurídica, optimizando recursos materiales y humanos.

**Palabras clave:** juicio en línea, medios electrónicos, documento digital, documento electrónico, correo electrónico, firma 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 from the recognition of functional equivalence of the traditional signature by the advanced electronics, to the valuation of the restrained tests in digitalised 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, digital 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 Procedimientos Civiles. 1.4. La firma electrónica. 2. Generalidades del Procedimiento. 2.1. Regulación. 2.2. Carga de la prueba. 2.3. Plazos de presentación. 2.4. Normatividad generada a partir del Juicio en Línea. 3 Alternativas de solución. Bibliografía



# 1 Antecedentes

Por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el día 12 de junio de 2009 a través de la inserción del Capítulo X “Del Juicio en Línea” al Título I, de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) se crea el Juicio en Línea (JL), siendo que antes de entrar en vigor, sufre reformas, que fueron publicadas en el DOF el 10 de diciembre de 2010.

Adicionalmente, el 14 de abril de 2011, la Junta de Gobierno y Administración del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) emitió el Acuerdo E/JGA/16/2011 (ACUERDO) a través del cual se dieron a conocer los lineamientos técnicos y formales que deben observarse en la sustanciación del JL.

Por su parte, quedó determinado que el “Sistema de Justicia en Línea está integrado por los Subsistemas de Juicio en Línea, Juicio Tradicional y de Información Estadística, y este último a su vez comprende el Módulo de Banco de Sentencias y Criterios Relevantes y el Módulo de Indicadores de Gestión y Reportes de Operación”.<sup>1</sup>

Igualmente, el ACUERDO cuenta con un Anexo Único (ANEXO) que contiene las recomendaciones del TFJFA respecto del equipo de cómputo y programas informáticos mínimos recomendados para que los usuarios puedan ingresar y navegar de manera óptima dentro del Sistema de Justicia en Línea (SJL). Igualmente detalla las características mínimas que deberán reunir los documentos electrónicos que se utilicen dentro del Sistema, ya sea porque se ofrezcan como pruebas, o porque formen parte del Expediente Electrónico por él administrado.

Con las publicaciones anteriores, se crea todo sistema basado en medios electrónicos, para sustanciar el JL ante el TFJFA.

No obstante lo anterior, la utilización de medios electrónicos u otras tecnologías en nuestro derecho es mucho más antigua que las reformas del año 2000, que comentaremos en apartados siguientes y que dieron soporte jurídico al comercio electrónico o e-commerce, ya que desde 1884 el Código de Comercio preveía a la comunicación telegráfica, el Código Civil la telefónica en 1928 y más recientemente los medios telemáticos en las leyes bancarias de 1990, la utilización de discos ópticos para respaldo de información generada por los Agentes Aduanales en la Ley Aduanera de 1993, así como las declaraciones y pagos en formato electrónico, regulados desde marzo de 1998 por el Código Fiscal de la Federación.<sup>2</sup>

Así las cosas, se detallarán en los numerales siguientes las reformas legales suscitadas en nuestro país en el año 2000, encaminadas al pleno reconocimiento jurídico del comercio electrónico, con las consecuencias que ello implica en el ámbito del derecho civil y procesal, como antecedente del JL.

Es de destacarse que el JL se sustenta contra resoluciones administrativas definitivas que causen perjuicio a los contribuyentes, siendo opcional la presentación del recurso de revocación –instancia administrativa frente a la autoridad emisora del acto impugnado- a diferencia de lo que ocurre en España, ya que como lo comenta Albiñana “agotada la vía

<sup>1</sup> Acuerdo E/JGA/16/2011 de la Junta de Gobierno y Administración del TFJFA.

<sup>2</sup> Cfr. REYES KRAFT, Alejandro Alfredo, La Firma Electrónica y Las Entidades de Certificación, Pág. 55.

económica-administrativa queda expedito el ejercicio del recurso contencioso-administrativo que es judicial o jurisdiccional.”<sup>3</sup>

## 1.1 Código de Comercio

Como ya ha ocurrido otras tantas veces, los usos y prácticas mercantiles se mantienen a la vanguardia del derecho de los comerciantes, motivando su regulación y ordenamiento a través de las normas jurídicas.

Como comenta Raúl Cervantes Ahumada “puede decirse que en la actualidad un gran porcentaje de la riqueza comercial, se representa y maneja por medio de títulos de crédito. Pero esta clase de títulos no ha surgido en los ordenamientos positivos en forma intempestiva o como meditada creación de los juristas, sino que su desarrollo se ha venido desarrollando en la práctica ... para llenar una necesidad comercial típica.”<sup>4</sup>

No es extraño así que el nacimiento de la regulación en materia de operaciones celebradas a través de medios electrónicos, se haya dado precisamente a través de las reformas al Código de Comercio, publicadas en el DOF del 29 de mayo de 2000<sup>5</sup>, así como las correspondientes al DOF del 29 de agosto de 2003, que a continuación detallaremos brevemente.

Por lo que respecta a las reformas del año 2000, con independencia de las modificaciones en materia del programa informático del Registro Público de Comercio, cuyo estudio escapa a la finalidad del presente ensayo, se adicionó como Título II el llamado “Comercio Electrónico”, en sus artículos 89 a 94.

Es importante destacar que en los referidos artículos, se describe por primera vez al mensaje de datos como la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de medios electrónicos.<sup>6</sup>

Igualmente con la reforma, se crea un esbozo de lo que a la postre sería la firma electrónica, puesto que establece el artículo 90 la presunción de que el mensaje de datos proviene del emisor, cuando en su envío se hayan utilizado medios de identificación como claves o contraseñas.

Por su parte, en cuanto a los actos que la ley exija para su validez la formalidad de estar escritos y firmados, se tendrá por cumplido dicho requisito, cuando el mensaje de datos sea atribuible a la persona obligada y esté disponible para ulterior consulta.

Importante resulta la adición al artículo 1205 para incorporar a los mensajes de datos para que, junto a los documentos públicos o privados, puedan ser admisibles como medio de prueba.<sup>7</sup> Como veremos más adelante, tanto el concepto de firma electrónica, como la posibilidad de que los mensajes de datos puedan considerarse medios

<sup>3</sup> ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, *Sistema Tributario Español y Comparado*, Pág. 148.

<sup>4</sup> CERVANTES AHUMADA, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, Págs. 15 e 16.

<sup>5</sup> Si bien no son las únicas reformas publicadas con esa fecha en materia de medios electrónicos, por su contenido las consideramos de importancia primordial a las suscitadas en los Códigos Civil Federal y de Procedimientos Civiles.

<sup>6</sup> Artículo 89 del Código de Comercio.

<sup>7</sup> De acuerdo con el adicionado artículo 1298-A, para reconocer el carácter probatorio de los mensajes de datos, habrá que considerar la fiabilidad del método en que se haya generado, archivado, comunicado y conservado, puesto que debe garantizar su inmutabilidad durante estos procesos.



probatorios, constituyen uno de los pilares donde descansa el JL, objeto de estudio en el presente ensayo.

Posteriormente, nuevas reformas publicadas en el DOF el 29 de agosto de 2003, vinieron a complementar el status quo del comercio electrónico actual y a sentar las bases de las operaciones electrónicas, fácilmente atribuibles a persona determinada a través de la firma electrónica.

Así, nuevamente se reforma el artículo 89 para concebir la equivalencia funcional<sup>8</sup> del mensaje de datos y la firma electrónica, respecto de los documentos tradicionales y firma autógrafa clásica, respectivamente. Es decir, bajo ciertas características, se les reconoce el mismo valor a unos y otros, permitiendo su utilización masiva en miles de transacciones comerciales y legales. Igualmente se hace extensivo a otros medios tecnológicos diversos de los electrónicos, al contemplar expresamente que: “En los actos de comercio y en la formación de los mismos podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología.”

Por primera vez se diferencia en el texto legal los dos tipos de firma electrónica que pueden existir. Es decir, la Firma Electrónica entendida como “los datos en forma electrónica consignados en un Mensaje de Datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, que son utilizados para identificar al Firmante en relación con el Mensaje de Datos e indicar que el Firmante aprueba la información contenida en el Mensaje de Datos, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa, siendo admisible como prueba en juicio”<sup>9</sup> y la Firma Electrónica Avanzada o Fiable, como aquella que reúne los requisitos de las fracciones I a IV del artículo 97, como son que los Datos de Creación de la Firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al Firmante, estaban, en el momento de la firma, bajo su control exclusivo, es posible detectar cualquier alteración de la Firma Electrónica y de la información de un Mensaje de Datos posterior al momento de la firma.

Igualmente aparecen regulados los certificados, servicios de certificación y los proveedores de dichos servicios, que tienen como finalidad verificar la identidad de los usuarios y su vinculación con los medios de identificación electrónica, así como de comprobar la integridad y suficiencia del Mensaje de Datos del solicitante y verificar la Firma Electrónica de quien realiza la verificación.

Como era de esperarse, también se legisló en materia de certificados y firmas electrónicas extranjeras, reconociendo que resulta irrelevante para su validez el lugar donde se hayan expedido, creado o utilizado, así como también el lugar en que se encuentre el establecimiento del prestador de servicios de certificación o el firmante<sup>10</sup>, con lo que se privilegia para su validez el que presente un grado de fiabilidad equivalente a los contemplados por el Código de Comercio<sup>11</sup>, destacando además que cualquier firma electrónica creada o utilizada fuera de la República Mexicana producirá los mismos efectos jurídicos en la misma que una Firma Electrónica creada o utilizada en la República Mexicana, cuando presente el grado de fiabilidad equivalente que hemos referido.

8 La equivalencia funcional está basada en la ley Modelo de las Naciones Unidas que implica se cumplan las mismas funciones de (i) proporcionar un texto legible para todos, (ii) Asegurar su inalterabilidad en el tiempo, (iii) permitir su reproducción para que cada parte conserve un ejemplar, (iv) autenticar los datos a través de una firma, y (v) proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades y tribunales.

9 PALLARES, Eduardo, Op. Cit., pág. 605.

10 PALLARES, Eduardo, Op. Cit., pág. 605.

11 PALLARES, Eduardo, Op. Cit., pág. 605.

## 1.2 Código Civil Federal

No solo en el ámbito mercantil se verificaron reformas en materia de medios electrónicos en el año 2000, puesto que nuestra legislación común también se vio modificada en materia de la forma de expresar el consentimiento para los contratos, dentro del Título Primero, Primera Parte, del Libro Cuarto del Código Civil que nos ocupa, referentes a las Fuentes de las obligaciones, concretamente los artículos 1803, 1805, 1811, y adicionándose el 1834-BIS.

De acuerdo a lo anterior, ya se podrá considerar como una manifestación de consentimiento expreso, cuando se realice a través de medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología. Mismas tecnologías que también se incorporan para efectos de vincular a las partes en materia de una oferta.

Por otra parte, en cuanto a la forma de los contratos, por disposición expresa del nuevo artículo 1834-BIS, se entenderá que cuando la ley exija determinada forma para la validez de un contrato, ésta se tendrá por cumplida mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre y cuando, la información que se genere por dichos medios, esté accesible para su consulta posterior y pueda ser atribuible a las personas obligadas en la operación que se trate.

A través de la adopción de las nuevas tecnologías, inclusive para aquellos actos que la ley reputa como solemnes, se logra el equilibrio que desde hace más de 40 años buscaba el jurista Ernesto Gutiérrez y González al mencionar respecto del conflicto entre la seguridad y la celeridad: “muy cierta y bella es la frase de Ihering de que la forma es enemiga jurada de la arbitrariedad y hermana gemela de la libertad. Es una valiosa garantía de los intereses públicos y nunca debe ser eliminada del derecho.

Pero no se debe, so pretexto de esa bella frase, encubrir otros intereses que convierten al Derecho civil en mamotreto jurídico. La prueba de que se pueden eliminar a un máximo las formas que agobian al Derecho civil hoy día, se tiene en el campo del Derecho mercantil, donde con un mínimo de formalidad, se tiene bastante seguridad jurídica y se ha logrado inclusive, cumpliendo el anhelo de Savigny “...un derecho no dudoso, seguro, contra las usurpaciones de la arbitrariedad y los asaltos de la injusticia.”<sup>12</sup>

Con lo anterior, vemos que la adopción de los medios electrónicos por nuestra legislación, no solamente alcanzó al derecho de los comerciantes, sino también a todas las transacciones del derecho común en los términos en que recién apuntamos, es decir, en cuanto a la expresión del consentimiento y a la formalidad de los contratos, elementos clave del Derecho civil.

## 1.3 Código Federal de Procedimientos Civiles

De nada, o al menos de poco, servirían las modificaciones a la legislación sustantiva que recién comentamos, si no estuvieran acompañadas de la consiguiente instrumentación en la ley procesal o adjetiva que permitiera aceptar como prueba en los juicios, los medios electrónicos avalados por el Código Civil, razón por la cual se adicionó por publicación en el DOF del 29 de mayo de 2000<sup>13</sup>, un artículo 210-A, para el reconocimiento como prueba, de la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología.

<sup>12</sup> PALLARES, Eduardo, Op. Cit., pág. 605.

<sup>13</sup> PALLARES, Eduardo, Op. Cit., pág. 605.



Si bien es cierto que la modificación al Código que comentamos se basó en un artículo solamente, baste decir que la inclusión del mismo modifica el tradicional sistema de pruebas existentes en nuestro derecho, el cual como sabemos, tiene su origen en la tradición romanista occidental.

Así las cosas, teníamos por costumbre procesal al hablar de documentos, diferenciarlos entre públicos o privados, ya sea que haya intervenido o no en su redacción un fedatario público, o bien, entre originales o copias, dependiendo si se trata o no, del documento redactado por su autor. Inclusive, se reconocía un valor probatorio a las fotografías, películas cinematográficas, discos fonográficos si aquél contra quien se producen no desconocía su conformidad con los hechos y las cosas mismas.<sup>14</sup>

Por otra parte, el Diccionario de Derecho Procesal Civil de Eduardo Pallares, encuadra a las pruebas documentales como “originales y derivadas, hace referencia a los documentos, según se trate del documento en que se haga constar el acto jurídico que hay que probar, o de copias, testimonios o reproducciones de este documento. Escribano dice a este respecto: “Llámase original o primordial, la primera copia que literal y fielmente se saca de la escritura matriz, o sea, la que consta en el protocolo o registro, hecha por el mismo escribano que la hizo o autorizó.”<sup>15</sup>

Los conceptos anteriores cambiaron drásticamente con las reformas que nos ocupan, puesto que al hablar de documentos digitales es irrelevante el tratar de distinguirlos entre original y copias, puesto que siempre deberán ser tratados como originales, con la fuerza probatoria que ello implica.

Por su parte, y como lo hemos visto con las leyes anteriores, un elemento fundamental para el reconocimiento de la validez de las nuevas tecnologías, es la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta, en lugar de hablar del hecho de contar con un original o copia del documento.

Por lo anterior, se establece que cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta, es decir, el elemento fundamental para la validez de la información generada o mantenida en medios electrónicos, es la certeza de que se pueda mantener inalterable en el tiempo y de esa manera se transmita.

## 1.4 La Firma Electrónica

Una vez que ya se cuenta con el andamiaje procesal para: (i) reconocer el mismo valor probatorio a un documento electrónico que uno tradicional, (ii) la existencia de reglas claras para atribuir a las partes las comunicaciones que se intercambien a través de medios electrónicos, (iii) que las mismas puedan quedar obligadas en virtud de tales comunicaciones, solamente quedará por explorar un poco, los antecedentes de la firma electrónica, siendo

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

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

un instrumento que denota la autoría de determinadas conductas jurídicas, para la plena procedencia del JL, que no es otra cosa que la utilización procesal de los medios electrónicos, con plena seguridad jurídica, optimizando el plazo de desahogo de un procedimiento convencional y permitiendo por ello, que la impartición de justicia sea más expedita y por tanto, denote mayor justicia por ese simple hecho.

Antes de mencionar algunas definiciones que existen sobre la firma electrónica, comencemos a decir que dentro de la doctrina internacional al menos existe una clara diferencia entre dos conceptos: la firma electrónica y la firma electrónica avanzada.

Por la primera entendemos “a los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que pueden ser utilizados para identificar y/o vincular al firmante en relación con el mensaje de datos, en forma equivalente a la firma manuscrita.”<sup>16</sup>

Por su parte, a la firma electrónica avanzada la definimos como aquella “que permite la identificación del firmante y ha sido generada bajo su exclusivo control, conocida también como firma digital, que vincula exclusivamente al mismo con el mensaje de datos al que se adjunta o se asocia, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éste.”<sup>17</sup>

De las transcripciones anteriores, podemos fácilmente advertir que dichas definiciones se refieren a las contenidas en los artículos 89 y 97 respectivamente, del Código de Comercio y que su diferencia básica, estriba en la seguridad que implica la firma electrónica avanzada, puesto que no solo implica la vinculación del mensaje de datos con su autor, sino que también vuelve detectable cualquier modificación posterior del mismo.

Con estos elementos ya estamos en posibilidad de entrar al estudio de las nuevas disposiciones que sobre JL entraron en vigor a partir del pasado 7 de agosto, en virtud de la reforma a la LFPCA.

## 2 Generalidades del Procedimiento

Antes de abordar las generalidades del procedimiento del JL, consideramos oportuno señalar que el nuevo artículo 1A de la LFPCA, contiene diversas definiciones de conceptos asociados con el mismo, dentro del que destacan los siguientes: Acuse de Recibo, Archivo, Boletín y Expediente Electrónico, Clave de Acceso, Contraseña, entre otros, siendo por su importancia que transcribiremos los que a continuación se indican:

“Firma Digital: Medio gráfico de identificación en el Sistema de Justicia en Línea, consistente en la digitalización de una firma autógrafa mediante un dispositivo electrónico, que es utilizada para reconocer a su autor y expresar su consentimiento.”

“Firma Electrónica Avanzada: Conjunto de datos consignados en un mensaje electrónico adjuntados o lógicamente asociados al mismo que permita identificar a su autor mediante el Sistema de Justicia en línea, y que produce los mismos efectos jurídicos que la firma autógrafa. La firma electrónica permite actuar en Juicio en Línea.”

De las definiciones de Firma Digital y Electrónica Avanzada que acabamos de transcribir, se desprende que el legislador se aparta del contenido de los artículos 89 y 97 del Código

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

<sup>17</sup> Ídem.



de Comercio, confundiendo su contenido, puesto que identifica a la Firma Electrónica Avanzada con lo que en realidad es simple Firma Electrónica. Más adelante abordaremos este tema con mayor atención.

La plataforma informática con la que opera el JL, se denomina SJL, entendido éste como el "Sistema informático establecido por el Tribunal a efecto de registrar, controlar, procesar, almacenar, difundir, transmitir, gestionar, administrar y notificar el procedimiento contencioso administrativo que se sustancie ante el Tribunal."

Por su parte, el JL es definido como "Substanciación y resolución del juicio contencioso administrativo federal en todas sus etapas, así como de los procedimientos previstos en el artículo 58 de esta Ley, a través del Sistema de Justicia en Línea, incluso en los casos en que sea procedente la vía sumaria."

Posteriormente en los nuevos artículos 58-A a 58-S se describe detalladamente el JL, que puede quedar sintetizado para los efectos del presente en los términos siguientes:

## 2.1 Regulación

El juicio contencioso administrativo federal se promoverá, substanciará y resolverá en línea, a través del SJL, siendo que en todo lo no previsto, se aplicarán las demás disposiciones que resulten aplicables de la LFPCA

La elección de promover JL o en forma tradicional, queda en beneficio del contribuyente, no de la autoridad. Sin embargo si no señala expresamente su dirección de correo electrónico se tramitará el Juicio en la vía tradicional.

El Expediente Electrónico del JL incluirá todas las promociones, pruebas y otros anexos que presenten las partes, oficios, acuerdos, y resoluciones tanto interlocutorias como definitivas, así como las demás actuaciones que deriven de la substanciación del juicio, garantizando su seguridad, inalterabilidad, autenticidad, integridad y durabilidad.

En el JL la Firma Electrónica Avanzada tendrá los mismos efectos legales que la firma autógrafa y garantizará la integridad del documento, teniendo el mismo valor probatorio. De lo anterior se desprende que aún y cuando la descripción del concepto firma electrónica contenga la imprecisión que comentamos en el apartado anterior, por el contenido del artículo 58-F de la LFPCA se desprende que sí se trata de una Firma Electrónica Avanzada, puesto que no solamente identifica a su autor, sino que también garantiza la integridad del documento al que se acompaña.

Se prevé que para hacer uso del SJL, a través del cual se tramita el JL, deberán observarse los lineamientos que, para tal efecto, expida el TFJFA y se requiere la utilización de la Firma Electrónica Avanzada, Clave de Acceso y Contraseña que éste proporcionará, previa obtención del registro y autorización correspondientes, el cual implica el consentimiento expreso de que dicho Sistema registrará la fecha y hora en la que se abran los Archivos Electrónicos, que contengan las constancias que integran el Expediente Electrónico para los efectos legales establecidos en este ordenamiento. Es decir, la fecha en que se practican las notificaciones.

Al respecto, es importante destacar que es bastante criticable que el legislador dejó en una normatividad secundaria, que ni siquiera tiene carácter de ley, los lineamientos de operación y del SJL.

Solamente las partes, las personas autorizadas y delegados, tendrán acceso al Expediente Electrónico, exclusivamente para su consulta, una vez que tengan registrada su Clave de Acceso y Contraseña. Los titulares de una Firma Electrónica Avanzada, Clave de Acceso y Contraseña serán responsables de su uso, por lo que el acceso o recepción de las notificaciones, la consulta al Expediente Electrónico y el envío de información mediante la utilización de cualquiera de dichos instrumentos, les serán atribuibles y no admitirán prueba en contrario, salvo que se demuestren fallas del SJL.

Al respecto, estamos frente a una disposición que en principio pareciera una presunción legal *juris et de jure*, que dejaría de admitir prueba en contrario al ser una norma imperativa que excluye cualquier tipo de prueba del hecho, considerándolo verdadero aunque no lo sea<sup>18</sup>. Sin embargo, posteriormente el legislador contempló que sí puede oponerse prueba en contra del SJL, por lo que en realidad la imputación de la utilización del SJL en contra de los usuarios del mismo es solamente una presunción *juris tantum*, que consecuentemente admite prueba en contrario.

El SJL emite el Acuse de Recibo Electrónico correspondiente, señalando la fecha y la hora, una vez que se reciben vía electrónica las promociones entre las partes.

Si bien con la adopción de este sistema se consideran hábiles las 24 horas de los días en que se encuentren abiertas al público las Oficinas de las Salas del Tribunal, las promociones se considerarán, salvo prueba en contrario, presentadas el día y hora que conste en el Acuse de Recibo Electrónico que emita el SJL, en el lugar en donde el promovente tenga su domicilio fiscal y, por recibidas, en el lugar de la sede de la Sala Regional a la que corresponda conocer del juicio por razón de territorio. Al establecerse una dualidad de criterios de envío y recepción de archivos y documentos por cuestiones de husos horarios, pudiera existir confusión e inclusive caer en el extremo de que una promoción se tenga por presentada en un día inhábil, es decir, presentada el día hábil siguiente, o bien, fuera de los plazos legales correspondientes, como lo abordaremos más adelante, lo que implicaría su extemporaneidad, con la consecuencia procesal conducente.

Para tener certeza jurídica en la sustanciación del JL a través del SJL, se estipula que cualquier actuación en éste será validada con las firmas electrónicas y digitales de los Magistrados y Secretarios de Acuerdos que den fe según corresponda.

Respecto a las pruebas, queda establecido que los documentos ofrecidos como pruebas, incluido el expediente administrativo a que se refiere el artículo 14, fracción V de la LFPCA, deberán ser exhibidos de forma legible a través del SJL.

Así, tratándose de documentos digitales, se deberá manifestar su naturaleza, especificando si la reproducción digital corresponde a una copia simple, una copia certificada o al original y tratándose de esta última, si tiene o no firma autógrafa. Los particulares deberán hacer esta manifestación bajo protesta de decir verdad, la omisión de la manifestación presume en perjuicio sólo del promovente, que el documento digitalizado corresponde a una copia simple.

Las pruebas documentales que ofrezcan y exhiban las partes tendrán el mismo valor probatorio que su constancia física, siempre y cuando se observen las disposiciones de la presente Ley y de los acuerdos normativos que emitan los órganos del Tribunal para ase-

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



gurar la autenticidad de la información, así como de su transmisión, recepción, validación y notificación.

Al respecto, y como se detallará más adelante, la redacción del capítulo de pruebas del JL podrá traer algunas confusiones en cuanto al valor probatorio de las documentales aportadas, el problema con los documentos firmados digitalmente y la regulación de los acuerdos normativos.

También queda previsto que, tratándose de pruebas diversas a las documentales, los instrumentos en los que se haga constar su existencia, se integrarán al Expediente Electrónico debiendo el Secretario de Acuerdos correspondiente digitalizar las constancias relativas, certificando su cotejo con los originales físicos y serán ofrecidos conjuntamente a la demanda, para ser presentados a la Sala que esté conociendo del asunto, en la misma fecha en la que se registre en el SJL su ofrecimiento por vía electrónica.

Atinadamente se contempla que al estar digitalizada toda la documentación, ya no será necesario que las partes exhiban copias para correr los traslados que la Ley establece, salvo que hubiese tercero interesado, en cuyo caso, el demandante deberá presentar la copia de traslado con sus respectivos anexos. Lo anterior obedece a que este tercer interesado también tendrá la oportunidad de elegir acudir al JL o tramitarlo por la vía tradicional, caso este último en el que requerirá la copia que ya se comentó.

Tratándose de notificaciones, se efectuarán a través del SJL, ya sea que se trate de las que se deban practicar de forma personal, por correo certificado con acuse de recibo, o por oficio, mediante la minuta electrónica elaborada por el actuario en que precise la actuación o resolución a notificar y sus anexos, validada por su firma electrónica avanzada.

El procedimiento para la notificación consiste en que el actuario envía a la Dirección de Correo Electrónico de la parte a notificar un aviso informándole que se ha dictado una actuación o resolución en el Expediente Electrónico, la cual está disponible en el SJL, el cual registra la fecha y hora del envío. Se tendrá legalmente practicada la notificación cuando el SJL genere el Acuse de Recibo Electrónico, donde conste la fecha y hora en que la parte notificada ingresó al Expediente Electrónico, lo que deberá suceder dentro del plazo de tres días hábiles siguientes a la fecha de envío del aviso por el actuario a la Dirección de Correo Electrónico de la respectiva parte, puesto que de no ocurrir lo anterior, la notificación se efectuará mediante lista y por Boletín Procesal al cuarto día hábil contado a partir de la fecha de envío del Correo Electrónico, fecha en que se tendrá por legalmente notificado a la parte que corresponda.

Todo parece indicar que la disminución en el plazo de sustanciación del JL que tanto han promocionado diversos funcionarios del TFJFA, como los legisladores, solamente obedece a este punto. Es decir, los plazos para la presentación de demanda, su contestación, alegatos, etc., se mantienen inalterables en el JL, como si se tratara del juicio en la vía tradicional, por lo que la reducción del plazo queda limitada al tiempo en que demoran los actuarios del TFJFA en llevar a cabo las notificaciones físicas o a través del Servicio Postal Mexicano, las que deban hacerse a través de dicho medio.

El emplazamiento correspondiente a las autoridades demandadas en el JL, implica que debieron registrar en la Secretaría General de Acuerdos o ante la Presidencia de las Salas Regionales, la Dirección de Correo Electrónico Institucional, y su domicilio oficial para su

emplazamiento electrónico, so pena, en caso de incumplimiento, de que todas las notificaciones se les harán a través del Boletín Procesal, hasta que se cumpla con dicha formalidad. Es decir, existe un reconocimiento a la rebeldía de la autoridad, derivada de su desobediencia y contravención a un deber que le impone la LFPCA.<sup>19</sup>

Por otra parte, al ser el JL exclusivo de las materias reguladas por la LFPCA, la presentación y trámite de los recursos de revisión y juicios de amparo que se promuevan contra las actuaciones y resoluciones derivadas a aquél, deberán hacerse en forma tradicional, no siendo aplicable ninguna de sus disposiciones.

Para la remisión del expediente correspondiente al Juzgado de Distrito o Tribunal Colegiado competente, el Secretario General de Acuerdos del Tribunal, los Secretarios Adjuntos de Sección y los Secretarios de Acuerdos de Sala Superior y de Salas Regionales según corresponda, deberán imprimir el archivo del Expediente Electrónico y certificar las constancias del juicio que deban ser remitidos, cuando se impugnen resoluciones de los juicios correspondientes a su mesa.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que así lo solicite el Juzgado de Distrito o el Tribunal Colegiado se podrá remitir la información a través de medios electrónicos.

Como veremos en apartados posteriores, es desafortunada la redacción anterior de la LFPCA, puesto que puede llegar a implicar una certificación deficiente que altere sustancialmente el valor y alcance probatorio del documento en cuestión, a la par que no se está motivando el uso de documentos digitales, sino por el contrario, se alienta la reticencia al cambio.

En otro orden de ideas, tratándose del caso que el TFJFA advierta que alguna persona modificó, alteró, destruyó o provocó la pérdida de información contenida en el SJL, se tomarán las medidas de protección necesarias para evitar dicha conducta hasta que concluya el juicio, el cual se continuará tramitando a través de un Juicio en la vía tradicional, destacándose que si el responsable es usuario del mismo, se cancelará su Firma Electrónica Avanzada, Clave y Contraseña para ingresar, negándosele la posibilidad de volver a promover juicios en línea.

Adicionalmente se advierte que, sin demérito de las responsabilidades penales respectivas, se impondrá al autor del ilícito una multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de cometer la infracción.

Finalmente, se establece que cuando por caso fortuito, fuerza mayor o por fallas técnicas se interrumpa el funcionamiento del SJL haciendo imposible el cumplimiento de los plazos establecidos en la LFPCA, las partes deberán dar aviso a la Sala correspondiente para que, en caso de confirmarse la interrupción, la Sala haga constar esta situación mediante acuerdo en el expediente electrónico y, considerando exclusivamente el tiempo de la interrupción, realizará el cómputo correspondiente para determinar si hubo o no incumplimiento de los plazos legales.

## 2.2 Carga de la prueba

Dentro de cualquier procedimiento judicial o jurisdiccional, el concepto de carga de la prueba reviste una importancia total puesto que, como dice Becerra Bautista, “la doctrina

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



acepta que la prueba es una carga, en cuanto que es una actividad optativa para las partes, pero que si no la desarrollan sufren las consecuencias de su inactividad procesal, que redundará en la improcedencia, bien sea de su acción, bien sea de la excepción opuesta".<sup>20</sup>

En abundancia, dentro del ámbito del Derecho Comparado, para Fernando Garrido Falla el incumplimiento de las partes en materia de ofrecimiento de pruebas en tiempo y forma legales, no debe estimarse violatorio de la Constitución Española, al afirmar que "La doctrina del Tribunal Constitucional tiene reiteradamente señalado que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, constituye un derecho de configuración legal, cuyo ejercicio ha de someterse a los requisitos de tiempo y forma dispuestos por las leyes procesales, de modo que cuando la inadmisión o el rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte del interesado de dichas exigencias legales, la resolución que así lo acuerde no podrá reputarse lesiva del artículo 24.2 de la Constitución"<sup>21</sup>

Lo anterior cobra gran importancia si tomamos en consideración, como dice González Pérez, que "Si la prueba es la actividad que tiende a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal, su eficacia directiva vendrá determinada por el grado de convicción logrado por el juzgador."<sup>22</sup>

No obstante que ubicándonos en la teoría general del Derecho Administrativo, al estar en el procedimiento jurisdiccional enfrentados los derechos de la hacienda pública y un contribuyente, se parte de la base de una presunción de validez de los actos de la autoridad, que evidentemente pareciera romper el equilibrio procesal entre las partes.

Presunción que a decir de Ernesto Eserverri, es "un Proceso lógico conforme al cual, acreditada la existencia de un hecho –el llamado hecho base-, se concluye en la confirmación de otro que normalmente le acompaña –el hecho presumido- sobre el que se proyectan determinados efectos jurídicos. Este proceso de deducción lógica puede ser el resultado de la especulación de quien aplica el Derecho, y en tal caso la presunción se califica de simple u hominis, y puede también repentizarse en el texto de la norma jurídica, tratándose de una presunción legal."<sup>23</sup> Siendo esta última la que nos ocupa, puesto que ello se desprende del contenido del artículo 68 del Código Fiscal de la Federación (CFF) y 42 de la LFPCA, al disponer expresamente que los actos y resoluciones de las autoridades fiscales se presumirán legales. Sin embargo, dichas autoridades deberán probar los hechos que motiven los actos o resoluciones cuando el afectado los niegue lisa y llanamente, a menos, que la negativa implique la afirmación de otro hecho, por lo que la ruptura de la equidad procesal pueda ser que no trascienda al fallo de los tribunales competentes, puesto que se parte del principio de que la autoridad está actuando dentro del principio de legalidad administrativa.

Solo bajo estos términos se puede justificar que el legislador haya otorgado a la autoridad tributaria tal beneficio, puesto que como dice Eusebio González "La presunción de legalidad de los actos administrativos en general, y de los tributarios en particular, cobra pleno sentido en el supuesto de que la Administración actúe de forma habitual dentro de la legalidad. Solo en tal supuesto cabe otorgar a la Administración semejante prerrogativa, sin contar con la pertinente declaración Judicial."<sup>24</sup>

20 BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, Páx. 85.

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.

Por su parte, Alberto Sánchez Pichardo, al referirse a la legalidad de los actos de autoridad, sostiene que “Un acto de autoridad que afecte las garantías individuales sin ceñirse al marco legal, será un acto arbitrario, y si bien, de entrada todo acto administrativo tiene a su favor la presunción de ser legal (con el fin de dotar al acto administrativo de efectividad y coercitividad, si es el caso) del análisis y las causas de los motivos que lo generaron, así como del estudio del procedimiento por el que nació, puede llegarse a descubrir que el acto reclamado es inconstitucional en el sentido de que su hipótesis de procedencia no se contempla ni en la Constitución general, ni en ninguna ley reglamentaria de ésta.”<sup>25</sup>

Una vez hechas estas precisiones, conviene mencionar que los artículos 58-K y 58-Q de la LFPCA, así como el 36 del ACUERDO, en materia de probanzas, pueden implicar deformaciones o trampas procesales, con la consecuente inseguridad jurídica que ello implica.

Por la importancia que reviste, transcribamos los artículos que adolecen del vicio apuntado:

“ARTÍCULO 58-K.- Los documentos que las partes ofrezcan como prueba, incluido el expediente administrativo a que se refiere el artículo 14, fracción V, de esta Ley, deberán exhibirlos de forma legible a través del Sistema de Justicia en Línea del Tribunal.

Tratándose de documentos digitales, se deberá manifestar la naturaleza de los mismos, especificando si la reproducción digital corresponde a una copia simple, una copia certificada o al original y tratándose de esta última, si tiene o no firma autógrafa. Los particulares deberán hacer esta manifestación bajo protesta de decir verdad, la omisión de la manifestación presume en perjuicio sólo del promovente, que el documento digitalizado corresponde a una copia simple.

Las pruebas documentales que ofrezcan y exhiban las partes tendrán el mismo valor probatorio que su constancia física, siempre y cuando se observen las disposiciones de la presente Ley y de los acuerdos normativos que emitan los órganos del Tribunal para asegurar la autenticidad de la información, así como de su transmisión, recepción, validación y notificación.”

“ARTÍCULO 58-Q.- Para la presentación y trámite de los recursos de revisión y juicios de amparo que se promuevan contra las actuaciones y resoluciones derivadas del Juicio en Línea, no será aplicable lo dispuesto en el presente Capítulo.

El Secretario General de Acuerdos del Tribunal, los Secretarios Adjuntos de Sección y los Secretarios de Acuerdos de Sala Superior y de Salas Regionales según corresponda, deberán imprimir el archivo del Expediente Electrónico y certificar las constancias del juicio que deban ser remitidos a los Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito, cuando se impugnen resoluciones de los juicios correspondientes a su mesa.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que así lo solicite el Juzgado de Distrito o el Tribunal Colegiado, se podrá remitir la información a través de medios electrónicos.”

“Artículo 36.- Cualquier Documento Electrónico o digitalizado que obre en el Expediente Electrónico o sea ofrecido por las partes en el juicio, deberá cumplir con las características de ser accesible, de fácil manejo, inalterable y sin restricciones de copiado del texto o de cualquier contenido, impresión y consulta, así como las demás características precisadas en el Anexo Único de estos Lineamientos.”

25 SÁNCHEZ PICHARDO, Alberto C., *Los Medios de Impugnación en materia Administrativa*, Páx. 668.



De la transcripción de los artículos citados se desprende que, a pesar que el JL nace aprovechando los avances tecnológicos en materia de medios electrónicos, reconociendo la equivalencia de la firma autógrafa de la electrónica en materia de promociones, desconoce para efectos de prueba, a los documentos que calzan una firma digital, electrónica avanzada o cadena digital que los convierte por ese hecho como originales.

Es claro el artículo 58-K al disponer sobre la aceptación de documentos digitales, que se deberá especificar "si la reproducción digital corresponde a una copia simple, una copia certificada o al original y tratándose de esta última, si tiene o no firma autógrafa." Es decir, dejó fuera a los documentos que cuentan con una firma electrónica, digital o cadena digital y que debieran valorarse como originales con firma autógrafa.

Al respecto el CFF, en sus artículos 17-C al 17-J, regulan desde 2004 las diversas operaciones que se efectúan ante las autoridades fiscales, utilizando medios electrónicos que al contener una firma electrónica avanzada, suple a la firma autógrafa. Entre tantas, se destacan la realización por esta vía, operaciones como pago de contribuciones, solicitudes de devolución de las mismas, presentación de avisos a la autoridad fiscal, así como la emisión de facturas por las actividades realizadas por los contribuyentes e incluso, la propia autoridad queda facultada para firmar de esta manera los actos administrativos que deben notificarse a los contribuyentes.

Por lo anterior, siendo tan amplio el espectro de documentación generada por medios electrónicos, que solamente está amparada por una firma electrónica avanzada, el hablar de su representación física en original, copia o copia certificada, como lo prescribe el artículo 58-K, resulta totalmente irrelevante y preocupante a la vez el hecho de dejar fuera a los documentos que solo contemplan una firma electrónica.

De acuerdo a la deficiente redacción del dispositivo que comentamos, queda dubitado el valor probatorio de diversas instrumentales aportadas por las partes al JL, ya que como lo mencionábamos anteriormente, para acreditar el monto pagado de impuestos y derechos al erario público, las cantidades objeto de devolución, múltiples avisos presentados ante las autoridades fiscales, formatos de importación y exportación de mercancías, el monto facturado por el contribuyente a sus clientes, se hace a través de un documento digital amparado por una firma electrónica, el cual al parecer no queda incluido dentro de los documentos susceptibles de ser considerados como prueba en un juicio.

En otro orden de ideas, no solamente existe el vicio por defecto del dispositivo que analizamos, puesto que también lo tiene por exceso, como a continuación lo explicaremos.

Como ya lo analizamos, el artículo 58-K de la LFPCA determina el tipo de pruebas que como documentos digitales se pueden ofrecer en el JL, destacándose que se tomará como original, copia certificada u copia simple, de acuerdo a la declaración bajo protesta de decir verdad realizada por el promovente, entendiéndose que si no la efectúa, se tendrá al documento digitalizado corresponde a una copia simple.

Si bien es de explorado derecho que existe el principio de bona fides semper prae sumitur nissi mala adesse probetur, el mismo no debe ser utilizado en las normas probatorias de un juicio, ya que como lo mencionamos anteriormente, es en esta etapa que se acreditan las acciones y excepciones vertidas en el juicio, no debiendo ser relevadas las partes de dicha obligación, ya que es una carga procesal para las mismas.

En este sentido está fuera de discusión que el valor probatorio de un documento original o en copia certificada es muy diferente que la simple copia del mismo documento. Trasladado lo anterior al documento digital, es claro que en los términos del tercer párrafo del artículo 58-K que comentamos, el valor probatorio de los documentos digitales será el mismo que para su constancia física, es decir, la digitalización de un documento original tendrá el mismo valor que el documento físico de ese original.

Por lo anterior, si se deja a las partes que a través de una simple manifestación bajo protesta describan la naturaleza de los soportes físicos de los documentos digitales aportados como pruebas –originales, copias certificadas o copias simples-, se corre el riesgo de que diversas cuestiones que solamente se pueden demostrar a través de documentación auténtica acaben siendo acreditadas a través de simples copias, con la afectación que ello implica.

Si bien existe la posibilidad de que las partes en el juicio puedan objetar la idoneidad de alguna probanza ofrecida por su contraparte, a través del incidente correspondiente, no es éste el caso que se abordará en el presente ensayo<sup>26</sup>, sino el que a continuación se expone y que se deriva de la aplicación del artículo 58-Q de la LFPCA.

Una vez concluido el JL, en caso que alguna de las partes recurriese la sentencia del TFJFA, ya sea a través del amparo directo –entendido como “el medio de control de la constitucionalidad de los actos y resoluciones emitidos por las autoridades legislativas, administrativas o Judiciales”-<sup>27</sup> o recurso de revisión, según se trate de que lo interponga el contribuyente o la autoridad para ser resuelto por el Tribunal Colegiado de Circuito en turno, necesariamente se deberá tramitar en la vía tradicional, al no tener los órganos del Poder Judicial de la Federación instrumentado un procedimiento similar al SJJL

Para tales efectos, el Secretario General de Acuerdos del TFJFA, los Secretarios Adjuntos de Sección y los Secretarios de Acuerdos de Sala Superior y de Salas Regionales según corresponda, deberán imprimir el archivo del Expediente Electrónico y certificar las constancias del juicio que deban ser remitidos a los Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito, cuando se impugnen resoluciones de los juicios correspondientes a su mesa.

Con lo anterior, podrá suceder que un documento digital cuyo soporte físico haya sido copia simple, pero que el oferente manifestó en el JL que contaba con su original, será certificado como original por parte del funcionario del TFJFA y como tal, quede integrado en el expediente que servirá para sustanciar el amparo o la revisión interpuestas, donde dicho sea de paso, ya no existe oportunidad de aportar u objetar prueba alguna, ya que solamente podrá ser materia de la litis la sentencia de la Sala correspondiente del TFJFA.

Es por ello que si tomamos en cuenta que en no pocos casos existe la falta de contestación de demanda por parte de las autoridades administrativas -particularmente las que tienen su domicilio en un lugar diferente al de la competencia de la Sala Regional del TFJFA ante la cual se sustenta el JL-, podremos advertir que dichas autoridades carecerán de oportunidad para poder objetar la originalidad de un documento, el cual como dijimos, acabó siendo certificado al término de la instancia del JL.

26 La posibilidad de interponer el incidente de falsedad de documentos a que se refiere el artículo 36 de la LFPCA, si bien puede decirse que brinda certeza jurídica, al ser un contrapeso a la consideración de que por el simple hecho de que a través de una declaración de las partes se les asigne el carácter a las documentales ofrecidas, también puede acabar convirtiéndose en una práctica dilatoria generalizada que en los juicios, al objetarse indiscriminadamente los documentos ofrecidos, lo que implicará que se deba acompañar el documento físico para certificación del Secretario correspondiente, con la demora que ello implica y que se desvirtúa la finalidad y celeridad prometida del JL.

27 Sánchez Pichardo, Alberto C., Op. Cit., Páx., 667.



Así las cosas, vemos un claro ejemplo donde la copia simple de un documento puede acabar convertido en la certificación de un documento original en la instancia del amparo u recurso de revisión, con la injusticia que ello implica. Es claro que al hablar de cargas procesales, como al inicio del presente apartado indicamos, necesariamente tendremos que asumirlas como obligación de las partes, la cual también pudiera ser la revisión de las probanzas aportadas por la contraparte. Sin embargo, si bien existe la preclusión como sanción a la parte que desiste de aportar pruebas, la eventual conversión de un documento de copia a original, quizá escape a dicha sanción.

En otro orden de ideas, nuevamente consideramos desafortunada la redacción del tercer párrafo del artículo que comentamos, ya que expresamente menciona que “Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que así lo solicite el Juzgado de Distrito o el Tribunal Colegiado, se podrá remitir la información a través de medios electrónicos.”

Es decir, a pesar de que se esgrimió como una de tantas virtudes del JL, los beneficios en materia ecológica y de preservación al medio ambiente derivados del sustancial ahorro en papel al operar básicamente con documentos digitales y suprimirse por lógica consecuencia la obligación de correr el traslado correspondiente a las partes involucradas en el juicio –excepción hecha del tercero interesado- cuando se llega a la impugnación de la sentencia que ponga fin al JL, nos encontramos que se desdeña la virtud señalada y se privilegia la impresión física del expediente administrativo, en lugar de su remisión por medios electrónicos.

Somos de la opinión que para ser congruentes con uno de los leitmotiv de la reforma procesal que introdujo a nuestra legislación al SJL, debió consignarse que en caso de que un contribuyente interpusiera un juicio de amparo contra la sentencia que puso fin al JL, o bien, en caso de que fuera la autoridad demandada la que presentara el recurso de revisión en contra de la misma, en primer términos se enviaría el expediente electrónico al Ad quem encargado de la sustanciación del medio de impugnación y, solamente por excepción, se imprimirían los documentos digitales y certificarían.

Es de sobra conocido que, por una no siempre justificada costumbre, los tribunales suelen transcribir partes considerables de las sentencias que ante ellos se someten a impugnación, para lo cual, su personal solicita los respaldos electrónicos de las sentencias así impugnadas, para facilitarse tal tarea. Con lo anterior, si por razones de evitarse la mecanografía en la transcripción de grandes partes de las sentencias, el Ad quem solicita el archivo electrónico correspondiente, por mayoría de razón debiera tener primacía el reenvío de esta manera, en lugar de privilegiar, como dijimos, el envío de la impresión del expediente electrónico.

### 2.3 Plazos de presentación

Otro aspecto que podrá generar confusión e incluso desembocar en diversas cuestiones de improcedencia o sobreseimiento, es el relativo a los plazos de presentación de las promociones.

Ya habíamos anticipado que si bien los plazos de presentación de promociones del JL son los mismos que para el sistema tradicional, la propia y especial naturaleza del SJL, al carecer de una oficina física, implica que las veinticuatro horas del día se consideren como hábiles para efectos de la tramitación del JL que nos ocupa.

Lo anterior implica que, a diferencia del sistema tradicional donde se pueden presentar las promociones dentro del horario regular de la Sala Regional del TFJFA de que se trate –generalmente establecido entre las 8:30 y las 15:30 horas-<sup>28</sup> mediante el SJL las promociones se pueden presentar (transmitir, técnicamente hablando) en cualquier momento del día o de la noche, con la única limitante de que en caso de ser transmitidas en el SJL en días inhábiles para el TFJFA, se entenderán presentadas al día hábil siguiente.

Hasta aquí no existe inconveniente o confusión alguna. Todo lo contrario, puesto que el aprovechamiento a cabalidad del potencial de los medios electrónicos permite la presentación de promociones sin el traslado a una oficina física en un horario ampliado, con la optimización de recursos materiales e inmateriales, como el codiciado tiempo, que ello implica.

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 58 de la LFPCA refiere que “Las promociones se considerarán, salvo prueba en contrario, presentadas el día y hora que conste en el Acuse de Recibo Electrónico que emita el Sistema de Justicia en Línea del Tribunal, en el lugar en donde el promovente tenga su domicilio fiscal y, por recibidas, en el lugar de la sede de la Sala Regional a la que corresponda conocer del juicio por razón de territorio.”

Es decir, puede existir una disparidad horaria entre el envío -acorde al huso horario del domicilio fiscal del promovente- y el recibo –según el huso horario de la Sala Regional del TFJFA correspondiente-.

En México la determinación de las zonas horarios y los horarios estacionales corresponde al Congreso de la Unión.<sup>29</sup>

En otro orden de ideas, y de conformidad con el acuerdo que publicó la Secretaría de Economía en el DOF el día 4 de junio del 2007, el Centro Nacional de Metrología, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Ley Federal sobre Metrología Normalización, así como su Reglamento, desarrolló y materializó el Patrón de Escalas de Tiempo como Patrón Nacional de Medición que registró en nuestro país. Esta escala de tiempo UTC, la cual es la realización nacional de la escala de Tiempo Universal Coordinado, UTC, se establece la hora oficial del día para los tres husos horarios que aplican en los Estados Unidos Mexicanos: Tiempo del Centro, Tiempo del Pacífico y Tiempo del Noroeste. Las escalas de tiempo para los tres husos horarios nacionales se relacionan con el UTC de la siguiente manera:

Escala de Tiempo del Centro = UTC(CNM) – N<sup>30</sup>

Escala de Tiempo del Pacífico = UTC(CNM) – (N+1)

Escala de Tempo del Noroeste = UTC(CNM) – (N+2)

Las Entidades Federativas que quedan incluidas en las tres zonas de tiempo ya referidas, quedan en los siguientes términos: (i) Zona Noroeste; Baja California, (ii) Zona Pacífico; Baja California Sur, Chihuahua, Nayarit, Sinaloa y Sonora y (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 y Zacatecas.

Lo anterior, no es otra cosa que decir que mientras en la zona del centro son las 16:00 horas, equivale a las 15:00 horas para la zona del pacífico y a las 14:00 horas para la zona del Noroeste.

<sup>28</sup> Según lo dispone el artículo 6 del Reglamento Interior del TFJFA.

<sup>29</sup> Artículo 4 de la Ley del Sistema de Horario en los Estados Unidos Mexicanos publicada en el DOF el 29 de diciembre del 2001.

<sup>30</sup> Donde N es igual a 6 horas para el horario de invierno y a 5 horas para el horario de verano.



Adicionalmente tenemos que, de acuerdo con los artículos 32 y 33 de la Ley Orgánica del TFJFA, el territorio nacional se dividirá en regiones con los límites territoriales que se determinen en su Reglamento Interior, y en cada región habrá el número de Salas que establezca dicho reglamento, en el que también se determinará entre otros, su sede y circunscripción territorial.

En tales términos, el Reglamento referido, en su artículo 21 establece la división territorial del territorio nacional que habíamos adelantado en los términos siguientes:

“Artículo 21.- Para los efectos del artículo 32 de la Ley, el territorio nacional se divide en las regiones con los límites territoriales siguientes:

- I. Noroeste I, que comprende el Estado de Baja California;
- II. Noroeste II, que comprende el Estado de Sonora;
- III. Noroeste III, que comprende los Estados de Baja California Sur y Sinaloa;
- IV. Norte-Centro I, que comprende el Estado de Chihuahua;
- V. Norte-Centro II, que comprende los Estados de Durango y Coahuila;
- VI. Noreste, que comprende el Estado de Nuevo León y los municipios de Nuevo Laredo, Guerrero, Mier, Miguel Alemán, Ciudad Camargo, Díaz Ordaz y Reynosa del Estado de Tamaulipas;
- VII. Occidente, que comprende los Estados de Colima, Jalisco y Nayarit;
- VIII. Centro I, que comprende los Estados de Zacatecas y Aguascalientes;
- IX. Centro II, que comprende los Estados de San Luis Potosí y Querétaro;
- X. Centro III, que comprende el Estado de Guanajuato;
- XI. Hidalgo-México, que comprende los Estados de Hidalgo y de México;
- XII. Oriente, que comprende los Estados de Tlaxcala y Puebla;
- XIII. Golfo, que comprende el Estado de Veracruz;
- XIV. Pacífico, que comprende el Estado de Guerrero;
- XV. Sureste, que comprende el Estado de Oaxaca;
- XVI. Peninsular, que comprende los Estados de Yucatán y Campeche;
- XVII. Metropolitanas, que comprenden el Distrito Federal y el Estado de Morelos;
- XVIII. Golfo-Norte, que comprende el Estado de Tamaulipas, con excepción de los municipios de Nuevo Laredo, Guerrero, Mier, Miguel Alemán, Ciudad Camargo, Díaz Ordaz y Reynosa, del propio Estado;
- XIX. Chiapas-Tabasco, que comprende los Estados de Chiapas y Tabasco;
- XX. Caribe, que comprende el Estado de Quintana Roo, y
- XXI. Pacífico-Centro, que comprende el Estado de Michoacán.”

Por lógica consecuencia se desprende que en no pocas ocasiones el domicilio fiscal de los contribuyentes que, como regla general, se toma como elemento determinante de la competencia territorial de la Sala Regional del TFJFA según su ley orgánica<sup>31</sup>, y el domicilio de las autoridades, -por lo general parte demandada en el JL- se encuentra en zonas de tiempo diferentes, generándose el problema práctico que a continuación se expondrá:

31 ARTÍCULO 34.- Las Salas Regionales conocerán de los juicios por razón de territorio, atendiendo al lugar donde se encuentre el domicilio fiscal del demandante.

Un contribuyente con domicilio fiscal en la Ciudad de México y que por consecuencia le corresponde conocer a la Sala Regional Metropolitana del TFJFA, -sita en la ciudad de México y que le corresponde la zona horaria del centro- interpone demanda de nulidad contra actos de la Aduana de Ensenada, -cuyo domicilio se encuentra en el Estado de Baja California, por lo que su zona horaria es la del noroeste-. Con lo cual se aprecia que existe una diferencia de 2 horas entre ambas regiones.

Una vez presentada la demanda a través del SJL, se realiza la notificación correspondiente a la autoridad para que le dé contestación dentro del plazo legal, es decir 45 día hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que surtió efectos la notificación respectiva. Para tal efecto, la autoridad demandada prepara la contestación correspondiente, y la envía a través del SJL el último día de su plazo, un viernes a las 23:50 horas –tiempo local de la zona noroeste- generando el SJL el acuse de recibo –respecto el envío correspondiente- a las 23:51 horas del mismo viernes, último día de plazo para la presentación de la contestación de demanda.

Sin embargo, para efectos de la recepción de la promoción por parte de la Sala Regional Metropolitana del TFJFA, la contestación de demanda en cuestión fue recibida el sábado a las 01:51 horas, lo que implica que la contestación de demanda fue presentada de manera extemporánea.

Recordemos que el texto del último párrafo del artículo 58-O de la LGPCA establece que para tomar en consideración el día y hora en que se presentan las promociones, se tomará en cuenta: “Acuse de Recibo Electrónico que emita el Sistema de Justicia en Línea del Tribunal, en el lugar en donde el promovente tenga su domicilio fiscal y, por recibidas, en el lugar de la sede de la Sala Regional a la que corresponda conocer del juicio por razón de territorio. Tratándose de un día inhábil se tendrán por presentadas el día hábil siguiente.”

En abundancia, el propio ACUERDO consigna en su artículo 34 que el SJL funcionará de acuerdo a la hora oficial mexicana, que incluye los tres husos horarios que cubren la República Mexicana, es decir, representando las horas locales de nuestro país.

Con lo anterior, pudiera darse el caso que se considere extemporánea la contestación de demanda interpuesta por la autoridad, si se toma en cuenta el horario de recepción, no obstante haya sido oportuna, si se toma en consideración el horario de su envío.

Por lo anterior, en aquellos casos donde el domicilio de las partes de un JL se encuentre en diferentes zonas horarias, podrá existir el problema que se ejemplificó anteriormente, creando un estado de inseguridad jurídica totalmente indeseable e innecesario.

## 2.4 Normatividad generada a partir del Juicio en Línea

Con la incorporación del JL, el legislador optó por permitir que fuera el propio TFJFA el facultado para emitir los lineamientos para la operación del SJL, lo cual efectuó a través de los lineamientos técnicos y formales contenidos en el ACUERDO.

Más allá de pensar que por la importancia y trascendencia de las implicaciones de los mencionados lineamientos, los mismos deben constar en una ley formal y materialmente considerada, el haberse abordado como meras cuestiones de orden técnico, dejan una sombra de incertidumbre, que en nada abona a la certeza que debe imperar en todo juicio.



Entrando en materia, la Junta de Gobierno y Administración del TFJA, órgano que se arrostró la facultad para emitir los lineamientos que nos ocupan, a través del ACUERDO, consignó en el anexo único del mismo las características mínimas que deberán reunir los documentos electrónicos que se utilicen dentro del SJL, ya sea porque se ofrezcan como pruebas o porque formen parte del Expediente Electrónico, dentro de las que mencionaremos solo a guisa de ejemplo:

“Los documentos digitalizados o escaneados deberán contar con una resolución óptica en rangos de entre 100 y 600 dpi, con la posibilidad de ajustar la resolución en caso necesario. Para ello se recomienda generar la salida del documento digitalizado o escaneado en formato PDF a 200 dpi y 256 colores, preferentemente, además de contar con la opción de “solo lectura” y permitir la selección del texto”

De la descripción de las características técnicas anteriormente consignadas puede surgir como inquietud lo referente a ¿qué pasará si se ofrece como prueba un documento digitalizado con una resolución óptica menor o mayor a los 100 y 600 dpi sugeridos? o bien, ¿se desecharán las documentales que estén escaneadas sin contar con la opción “solo lectura” o que estén protegidas?, es decir que no permitan la selección de texto”

Si bien pudiera parecer que las inquietudes anteriores son vaguedades no debemos perder de vista que, independientemente de la forma tecnológica en que se exhiben las probanzas a un Tribunal, las mismas son el soporte de las acciones o excepciones de las partes, razón por la cual deberán analizarse con la mayor de las prudencias y sujetas a un escrupuloso rigor jurídico que debe estar más allá de lineamientos administrativos expedidos por órganos de gobierno de los impartidores de justicia.

Sin pretender aferrarse a la doctrina clásica y a conceptos de prueba vertidos por Carnelutti o Vivante, consideramos que por la trascendencia de las mismas, no puede quedar siquiera la expectativa de crearse la falta de valor probatorio de un documento digital por el simple hecho de que no se ajustó a lineamientos administrativos que en nada se relacionan con el fondo que pretende probarse, o bien con la naturaleza misma de la probanza en sí misma considerada.

### 3 Alternativas de solución

No puede soslayarse el hecho de que toda legislación novedosa, por más esmero que tenga en su creación, está sujeta a contener imprecisiones o dejar de contemplar algunos aspectos que en principio formaban parte de su ámbito normativo.

Partiendo de la base anterior, es claro que la legislación que crea al innovador JL y particularmente todo el concepto de SJL al ser totalmente novedosa en la materia, donde la tecnología de suyo implica constantes cambios, no está exenta de imprecisiones o contiene imprecisiones que violentan principios del status quo procesal.

En primer término, respecto el concepto de carga de la prueba, somos de la opinión que deben adicionarse expresamente los documentos que cuenten con firma electrónica avanzada o sello digital en sustitución de la autógrafa y respecto de los cuales la ley confiere el mismo valor probatorio que los originales firmados de manera autógrafa, por lo cual es intrascendente que su soporte físico sea original o copia.

Lo anterior, independientemente de que cualquier elemento probatorio debe ser admitido en juicio. Cada vez es más frecuente la existencia de este tipo de documentos que, al contener un sello digital originado de manera electrónica, no debe acudir a las reglas aplicables en cuanto al valor probatorio de documentos impresos, sino a la regulación específica prevista en el artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles, conforme al cual debe atenderse preponderantemente a la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada tal como ya lo declaró en la jurisprudencia 2a./J. 24/2008 desde 2008, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la respectiva con rubro "DECLARACIÓN PRESENTADA A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS Y ACUSE DE RECIBO CON SELLO DIGITAL. LA CONSTANCIA IMPRESA O SU COPIA SIMPLE SON APTAS PARA ACREDITAR LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS LEGALES EN QUE AQUÉLLA SE SUSTENTÓ."<sup>32</sup>

En segundo término, respecto a la posibilidad de que bajo ciertas circunstancias documentales con soporte físico de copia acaben terminando certificadas como originales, en una etapa procesal donde las partes carecen ya de posibilidad jurídica de desvirtuar dicha situación, somos de la opinión que se puede evitar, bastando que previo o al momento de presentar las probanzas respectivas a través del SJL, se certifiquen con algún funcionario del TFJFA.

Si bien es cierto este procedimiento pudiera hacer un poco engorrosa la tramitación online del JL y hasta hacerle perder un poco su "glamur electrónico" y de celeridad, con toda seguridad las ganancias en certeza jurídica lo justificarían, con independencia que en los casos que alguna parte interpusiera el incidente de falsedad de documentos en contra de la otra, con su sustanciación existirían mayores demoras y trámites adicionales.

Por otra parte, respecto del problema de los husos horarios en cuanto el envío y recepción de documentos electrónicos, bastaría con que la LFPCA solamente se limitara a mantener uno de los criterios –envío o recepción– para resolver la posible dualidad que apuntamos, decantándonos por la opción de la hora de recepción por parte de la Sala Regional del TFJFA como la que se considerara definitiva en cuanto a la idoneidad de la fecha de presentación de las promociones ante el SJF.

Estamos en el entendido que no abona para la solución al problema que el hecho de que el artículo 34 del ACUERDO establezca expresamente que: "El Sistema funcionará de acuerdo a la hora oficial mexicana, que incluye los tres husos horarios que cubren la República Mexicana, es decir, representando las horas locales de nuestro país, y asentará la fecha y hora en todos los acuses de recibo de Documentos Electrónicos que se reciban y envíen a través del Sistema, mismos que corresponderán a las del domicilio de la Sala destinataria de la promoción de que se trate" puesto que como ya lo habíamos anticipado, el ACUERDO es una simple disposición emanada de un órgano de gobierno del TFJFA, que de manera alguna se puede considerar como apta para tener preeminencia sobre la LFPCA que contiene la divergencia que anotamos, por lo que el hecho de que una disposición administrativa refiera a que solo se considera el concepto de recepción por parte de la Sala del TFJFA es insuficiente.

Por último, y precisamente respecto de la validez legal del ACUERDO respecto de algunos factores fundamentales de regulación de la prueba pericial, nos inclinamos a considerar que deberá ser la ley, y no un acuerdo administrativo secundario, quien determine con

32 Novena Época, Registro No. 170349, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVII, Febrero de 2008, Página: 530.

toda precisión los efectos derivados del ofrecimiento y exhibición de una probanza sin cumplir los requisitos de procedencia correspondientes, así como fijar los mismos.

## 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.
- 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.



# La digitalización procedimental como imperativo hito tecnológico y normativo de la modernización de la justicia

JOSÉ MANUEL RAMÍREZ SINEIRO

Dr. en Derecho

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Tcol. Auditor (D.I.) de la Armada (S.E.)

Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña

42 Regap

Regap

ESTUDIOS Y NOTAS

**Resumen:** *La digitalización es la piedra de base sobre la que se debería haber acometido la reforma material de los Órganos jurisdiccionales de la Administración de Justicia de España y, en particular, de sus correspondientes oficinas judiciales, ya que semejante pauta de innovación tecnológica no consiste solamente en el masivo “escaneado” del soporte documental contenido en los archivos judiciales sino en contar también con buscadores avanzados de segunda generación que permitan la búsqueda instantánea e interconectada de la dispersa información obrante no sólo en los Juzgados y Tribunales sino en las diferentes Administraciones Públicas (Ministerios de Justicia; Interior; Hacienda, etc..), tanto mediante pautas de rastreo de texto como de imágenes*

*Sin embargo, la reforma emprendida en España parece haber nacido corta de alas en la medida en que originalmente la digitalización se entendió como una mera técnica inherente al mejor tratamiento de los archivos judiciales y, en particular, a obtener un imprescindible ahorro de espacio físico en sus atestados locales, prescindiéndose de su dimensión más trascendente y relativa a la posibilidad de asociar a dicha innovación tecnológica “buscadores-araña” que posibilitasen la búsqueda instantánea, simultánea e interconectada de información en múltiples archivos contenidos incluso dentro o fuera de la Administración de Justicia.*

*Cuando en ocasiones las disfunciones materiales y procedimentales inherentes a las actuaciones judiciales se transforman en flagrante injusticia -tal como se ha puesto de manifiesto y por desgracia en España de forma reiterada en casos que todos tenemos presentes-, plasmada en la expresión retardo estructural, resulta tan urgente como imprescindible abordar la imperativa implantación de la digitalización procedimental integral e interactiva de nuestros Juzgados y Tribunales 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 procedimental 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.*

*La digitalización procedimental integral y generalizada constituye pues tanto el cauce como el requisito técnico-ofimático imprescindible para sacar a los Órganos judiciales de sus endémicos marasmos y descontrol procedimentales así como para obviar la obsolescencia tecnológica que padecen y la esterilidad de ímprobos y denodados esfuerzos profesionales y aún personales -a menudo desconocidos y a veces ignorados-, de Jueces, Magistrados y Fiscales; de Secretarios Judiciales y del correspondiente personal funcional auxiliar que mayoritariamente cumple su cometi-*



do con el único afán de defender la legalidad y a los ciudadanos sin más recompensa que un sueldo paradójica pero neta y temporalmente decreciente.

**Palabras clave:** digitalización, “escaneado”, “buscadores avanzados”, “buscadores araña”, retardo estructural, digitalización procedimental e interactiva, digitalización procedimental y generalizada.

**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 is lack a coherent and widespread plan in order to implement the integral, procedimental 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.- Introducción. II.- La digitalización procedimental integral y la modernización judicial estructural de los Juzgados y Tribunales. III.- La digitalización procedimental a la luz de una próxima experiencia comparada: el caso de Portugal. IV.- La implantación de buscadores de segunda generación como corolario de la digitalización y modernización judicial. V.- La digitalización a la luz de la vigencia de la Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. VI.- Conclusión: a Implantación de la digitalización procedimental como obligado hito normativo de la modernización de la Justicia.

## I Introducción

El núcleo de la labor judicial plasmada en el normalizado dictado de resoluciones judiciales decisorias o interlocutorias requiere como presupuesto previo la existencia de un conjunto coordinado de medios materiales y humanos residenciados en las distintas Oficinas judiciales que asegure material e inexcusablemente el normal y acelerado desarrollo del proceso en cualquier Orden jurisdiccional, de forma que se cumpla el imperativo de una justicia a tiempo y sin dilaciones de ningún género.

Sin embargo, la realidad cotidiana de las Oficinas judiciales -al menos tal como acaece actualmente en España-, no responde materialmente hasta la fecha a semejantes parámetros de normalizada eficacia, siendo a menudo obvio que sus recursos materiales y humanos no funcionan homogéneamente con aquel cometido resolutor propio del titular judicial y que semejante descoordinación propicia la aparición de múltiples disfunciones procesales siempre presididas por sendos endémicos males: el descontrol procedimental primero y el retardo jurisdiccional después.

Resulta pues imprescindible dotar de inmediato a los diferentes Órganos judiciales unipersonales y colegiados de un instrumento informatizado de gestión y control avanzados que permita a los responsables de su normalizado funcionamiento cotidiano conocer con exactitud, fiabilidad y sencillez el pormenorizado estado tramitacional de todos los procesos a su cargo a fin de asegurar su mejor desarrollo procesal, sin perjuicio de resultar igualmente plausible que se posibilitase además que su contenido pudiese ser puesto íntegramente y de modo instantáneo en poder de aquellas superiores Instancias judiciales o gubernativo-jurisdiccionales competentes al efecto.

Parecería igualmente plausible que semejante instrumento de control no sobrecargase el abrumador trabajo tramitacional diario de los diferentes Órganos judiciales unipersonales y colegiados –tal como desde luego ha ocurrido en España hasta la fecha en cuanto la implantación de sucesivos y costosos programas informáticos en el ámbito judicial parece más orientada a la obtención de un control estadístico superior y ajeno que a lograr la mejor y más eficaz gestión procesal cotidiana-, sino que como primordial premisa facilite y potencie el habitual funcionamiento de Juzgados y Tribunales.

La integrada utilización de una interfaz visual agradable al usuario y de fácil y general manejo aún para aquel personal auxiliar huérfano de mayores conocimientos informáticos resulta sin duda extremo tan imprescindible como el combinado empleo de un procesador de textos interactivo y de una avanzada base de datos, adicionándose todo ello al normalizado acceso a los novedosos soportes documentales aptos tanto para la utilización de buscadores de última generación como para su masivo e instantáneo envío vía “e-mail” a través de INTERNET o de aquellas eventuales INTRANET’s judiciales o corporativo-institucionales que pudieran generalizarse en el futuro.

Así, existe una pauta tecnológica –la digitalización-, que no sólo sirve de base sino que asume y aún centra el acelerado proceso de innovación informática, telemática y ofimática en el que se encuentra inmersa la sociedad contemporánea y cuya integral asunción por la Administración de Justicia permitiría obtener su inmediata equiparación a los normalizados y aún más avanzados parámetros tecnológicos en la materia.

## II La digitalización procedimental integral y la modernización judicial estructural de los Juzgados y Tribunales

La digitalización supone pues la conversión masiva e individualizada de los procedimientos judiciales en soportes digitales de imágenes inalterables y permitiría no sólo la normalizada integración de toda clase de innovaciones y soportes gráficos y audiovisuales sino que sobre todo supondría abrir de una vez el ámbito de la Administración de Justicia a la catarata de adelantos tecnológicos que caracterizan a la sociedad actual y a su futuro inmediato.

En suma, la digitalización no sólo constituye un novedoso factor tecnológico ahorrador de espacio físico en los correspondientes edificios judiciales –a cuya connotación paradójicamente se había reducido la misma en España mediante el Real Decreto núm. 937/03, de 18 de Julio, de modernización de los archivos judiciales-, sino que bien por contra asume y aún centra el acelerado proceso de innovación informática, telemática y ofimática en el que se encuentra inmersa la sociedad contemporánea y cuya integral asunción por la



Administración de Justicia le permitiría alcanzar aquellas pautas de eficacia y control procedimentales anheladas por todos.

La implantación de procedimientos de masiva gestión documental, audiovisual y telemática en tiempo real que conlleva la digitalización integral de los diferentes procedimientos judiciales –tanto en trámite como archivados-, conlleva pues la aparición de Órganos judiciales digitalizados e interactivos en los que no sólo podrían visualizarse, imprimirse y reproducirse todas las resoluciones judiciales consideradas “stricto sensu” –es, decir, Providencias; Autos y Sentencias-, sino inclusive el resto de las actuaciones –el acervo probatorio y las diligencias-, además de aquellas otras documentales –demanda; contestaciones; alegaciones y escritos varios-, aportadas por las correspondientes Contrapartes o por cualesquiera Organismos públicos y privados y cualquiera que fuese su soporte (papel; imágenes; archivos informáticos; etc...).

La digitalización integral de los diferentes Órganos judiciales es el presupuesto necesario de cualquier pauta de efectiva modernización judicial estructural de la Administración de Justicia que permitiría entre otros extremos y en un plazo inmediato:

a) Erradicar o descontrol procedimental 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) La interrelación y comunicación telemático-digital entre las diversas Instancias y Órganos judiciales así como con las demás Administraciones Públicas de carácter territorial o institucional.

c) La reducción sustancial de la duración de los distintos procesos al permitir en su caso la inmediata y masiva notificación telemático-digital vía “e-mail” de las correspondientes resoluciones judiciales a las Contrapartes personadas públicas y privadas.

d) El inmediato acceso a buzones judiciales digitales vía “e-mail” de las diferentes Contrapartes públicas y privadas; de los colectivos de Letrados y Procuradores y aún de los ciudadanos en general.

e) La introducción de buscadores lineales y aún transversales de última generación no sólo de carácter generalizado en la Administración de Justicia sino inclusive singularizadamente adaptados a cada Orden jurisdiccional y aún a cada Órgano judicial colegiado o unipersonal que permitirían la obtención de precisos parámetros en tiempo real de la ingente masa de información –desde identidades a las sucesivas vicisitudes procedimentales o aún catálogos de historiales personales, etc.-, contenida en aquellos múltiples e interconectables archivos judiciales previamente digitalizados.

La digitalización debería permitir además la consecución de Órganos judiciales controlados, transparentes e interrelacionados a un coste unitario que no debería superar una media de DIECIOCHO MIL (18.000) EUROS por Organo judicial unipersonal o Sección de Órgano jurisdiccional de carácter colegiado que posibilitaría no sólo economizar gastos corrientes como teléfono; correo postal o papel sino que además haría dar a la Administración de Justicia un salto cualitativo-temporal que la haría servir de locomotora modernizadora del resto de las Administraciones Públicas y aún del Sector privado.

Fracasadas pero aún contemporáneas experiencias de modernización tecnológica realizadas en España en sus diferentes Órganos judiciales –que llevaron inclusive a la dilapidación de cantidades millonarias por diversas Administraciones Públicas–, aconsejarían la efectiva aplicación al respecto de una máxima por demás de mero sentido común: no implantar nada de forma generalizada que no haya sido previa y oportunamente experimentado antes en tiempo real y hasta la saciedad en la Administración de Justicia a satisfacción de sus correspondientes usuarios.

Semejantes extremos posibilitarían que los titulares judiciales –a quienes se les hace siempre responsables de sus correspondientes Órganos judiciales–,<sup>1</sup> contasen con un equipamiento tecnológico punta; de fácil manejo y coste asumible; capaz de devorar los innumerables vacíos temporal-tramitacionales existentes en el curso de los diversos procesos judiciales; susceptible de controlar y aún de prevenir toda clase de disfunciones procedimentales y de afrontar el endémico retraso de la Administración de Justicia.

Todo ello sería pues el haz de un soporte ofimático de cotidiano y común empleo en los diferentes Órganos judiciales o unipersonales –en particular, por sus diferentes titulares judiciales a fin de que los mismos tuviesen efectiva posibilidad material de desempeñar la superior inspección que a la postre siempre inexcusablemente se les demanda–, sin perjuicio de que el envés de igual aplicación y equipamiento ofimáticos hiciese también posible utilizar al Servicio de Inspección de Juzgados y Tribunales a cargo del Consejo General del Poder Judicial como activo elemento de prevención de toda clase de anomalías y como eficaz revisor a posteriori de las irreversibles incidencias judiciales ocasionalmente acaecidas.<sup>2</sup>

Se ha de subrayar asimismo que la efectiva implantación material de semejante equipamiento ofimático susceptible de cotidiana, común y ambivalente utilización por la Inspección de Juzgados y Tribunales y por los diferentes titulares de los Órganos judiciales unipersonales o colegiados a fin del mejor y más efectivo control procedimental y resolutor, precisamente basado en la previa e integral digitalización del contenido de las actuaciones judiciales, supondría introducir un patente factor de homogeneidad y normalización informáticas en el caótico panorama actual irreversiblemente segmentado ya entre el Ministerio de Justicia y las diferentes Comunidades Autónomas con competencias transferidas al respecto.<sup>3</sup>

1 Mientras la reforma operada por la L.O. núm. 19/03, de 23 de Diciembre, de modificación de la L.O. núm. 6/85, de 1 de Julio, del Poder Judicial, ajeniza paradójica, funcional y materialmente la efectiva dirección de los diferentes Órganos judiciales a los Jueces y Magistrados, el Art. 165 “ab initio” de la vigente redacción de dicha L.O. núm. 6/85, de 1 de Julio, mantiene la atribución a los correspondientes titulares judiciales de una “superior dirección” al respecto no sólo vacía de todo efectivo contenido sino inclusive susceptible de generar eventuales resultas disciplinarias, conforme al sancionador tenor de los Arts. 417,9; 418,11; 419,3 y 420 de igual Norma legal que a la postre resultan inclusive pública y mediáticamente exigidos aún bajo pautas de carácter primordialmente objetivo, sin perjuicio de que aquella otra Ley núm. 15/03, de 25 de Mayo, reguladora de las retribuciones de la carrera judicial, les responsabilice inclusive en un plano retributivo aún de la falta de efectividad jurisdiccional derivada de cualesquiera disfunciones procedimentales a cuyo origen o etiología pueden ser desde luego por completo ajenos.

2 El inicial propósito de la Vicepresidencia del Consejo General del Poder Judicial pareció abundar desde luego en semejante pauta organizativa no sólo por haberse instituido allí una Comisión de Modernización e Informática Judicial sino inclusive porque Fernando de Rosa Torner –que a la sazón la preside–, ha significado que “una Inspección nunca debe actuar a posteriori, cuando ya ha ocurrido un caso... Debemos plantear una actuación preventiva para no tener que realizar una actuación represiva...”, por lo que “desde mi responsabilidad como Vicepresidente del Consejo voy a instar a que exista una Inspección preventiva, muy pegada al territorio y que no funcione de forma burocratizada...”. Cit. Colli, Nieves-Villanueva, Nati: “Este será el CGPJ de las autonomías, pero como un Órgano único para toda España”. “ABC”, 04.10.08, p.17. Sin embargo, se ha de subrayar que hasta la fecha faltan tanto el “software” como el conjunto de utilidades ofimáticas que hagan materialmente posible semejante plausible propósito.

3 Para una precisa aproximación periódica a semejante situación, Reventós, Laia: “La Justicia se ahoga en islotes”. “EL PAIS”, 23.12.08, Pp. 36 y 37.



Sería pues plausible que el Consejo General del Poder Judicial implantase a nivel estatal, en ejercicio de sus exclusivas competencias al respecto<sup>4</sup> y desde luego siempre en paralelo a los sistemas ofimáticos actuales auspiciados por el Ministerio de Justicia y diferentes Comunidades Autónomas –sin que por ende nadie viese invadidos sus insólitos privilegios competenciales legal y reglamentariamente conferidos,<sup>5</sup> un singularizado equipamiento ofimático precisamente dirigido al normalizado ejercicio del control procedimental tanto de carácter inmediato a cargo de Jueces y Magistrados –que siempre se les reclama con arreglo a aquellas potestades judiciales englobadas bajo sus superiores facultades de “dirección e inspección de todos los asuntos”, establecidas por el Art. 165 de la L.O. núm. 6/85, de 1 de

4 Mientras el Art. 230,1 y 2 de la L.O. núm. 6/85, de 1 de Julio, del Poder Judicial, establece tanto que “los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus fines, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la L.O. núm. 5/92, de 29 de Octubre –aunque hay que subrayar que semejante referencia normativa está ya notoriamente obsoleta al estar derogada dicha Norma legal por aquella otra ulterior y ahora vigente L.O. núm. 15/99, de 13 de Diciembre, de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal-, y demás leyes que resulten de aplicación”, como que “los documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte, gozan de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales”, el aptdo. 5 “in fine” de igual precepto de semejante Norma legal prevé también que “los programas y aplicaciones informáticas que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser previamente aprobados por el Consejo General del Poder Judicial que garantizará su compatibilidad”, sin perjuicio de que “los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser compatibles entre sí para facilitar su comunicación e integración en los términos que determine el Consejo General del Poder Judicial”. Así, resulta del todo punto patente que conforme a los Arts. 107,3 y 110,2 m) y r) de dicha L.O. núm. 6/85, de 1 de Julio, el Consejo General del Poder Judicial tendrá competencias –entre otras materias-, acerca de “la inspección de Juzgados y Tribunales”, así como que, además, “en el ámbito de su competencia y con subordinación a las leyes, podrá dictar reglamentos de desarrollo de esta Ley para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar. Estos reglamentos podrán regular condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes que conforman el estatuto judicial sin innovar aquéllos ni alterar éste en su conjunto. Podrán aprobarse en los casos en que sean necesarios para la ejecución o aplicación de esta Ley, en aquellos casos en que así se prevea en esta u otra Ley y, especialmente –entre un amplio catálogo-, en las siguientes materias: m) Inspección de Juzgados y Tribunales... r) Sistemas de racionalización, organización y medición del trabajo que se estimen convenientes con los que determinar la carga de trabajo que puede soportar un Órgano jurisdiccional...”. Por ello, el Art. 98,1 del Reglamento núm. 1/05, de 15 de Septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, prevé que “la aprobación de los programas y aplicaciones informáticas previstos en el artículo 230,5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial corresponde al Pleno del Consejo del Poder Judicial, a propuesta de la Comisión de Informática Judicial. En los mismos términos, le compete establecer las características que han de reunir los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia”, sin perjuicio de que semejantes pautas resulten a la postre vacías de efectivo contenido material ulterior en la medida en que su efectiva puesta en práctica corre paradójicamente a cargo de tercer personal –los Secretarios judiciales-, por completo ajeno jerárquica y funcionalmente a dicho Órgano de gobierno del Poder Judicial al depender de terceras Instancias integradas en el Ministerio de Justicia o aún en los correspondientes Departamentos autonómicos con competencias transferidas en la materia. En cualquier caso, el Art. 3 del Reglamento núm. 2/10, de 25 de Febrero, sobre criterios generales de homogeneización de las actuaciones de los Servicios comunes procesales, señala tanto que “la dirección y gestión de los servicios comunes en sus aspectos técnico-procesales, corresponde al Secretario Judicial Director que esté al frente de los mismos”, como que “a este respecto, los Secretarios Coordinadores Provinciales al redactar los Protocolos y los Secretarios de Gobierno al aprobarlos, velarán por el cumplimiento de los criterios de homogeneización aprobados por el Consejo General del Poder Judicial y contenidos en este Reglamento. Igualmente los referidos Protocolos deberán respetar el diseño, organización y funciones asignados por la Administración Pública competente para la creación del servicio común procesal. Con carácter general, el Secretario Judicial que dirija un servicio común responderá del estricto cumplimiento de cuantas actuaciones le encomienden los Jueces o Tribunales en el ejercicio de sus competencias, así como de aquéllas derivadas de otras funciones atribuidas al servicio común conforme a la normativa que las regule”. En cualquier caso, el Art. 4 “ab initio” de igual Reglamento núm. 2/10, de 25 de Febrero, prescribe también que “las distintas aplicaciones de gestión procesal instaladas en los servicios comunes contarán con sistemas que permitan al Órgano que hubiere encomendado la práctica de alguna diligencia –de carácter judicial hay ahora que recordar-, conocer en todo momento el estado de tramitación de las diligencias interesadas, cuidando en todo momento el Secretario-Director del servicio de que la información esté debidamente actualizada y sea completa”.

5 El Art. 102,1 y 2 “ab initio” de dicho Reglamento núm. 1/05, de 15 de Septiembre, prevé que “los sistemas informáticos puestos al servicio de la Administración de Justicia deberán observar el grado de compatibilidad necesario para su recíproca comunicación e integración. Corresponde al Pleno del Consejo General del Poder Judicial, a propuesta de la Comisión de Informática Judicial y previo informe de las Administraciones Públicas encargadas de la gestión y mantenimiento de los sistemas, determinar los elementos que han de reunir para cumplir las exigencias de compatibilidad”, así como que “los programas y aplicaciones informáticos puestos al servicio de la Administración de Justicia, una vez que hayan obtenido la aprobación del Consejo General del Poder Judicial en los términos del Art. 230,5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, serán de uso obligatorio en el desarrollo de la actividad de la Oficina Judicial conforme a los criterios e instrucciones de uso que dicten, en el ámbito de sus competencias, el Consejo General del Poder Judicial y las Administraciones competentes en la dotación de medios materiales”, sin perjuicio de que los apartados 3 y 4 de igual precepto de dicho Acuerdo reglamentario establezcan, por un lado, que “las Administraciones Públicas competentes en la dotación de medios materiales velarán por el mantenimiento de un nivel óptimo de seguridad en la gestión de los sistemas de información e infraestructuras tecnológicas puestos al servicio de la Administración de Justicia”; por otro, que “los programas y aplicaciones informáticos incorporarán un acervo documental para favorecer la homogeneización formal de las diligencias de ordenación y resoluciones judiciales de mero trámite cuyo uso se fomentará, dentro del más estricto respeto a la independencia judicial. Dicho acervo documental será aprobado por la correspondiente Sala de Gobierno en coordinación, en su caso, con la Comisión Mixta integrada por representantes de la Sala de Gobierno y de la Administración competente en materia de medios materiales al servicio de la Administración de Justicia, sin perjuicio del contenido de los Protocolos de Actuación Procesal contemplados en el Art. 8 del Real Decreto núm. 1608/05, de 30 de Diciembre, por el que se aprobó el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales”, apuntándose por último en su apartado 5 que “las aplicaciones de gestión procesal contemplarán, en todo caso, como una de sus funcionalidades, la elección de la interfaz de usuario en las lenguas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas”.

Julio, del Poder Judicial-, como aún de modo remoto y como factor preventivo de toda clase de disfunciones tramitacionales y resolutorias por el Servicio de Inspección del Poder Judicial.

### III La digitalización procedimental a la luz de una experiencia comparada próxima: el caso de Portugal

La experiencia comparada en la materia -llevada a cabo desde luego con encomiables pautas de sencillez y fiabilidad ofimáticas generalizadas-, supone un patente ejemplo de cómo abordar una reforma normativa prestando atención y solucionando desde luego los cotidianos problemas tramitacionales que determinan en cualquier caso su éxito o fracaso, sin que desde luego haya que acudir a lejana pauta alguna de experiencia -como podría desde luego ser la propia de los Estados Unidos donde ya llevan prácticamente tres lustros de historia al respecto-, cuando existen ya otras harto próximas y propias de un universo jurídico más cercano.

Así, el sistema informático digitalizado integrado de los Tribunales Administrativos y Fiscales de Portugal -conocido como SITAF y que da soporte ofimático al sector jurisdiccional que en España equivale al Orden jurisdiccional contencioso-administrativo-, soporta sin descontrol o caos tramitacional la hipercontenciosidad del Orden judicial administrativo portugués derivada de la práctica supresión de límites previos para acceder al mismo, al no ser siquiera preciso como elemento condicionante al respecto el agotamiento de la inicial y previa vía administrativa.

A diferencia de lo que acaeció en España con la reforma operada por la Ley núm. 29/98, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que desde luego entró en vigor hace ahora ya más de diez años sin ser acompañada de efectivo soporte ofimático avanzado alguno -hasta el punto de que aquellos sistemas informáticos pretendidamente novedosos conocidos como "LIBRA" o "MINERVA" no se implantaron en los correspondientes Organos judiciales unipersonales o colegiados de dicho referido Orden jurisdiccional sino hasta varios años después y desde luego desprovistos de posibilidad alguna de digitalización-, en Portugal se abordó la reforma de su Jurisdicción Administrativa haciendo del correspondiente soporte ofimático y de la efectiva asunción de las técnicas de digitalización sus sendas piedras basales.

La propia Exposición de Motivos del Decreto-Ley portugués núm. 325/03, de 29 de Diciembre, apunta ya sin ambages que "se trata de dar respuesta a las cuestiones derivadas de la implantación de los Tribunales Administrativos de Círculo y de los Tribunales Tributarios recientemente establecidos -entre otros extremos-, en lo que atañe a su nuevo sistema informático..., que permitirá asegurar una tramitación esencialmente informática de los procesos".

Por consiguiente, dicho referido Decreto-Ley portugués núm. 325/03, de 29 de Diciembre, incluye precisamente en su Capítulo II -relativo a la organización y funcionamiento de los Tribunales de la Jurisdicción Administrativa y Fiscal-,<sup>6</sup> las correspondientes pautas de trami-

<sup>6</sup> Pese a su denominación, no se trata de una Jurisdicción Administrativa en el añejo sentido tradicional tal como la concebimos en España -donde bajo ese nombre se designa al conjunto de Organos administrativos dependientes de las Administraciones Públicas que dictan resoluciones administrativas de carácter genérico o aún singularizado (tal como desde luego acaece a título ejemplificativo con los Tribunales Económico-Administrativos o con el novedoso Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales)-, sino de una Jurisdicción plena integrada por Organos judiciales y dirigida a la efectiva tutela judicial de la correspondiente actuación administrativa. Su cúpula se compone del Supremo Tribunal Administrativo, con sede en Lisboa, así como por sendos Tribunales Centrales Administrativos Norte y Sur, con respectiva sede en Oporto y Lisboa, de los que respectivamente dependen en el primer caso aquellos Tribunales Administrativos de Círculo y Fiscales residenciados en Braga, Coimbra, Mirandela, Peñafiel, Oporto y Viseu -aunque está prevista una reforma de esta última demarcación territorial que sería dividida y que determinará la previsible radicación de una nueva sede en Aveiro-, mientras que en el segundo las sedes de dichos referidos Organos jurisdiccionales periféricos se hallan radicadas en Almada, Beja, Castelo Branco, Funchal (Madeira), Leiria, Lisboa, Loulé, Lourés, Ponta Delgada (Azores), y Sintra. Entraron en vigor mediante la sucesiva promulgación de la Ley núm. 13/2002, de 19 de Febrero; de la Ley núm. 4-A/2003, de 19 de Febrero, así como de aquella otra Ley núm. 107-D/2003, de 31 de Diciembre, donde se regula su correspondiente Estatuto así como su estructura orgánica y demarcación territorial. En suma, sus competencias y estructura se cohesionarían en el Ordenamiento jurídico español con el ámbito de aplicación de la Ley núm. 29/98, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.



tación procesal, prestando además especial y singularizada atención a los hitos ofimáticos precisos para la efectiva aplicación de las correspondientes técnicas de digitalización como soporte condicionante de las diferentes actuaciones tramitacionales.

Mientras el apartado 1 del Art. 4 de dicho Decreto-Ley portugués núm. 325/03, de 29 de Diciembre, establece que “la tramitación de los procesos en los Tribunales de la Jurisdicción Administrativa y Fiscal será efectuada informáticamente, debiendo de ser las normas procesales relativas a los actos de los Magistrados y de las Secretarías judiciales objeto de las adaptaciones prácticas que se revelen necesarias”, su apartado 2 prevé el correo electrónico como habitual pauta tecnológica normalizada de comunicación con las correspondientes Contrapartes siempre que la misma sea prevista por la correspondiente normativa procesal.

En cualquier caso, el apartado 3 del Art. 4 de semejante Decreto-Ley portugués núm. 325/03, de 29 de Diciembre, prevé precisamente como soporte material de todo ello que a tal fin los documentos presentados por las Partes en soporte papel sean digitalizados por la Secretaría judicial -o por el personal funcional auxiliar dependiente de la misma según desde luego natural y cotidianamente acaee-, en los casos y términos a desarrollar pormenorizada y reglamentariamente por el Ministerio de Justicia de Portugal.

Se establece también por el apartado 4 del Art. 4 de igual Norma legal portuguesa que semejantes documentos susceptibles de ser digitalizados puedan ser aportados -al Órgano judicial correspondiente-, mediante correo electrónico o cualquier otro medio de transmisión electrónica de datos, pudiendo desde luego ser dispensadas las correspondientes Contrapartes de remitir al Tribunal el soporte en papel y sus copias -previéndose además el ulterior desarrollo reglamentario de semejantes extremos-, sin perjuicio de que se preserve en su apartado <sup>5</sup> la eventual discrecionalidad judicial conforme a la normativa procesal portuguesa relativa a sus superiores facultades de exigir la eventual aportación -parecería mejor aludir a la exhibición-, de los correspondientes soportes documentales originales a las Partes personadas previamente a su digitalización a fin de su incorporación material al correspondiente proceso.

Mientras en España las correspondientes aplicaciones informáticas se desarrollaron y se implantaron unilateralmente por el Ministerio de Justicia o por las correspondientes Comunidades Autónomas con competencias transferidas en la materia sin ajustarse a la previa promulgación de soporte normativo-reglamentario alguno de alcance general<sup>7</sup> se ha de destacar que en Portugal se desarrolló reglamentaria y pormenorizadamente aquel referido Art. 4 de dicho Decreto-Ley portugués núm. 325/03, de 29 de Diciembre, mediante

<sup>7</sup> Las previsiones normativas establecidas al respecto en España se caracterizan por la adopción de pautas tecnológicas abiertas en lo que atañe a la realización de las comunicaciones procesales -tal como prevén tanto el Art. 230 de la vigente redacción de la L.O. núm. 6/85, de 1 de Julio, del Poder Judicial, como los Arts. 135,5 y 162 de aquella otra Ley núm. 1/00, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil-, siempre que se asegure el cumplimiento de las normas procesales al respecto amén de los principios de confidencialidad, privacidad y seguridad de los correspondientes datos ofimáticos, en relación con la observancia asimismo del contenido tanto de aquella otra L.O. núm. 15/99, de 13 de Diciembre, de protección de datos de carácter personal, como del Real Decreto núm. 994/99, de 11 de Junio, por el que se aprobó el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal. Sin embargo, fuera del desarrollo reglamentario por parte del Consejo General del Poder Judicial de singularizadas potestades discrecionales dirigidas a asegurar la compatibilidad -a menudo dificultosa sino imposible por completo-, entre los diferentes sistemas informáticos implantados por el Ministerio de Justicia y las diferentes Comunidades Autónomas -lo que se plasma tanto en el Art. 230,5 “in fine” de aquella L.O. núm. 6/85, de 1 de Julio, como en los Arts. 86 a 97 del Reglamento núm. 1/95, de 15 de Septiembre, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial y relativo a los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, así como en el Anexo I de aquel otro Acuerdo de fecha 20 de Septiembre del 2006 de igual Órgano plenario del Poder Judicial y relativo a la creación de ficheros de datos de carácter personal dependientes de los Órganos judiciales-, se ha omitido harto paradójicamente y hasta fechas harto recientes -como más adelante pormenorizadamente se aludirá-, prescribir tanto la obligatoriedad de la digitalización integral de las actuaciones judiciales como establecer pautas de mantenimiento de los correspondientes ficheros ofimáticos al respecto que hasta la fecha puedan ser potestativamente aportados al proceso por las correspondientes Contrapartes personadas.

el Decreto núm. 1417/03, de 30 de Diciembre, a fin de regular los aspectos específicos de aplicación del Sistema Informático de los Tribunales Administrativos y Fiscales (SITAF), de Portugal, cohonestándose además todo ello con la vigencia a partir del día 1 de Enero del 2004 de la correspondiente reforma de la Jurisdicción Administrativa y Fiscal portuguesa, de modo que se reglaron tanto la presentación mediante vía electrónica del soporte documental correspondiente como su tramitación informática y su obligado y cotidiano tratamiento digitalizado.

Se implantaron pues a fin de la admisión normalizada de documentos por vía electrónica determinados estándares -siendo paradójico en cualquier caso que se impusiese al respecto el formato TIFF y no el más versátil y generalizado PDF-, estableciéndose además una dirección "e' mail" general y centralizada, así como la necesidad -por otra parte obvia-, de que el correspondiente remitente contase con firma electrónica avanzada, dispensándosele en suma de aportar copias en soporte papel a aquella Contraparte que presentase al correspondiente Tribunal sus documentos mediante vía electrónica, salvo que se tratase de soportes documentales que conllevasen un volumen superior a las *cien (100) páginas*.

Se prevé pues por los Arts. 2, 3 y 4 de dicho referido Decreto portugués núm. 1417/03, de 30 de Diciembre, la inicial y preceptiva obligación genérica de digitalización de todo el soporte documental presentado en los correspondientes procesos de su Jurisdicción Administrativa y Fiscal, de modo que por un lado se establece el directo almacenamiento de aquellos documentos remitidos mediante vía electrónica en aquellos normalizados archivos ofimáticos antes reseñados, mientras que por otro se prescribe también la obligada digitalización de aquellos otros soportes documentales en papel pormenorizadamente aportados en cada caso por las correspondientes Contrapartes, por la Secretaria judicial o -se debe desde luego de sobreentender-, por el personal auxiliar de la Administración de Justicia dependiente de la misma.

Pese a establecerse semejante pauta genérica de digitalización generalizada de todo el soporte documental de la tramitación procesal inherente a la Jurisdicción Administrativa y Fiscal portuguesa, se prevé asimismo la discrecional opción por parte de la titular de la Secretaría del correspondiente Órgano judicial de omitir semejante digitalización en los siguientes supuestos: a) Cuando exceda de *quinientas (500) páginas* el soporte documental en papel; b) Cuando el soporte documental en papel hubiese sido aportado en formato superior al A-4; y c) Cuando el soporte físico del documento aportado no sea en papel o cuando el mismo lo sea, en suma, en documento de características que dificulte su efectiva digitalización.

En cualquier caso, el imperativo establecimiento de dicha generalizada obligación de almacenamiento en archivos digitalizados de todo el contenido de los correspondientes procesos<sup>8</sup> administrativos y fiscales en Portugal no empeece para que se establezcan eventuales

8 Residía pues en dicho extremo la capital diferencia entre las previsiones normativas de España y Portugal. Mientras en Portugal se ha establecido la digitalización como obligada pauta habitual de archivo, almacenamiento y control procedimental-ofimático de las correspondientes actuaciones procesales y aún del proceso considerado en su conjunto -salvo singularizadas excepciones a la sazón pormenorizadamente reglamentadas-, en España se apuntó en su día tan sólo dicha técnica como mera posibilidad por el Art. 3,3 del Real Decreto núm. 937/03, de 18 de Julio, de modernización de archivos judiciales, a título de mero factor ahorrador de espacio físico en los atestados archivos judiciales, articulándose asimismo singularizadas previsiones técnicas al respecto por el punto 11 del Anexo IV) del Real Decreto núm. 84/07, de 26 de Enero, sobre implantación en la Administración de Justicia del sistema informático de telecomunicaciones LEXNET para la presentación de escritos y documentos, el traslado de copias y la realización de actos de comunicación procesal por medios telemáticos. Se produjo así la paradoja de que en España se previó la digitalización como pauta precisa pero accesoria para la comunicación procesal -ligándose inclusive a las previsiones normativas de la Ley núm. 59/03, de 19 de Diciembre, de firma electrónica-, sin que sin embargo se hubiese prescrito de modo inmediato y generalizado como imprescindible hito previo de utilizar la digitalización como obligado soporte de archivo y control ofimático del contenido y transcurso de los diferentes procesos, de modo que inclusive si se procede ocasionalmente a la digitalización total o parcial de su contenido se prescinda luego por completo de sus datos ofimáticos como capital pauta de control procedimental en los diferentes Órganos judiciales.



salvaguardas conservativas relativas a la guarda del correspondiente soporte-papel por la titular de la Secretaría correspondiente de los diferentes Órganos judiciales en aquellos casos en que -debido sin duda a las características o a la propia deficiente calidad del documento original-, la digitalización resulte dificultosa, previéndose entonces su archivo y consulta en lugar adecuado del Tribunal Administrativo y Fiscal portugués del que en cada caso se trate.

Por último -como no podía ser de otra manera-, se prevé también que los documentos procesales emanados de los correspondientes titulares judiciales o de las Secretarías se puedan incorporar al soporte electrónico-ofimático de los procesos administrativos siempre que cuenten con firma electrónica avanzada, sin que desde luego exista previsión normativa alguna -aunque nada empiece desde luego-, a que dichos documentos producidos "ad intra" del correspondiente proceso por aquellos Órganos judiciales o por dicha fedataria judicial puedan ser en su caso asimismo digitalizados una vez firmados físicamente por sus autores y en régimen de tratamiento digital al menos idéntico a aquellas documentales provenientes de las diferentes Contrapartes personadas.

En suma, los Tribunales Administrativos y Fiscales de Portugal cuentan con un soporte ofimático que permite a sus usuarios -en particular, a los titulares judiciales; al personal de las correspondientes Secretarías y aún a las Representaciones legales de las Contrapartes personadas-, acceder de forma instantánea y fiable al efectivo contenido material de los diferentes procedimientos, bien de forma inmediata o aún a través de INTERNET, asegurando así la realización efectiva de pautas de control tramitacional pese a la masiva sobrecarga procedimental que actualmente lastra semejante especializado Orden judicial portugués.

Así, la digitalización asumida como cotidiana pauta técnico-ofimática por la Jurisdicción Administrativa y Fiscal portuguesa les permite desde luego a sus diferentes Autoridades judiciales y gubernativo-judiciales conocer en tiempo real y sin asomo de descontrol procedimental el pormenorizado estado en tiempo real de su singularizada situación tramitacional.

Pese al grado de su pendencia resolutoria -inherente sin duda a extremos tan paradójicos como la posibilidad de irrestricto acceso al Orden judicial administrativo portugués o el "hipergarantismo" de su vigente sistema procesal-, la decidida asunción de la digitalización como efectiva y fiable base del Sistema Informático de los Tribunales Administrativos y Fiscales (SITAF), de Portugal constituye no sólo próxima e inicial iniciativa a imitar sino seguro cimiento de todo ulterior proyecto de reforma que allí pueda abordarse.

El actual Sistema Informático de los Tribunales Administrativos y Fiscales (SITAF), de Portugal asume pues en tiempo real su cotidiana realidad tramitacional mediante la masiva digitalización procedimental integral de sus diferentes actuaciones -que transparentan además sin disimulo sus rémoras y disfunciones-, de modo que sirve de patente ejemplo del cauce tecnológico preciso para obtener una base técnico-ofimática que integre de forma efectiva y sin ningún género de exclusiones una insoslayable realidad: el proceso contenido en un único soporte digitalizado que sea fiel reflejo no sólo de su realidad documental sino inclusive de su transformación tramitacional cotidiana.

El soporte digitalizado integral de las actuaciones judiciales correspondientes a la Jurisdicción Administrativa y Fiscal de Portugal tiene sin embargo todavía pendiente de abordar -sin duda por patentes motivos presupuestarios-<sup>9</sup> tanto su extensión al resto de sus Orde-

<sup>9</sup> En cualquier caso, no parece que sea ajeno a dicha onerosidad presupuestaria el hecho de que la implantación y desarrollo ofimáticos de semejante sistema informático de digitalización del Orden judicial administrativo de Portugal haya corrido materialmente a cargo de una específica Entidad empresarial de ámbito multinacional puntera en el campo de la consultoría institucional pero que trata desde luego de rentabilizar al máximo su experiencia al respecto, al utilizar como ulterior factor añadido de rentabilidad empresarial la cautividad de los desarrollos de aquel sistema ofimático allí implantado.

nes jurisdiccionales como la integración de buscadores transversales de última generación que potencien el rendimiento procesal cotidiano de los demás Órganos judiciales lusos.

## IV La implantación de buscadores de segunda generación como corolario de la digitalización y modernización judicial

El obligado corolario en España de semejante proceso de masiva digitalización procedimental lo constituiría no sólo el establecimiento de pautas de interconectividad telemática sino sobre todo la elaboración primero y la implantación después de un catálogo de “buscadores” de última generación –extremo sobre el que deberían centrarse los diversos y aún contrapuestos esfuerzos institucionales realizados tanto por el Ministerio de Justicia como por las diferentes Comunidades Autónomas y aún por el propio Consejo General del Poder Judicial-, a fin de que a nivel general, por sectores jurisdiccionales o aún inclusive respecto a cada Órgano judicial colegiado o unipersonal se pudiese obtener en tiempo real la información necesaria tanto para el mejor control procedimental como inclusive en lo que atañe a la realización de la diaria función judicial.

Comienzan pues a implantarse ya en la actual práctica ofimática de la sociedad contemporánea buscadores de segunda generación que posibilitan el diálogo directo entre el usuario y la máquina -inclusive bajo su connotación de dicción verbal-, de modo que resulta posible la pormenorizada elaboración de perfiles o patrones de búsqueda para grupos de actuaciones -agrupadas por Ordenes jurisdiccionales; fases tramitacionales, etc.-, o aún caso por caso.

Por consiguiente, no sólo debería resultar posible en un futuro próximo en la Administración de Justicia española poder buscar interconectadamente a fin de analizar de modo tan coherente como exhaustivo el contenido de los diversos archivos digitalizados correspondientes a cada Órgano judicial unipersonal o colegiado bajo parámetros globales o relativos a cada Orden jurisdiccional -que deberían ser elaborados o al menos aprobados por el Consejo General del Poder Judicial como Órgano de gobierno de Jueces y Tribunales-, cuyo resultado arrojarase datos identificativos y tramitacionales precisos a partir de perfiles o muestras de ADN; huellas dactilares; medidas antropométricas; imágenes ópticas singularizadas y desde luego sobre cualesquiera otros meros datos identificativos -como el DNI/NIF; nombres, apodos y fechas de nacimiento; direcciones postales; lugares de trabajo o de normal concurrencia, teléfonos o direcciones telemáticas, etc.-, sino que en ciertos supuestos -sobre todo en lo que atañe al Orden penal-, semejantes extremos deberían extenderse asimismo a los archivos automatizados del resto de las Administraciones Públicas.

Semejante informática judicial integrada imprescindible para la eficacia de la Administración de Justicia debería permitir, también en tiempo real y mediante lenguaje máquina-máquina o aún en diálogo hombre-máquina, la pormenorizada respuesta a los interrogantes dejados sin cobertura por aquellos perfiles de búsqueda generales antes aludidos, de modo que las respuestas precisas para la agilización procedimental y el mejor desarrollo del cometido jurisdiccional fluyesen a través de los diversos sistemas ofimáticos a partir de una premisa global: la existencia de múltiples archivos judiciales previa e íntegramente digitalizados y diariamente actualizados debido a una cotidiana realidad procedimental siempre sujeta a mutación.



La informática judicial tendría pues que estar primordialmente al servicio de la labor jurisdiccional y no desde luego al revés -como actualmente acaece-, en la medida en que los diversos sistemas ofimáticos implantados en la Administración de Justicia responden a prioridades diversas pero siempre harto diferentes de dicho extremo, al estar dirigidas a la obtención de parámetros estadísticos a menudo vacuos y que en modo alguno contribuyen a agilizar la abrumadora realidad tramitacional diaria de las actuaciones judiciales que atenaza a nuestros Juzgados y Tribunales.

En cualquier caso, para que las cosas funcionen y se hagan posibles los anhelos personales y las ilusiones colectivas de una Justicia eficaz y mejorable cada día, resulta ineludible implantar en la misma soluciones prácticas que respondan a las prosaicas necesidades de la realidad cotidiana, de modo que -afirmábamos recientemente-, "la digitalización integral de sus Órganos judiciales constituye obligado hito tecnológico del todo punto imprescindible".<sup>10</sup>

Pese a la obviedad de que "sólo cuando se implante el expediente judicial electrónico en todos los Órganos -incluida la Fiscalía-, será posible la tramitación del procedimiento desde su inicio hasta su archivo en formato digital",<sup>11</sup> las reticencias y reparos hacia la digitalización procedimental como ineludible presupuesto tecnológico de la modernización de la Administración de Justicia parecieron arraigar incluso entre las superiores Instancias ministeriales.

Se aludió así como factor de exclusión de la digitalización procedimental integral de los Juzgados y Tribunales a pretendidas complejidades tramitacionales cotidianas, al haberse afirmado precisamente por el en su día Secretario General de Modernización y Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Justicia Julio Martínez Meroño que, entonces, "tendríamos que escanear y digitalizar todos los papeles que entrasen y -ello-, sería materialmente imposible".<sup>12</sup>

Semejante afirmación de dicha otrora alta Autoridad ministerial equivalía pues a la postura de un responsable bancario o empresarial que so capa de la complejidad de inventariar sus activos patrimoniales se negase a conocer el exacto contenido y clasificación de los mismos, su cuantificación diaria y cotidiana evolución, de modo que no sólo se abocaría a la correspondiente Entidad crediticia o comercial a riesgos insospechados y prácticas inaceptables en un sistema de control y auditoría financiera serio sino que, con toda seguridad, habría que proceder a su inmediata intervención -lo que insólitamente ya ha ocurrido como inclusive refleja la cruda realidad financiera española-, a fin de conjurar tanto la previsible aparición de toda clase de disfunciones y desmanes contables como su ulterior e irreversible quiebra institucional.

En realidad, la implantación de la digitalización procedimental en los Órganos judiciales en España no supondría tanto mayor problema tecnológico-material como tener que reorientar la proyectada reforma de la Oficina judicial a fin de adaptarla funcional y estructuralmente a la catarata de innovaciones tecnológicas y ofimáticas de última generación -sin que tampoco se haya realizado estudio ni experiencia material integral al efecto hasta la fecha-,<sup>13</sup> habiéndose ejecutado a lo sumo aisladas probaturas de herramientas o apli-

<sup>10</sup> Ramírez Sineiro, José Manuel: "La digitalización procedimental integral de los Órganos judiciales como premisa tecnológica de su eficacia jurisdiccional". "DELIBERACION", , núm. 10, Noviembre, 2008, p. 26.

<sup>11</sup> Reventós, Laia: op. cit, p. 37.

<sup>12</sup> Cit. Ibidem, p. 37.

<sup>13</sup> Al respecto, Peral, María: "Los jueces ponen en evidencia la revolución informática de Bermejo". "EL MUNDO", 15.11.08, p. 24.

caciones informáticas singularizadas pero desprovistas desde luego de atisbo alguno de interactividad global y de suficiente visión de futuro.<sup>14</sup>

Las modernas tecnologías ofimáticas condicionan y aún determinan las pautas de reforma y organización de la Administración de Justicia en general y de la Oficina judicial en particular, sin que pueda abordarse con realismo y eficacia su reforma si se prescinde de asumir la digitalización procedimental integral de los Órganos judiciales como elemento basal de la política de modernización y de las pautas de accesibilidad, interconectividad y transparencia tramitacionales que les son inherentes.

Aludir pues a dificultades materiales, procesales u organizativas como eventuales factores de exclusión o de imposibilidad de la implantación de la digitalización procedimental integral de los Juzgados y Tribunales supone desconocer no sólo la patente y aún próxima experiencia comparada en la materia sino obstinarse incluso en permanecer al margen de una segura pauta de modernización tecnológica que progresiva pero irreversiblemente ya se ha asentado en los sectores público y privado de nuestra sociedad.<sup>15</sup>

Además, la combinación de la digitalización procedimental integral<sup>16</sup> de nuestros Juzgados y Tribunales con la implantación de avanzados buscadores lineales y transversales de segunda generación supone la única pauta tecnológica susceptible de paliar o aún solventar el actual caos informático-institucional de ámbito estatal y autonómico que reina en una Administración de Justicia segmentada entre el Ministerio de Justicia y las diferentes Comunidades Autónomas con competencias transferidas en la materia.

14 Sobre el particular, Linde, Pablo: "La justicia mira al siglo XXI". "EL PAIS", 08.11.08, p. 21.

15 Así, "el Boletín Oficial del Estado ha abandonado el papel. Sigue existiendo, claro, pero desde el inicio del nuevo año sólo es posible acceder a sus contenidos a través de la Red. La versión digital convivía desde hace tiempo con la letra impresa y no le iba mal: su media diaria de visitas era de unos tres millones. Si en el otro plato de la balanza se colocan los suscriptores que tenía la edición del BOE en papel –doce mil–, es evidente que la versión electrónica gana por goleada. El Ministerio de la Presidencia –del que depende este Boletín–, se ahorra con este salto a INTERNET unos seis millones de euros. Forma parte de la lógica de los tiempos que se produzcan estas mudanzas. Y ya se ve que son sensatas y que permitirán ahorrar tiempo y dinero. También es verdad que semejantes cambios convierten en ruinas, en un instante, convicciones profundamente arraigadas durante milenios. Que leyes, decretos, reglamentos, sentencias y demás documentos oficiales pasen a tener la ligera consistencia de las cosas que circulan por la Red pondría los pelos de punta a Hammurabi, aquel rey que en la vieja Mesopotamia se encargó de que su código fuera tallado en un imponente bloque de diorita. Ahí están, grabadas en caracteres cuneiformes (se pueden ver en el Louvre), las leyes que debían regir la convivencia entre los súbditos de Hammurabi. También las Tablas de la Ley que recibió Moisés tenían un notable peso. Esa idea de la letra esculpida que no puede borrarse fácilmente, ese afán por la duración, esa voluntad de que lo legislado adquiriera la solemnidad y el peso de la piedra (y de la letra escrita)... se va obviamente al garete con un BOE al que se puede acceder con la misma facilidad con la que uno encarga on line una cesta de bombones. De un tiempo a esta parte, hay una querencia por producir leyes o enmendarlas en cuanto se produce un escándalo y la gente de la calle se indigna. Se ha puesto de moda la idea de que las cosas sólo pasan sin pasar por los Juzgados, si interviene la ley. Y a cada rato hay que hacer alguna nueva. Por eso hay que celebrar este BOE digital. Imaginen por un momento que a Hammurabi le hubiera tocado una ciudadanía tan exaltada. ¡No habría salas en el Louvre para acoger sus diferentes códigos!". El Acento-Opinión: "El peso y la ligereza". "EL PAIS", 03.01.09, p. 20.

16 En cualquier caso, en España se lleva actualmente a cabo una experiencia-piloto al respecto en la Audiencia Nacional. Así, "la digitalización de la Audiencia Nacional para la implantación del expediente digital es uno de los ejes del Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012. Este Plan, aprobado el 18 de Septiembre de 2009 –que supone una inversión continuada de centenares de millones de euros a cuya cobertura se dedicarán en mayor o menor grado los ingresos de las tasas judiciales recientemente introducidas en nuestro sistema procesal–, contiene el conjunto de medidas encaminadas a un servicio público de justicia tecnológicamente avanzado, más ágil y eficiente, que garantice los derechos de la ciudadanía...", de modo que su concreción en "el Proyecto de digitalización de la Audiencia Nacional significa la implantación de una gestión integral del Expediente digital en formato digital, un proceso que también se ha iniciado en las Fiscalías de la Audiencia Nacional... La digitalización de los documentos sigue las siguientes fases: a) Planificación del trabajo diario; b) Manipulación previa para dejar el documentos en las mejores condiciones para ser escaneado; c) Digitalización –que consiste en escanear los documentos que ingresen en soporte papel en la Oficina de Registro de la Audiencia Nacional y que estará interconectado con el sistema de notificaciones y comunicaciones telemática LEXNET–, y posterior control de calidad; d) Catalogación de los documentos en pdf para que el usuario final pueda localizar en cuestión de segundos, a golpe de teclado, cualquier documento obrante en la causa". Cit. [www.legaltoday.com/actualidad/noticias](http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias), 23 de Noviembre de 2010, Pp. 1-4. En cualquier caso, parece no ser prioritaria la implantación en dicho sistema de un buscador asociado tipo "araña" de última generación, de modo que no resulta aventurado afirmar que dicho proyecto experimental nace ya lastrado o, al menos, muy corto de miras, sin que paradójicamente se prevea siquiera experimentar la búsqueda interconectada, instantánea y masiva de documentos e imágenes digitalizados en archivos informáticos y telemáticos no sólo pertenecientes a los Juzgados y Tribunales de la Audiencia Nacional sino también respecto a otros sitios en otros Órganos jurisdiccionales –ya centrales o periféricos–, o en los Departamentos ministeriales; Entes institucionales, etc...



Mientras la digitalización procedimental integral de las actuaciones judiciales permitiría el instantáneo acceso al contenido material de los procesos tanto en trámite como archivados, los buscadores lineales y transversales de última generación permitirían la interconectividad total de los Órganos judiciales a la vez que también servirían para paliar o aún erradicar las actuales taifas ofimático-institucionales que presiden todos los ámbitos de nuestra Administración de Justicia y que determinan a menudo que ni siquiera se pueda acceder ni mucho menos conocer informáticamente y de modo remoto el contenido procedimental de Juzgados y Tribunales próximos o incluso radicados en la misma ciudad y con común sede judicial.

## V La digitalización procedimental en España a la luz de la vigencia de la Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia

Pese a todas las reticencias y a pesar del caos institucional inherente a la insólita perpetuación de la segmentación horizontal-competencial de la oficina judicial y a la diferente dependencia institucional-funcional del correspondiente personal funcional; de los Secretarios judiciales y de los propios titulares jurisdiccionales, lo cierto es que al final de la etapa del Ministro Fernández Bermejo al frente del Ministerio de Justicia, así como después, se trató de afrontar el reto de la modernización de la Administración de Justicia abordando el desafío de la digitalización procedimental integral de los diferentes Órganos judiciales.

Así, después de una tramitación parlamentaria sin mayores incidencias y conforme a su Disposición final cuarta, el pasado día 7 de Julio del 2011 entró en vigor –sin “vacatio legis” alguna–, la Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (B.O.E. núm. 160), “al día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*”.

¿Quiere eso decir que a partir de entonces en todos los Órganos judiciales españoles –fuesen colegiados o unipersonales; de pueblo, ciudad o gran capital–, se produjo el comienzo de un proceso de digitalización universal de todos sus documentos contenidos en soporte-papel o que, al menos, se empezó a digitalizar el contenido de todos los procedimientos incoados a partir de aquella fecha de vigencia de dicha Norma legal de pretendida vocación de alcance general?.

Evidentemente, la respuesta no sólo es negativa sino que la cotidiana realidad procedimental-judicial –exacerbada además por la cruda situación económica–, arroja como resultado que dicho propósito normativo parecer ser más un mero “desiderátum” legal que la regulación normativa de la ejecución material de planes tecnológicos efectivos y de eficacia contrastada.

No existe pues un plan de implantación inmediata y masiva en todos los Órganos jurisdiccionales españoles dirigido a su digitalización procedimental integral, sin que tampoco existan siquiera previsiones de pormenorizadas pautas sucesivas a fin de acometer dicha tarea territorialmente o por Ordenes jurisdiccionales, ni desde luego consta que se haya

previsto un calendario prospectivo al respecto fuera de genéricas previsiones en la frontera temporal del año 2015.

En realidad, el contenido normativo de dicha Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, se acomoda al viejo refrán de que “del dicho al hecho va un trecho” que –en el presente caso-, parece que va para largo, hasta el punto de que sus Disposiciones transitorias primera y segunda “in fine” prevén la obvia coexistencia de procedimientos en soporte papel y formato electrónico<sup>17</sup>, previéndose asimismo un plazo de *cuatro (4) años* por su Disposición adicional tercera desde la entrada en vigor de la presente Ley para que las Administraciones con competencias en materia de Administración de Justicia garanticen la interoperabilidad entre los sistemas informáticos y telemáticos en su caso operativos.<sup>18</sup>

La única experiencia de masiva digitalización procedimental integral se ha abordado en la Audiencia Nacional con resultados cuando menos discutibles<sup>19</sup> –sin que por otra parte se haya realizado experiencia integral alguna en terceros Órganos judiciales ni siquiera al socaire de los controvertidos ensayos de implantación de la Nueva Oficina Judicial (NOJ)-<sup>20</sup>, no tanto porque semejante propósito sea equivocado sino porque las ideas maestras conforme a las que se ha abordado el proyecto parecen haber puesto más énfasis en el proceso de gestión procedimental que en la eficaz explotación integral de la información susceptible de obtenerse del archivo digitalizado a fin de abordar desde ahí –no antes-, el quehacer procesal diario y el cometido jurisdiccional cotidiano.

Así, allí “la red se cae cada dos por tres y no funciona el sistema de doble pantalla en un escritorio integrado para Magistrados, Secretarios Judiciales y personal de los Cuerpos de Gestión y Tramitación Procesal. Se ha perdido documentación, datos cruzados entre expedientes”, sin que exista –según señala una reciente crónica periodística-,<sup>21</sup> un orden correlativo entre las Sentencias”, produciéndose “un colapso en el sistema judicial de la Audiencia Nacional sin precedentes”.

17 Así, las Disposiciones transitorias primera,1 y segunda “in fine” de dicha Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, prevén tanto que “durante el tiempo en que coexistan procedimientos tramitados en soporte papel con procedimientos tramitados exclusivamente en formato electrónico, los servicios electrónicos de información del estado de la tramitación a que se refiere la presente Ley incluirán, respecto a los primeros, al menos la fase en la que se encuentra el procedimiento y el Órgano o unidad responsable de su tramitación”, como que “será admisible la remisión del expediente en formato papel si las condiciones técnicas no permitiesen su remisión telemática”.

18 Pese a que la Disposición adicional tercera de semejante Norma legal haría reciente prescriba que “en el plazo de *cuatro (4) años* desde la entrada en vigor de la presente Ley, las Administraciones con competencia en materia de Administración de Justicia garantizarán la interoperabilidad entre los sistemas al servicio de la Administración de Justicia, de acuerdo con las especificaciones establecidas por el Comité técnico-estatal de Administración judicial electrónica en el marco institucional de cooperación en materia de administración electrónica”, parece cuando menos dudoso sino haría difícil que en las circunstancias de masiva contracción presupuestaria que se prevén para los próximos ejercicios presupuestarios se programen inversiones al respecto con cargo al presupuesto de las diferentes Comunidades autónomas con competencias al respecto, salvo que naturalmente se produzca un incremento generalizado de los supuestos de aplicación de las diferentes tasas judiciales.

19 Pese a que semejante “proceso en la Audiencia Nacional se inició en Septiembre del 2010 con la puesta en marcha del Servicio de Digitalización Masiva que ha permitido la digitalización de más de *treinta y un millones (31.000.000) de páginas* de los procedimientos en trámite...”, su Presidente Ángel Juanes admitió ayer que el proceso de digitalización para implantar el expediente judicial electrónico está causando problemas, especialmente en los Juzgados –Centrales-, de lo Contencioso-Administrativo”. Por su parte, el sindicato Comisiones Obreras (CCOO), ha asegurado hoy en un comunicado que “el expediente judicial electrónico sigue sin funcionar y tiene atascados decenas de procedimientos por causas ajenas a los trabajadores”, sin perjuicio de que “Juanes haya señalado que la Sala de Gobierno –de la Audiencia Nacional-, es consciente de estos inconvenientes y que está en contacto con el Ministerio de Justicia para subsanarlos”. Cit. Pablo Sanjuán. EFE, 3.11.11. [www.lexdiario.es](http://www.lexdiario.es).

20 En cualquier caso, la ausencia de ensayos integrales de digitalización en el seno de la Nueva Oficina Judicial sucesivamente experimentada en Órganos judiciales de Burgos, Murcia, Cáceres y, por último, de León, también generó públicas críticas en cuanto “el expediente digital brilló por su ausencia”, de modo que el Decano de los Procuradores leoneses manifestó que “la cadena de esta bicicleta –la modernización judicial-, es el expediente digital y mientras no funcione, la bicicleta no va a andar bien”. “Siguiendo con la metáfora –se apuntaba en una reciente publicación asociativo-judicial-, la bicicleta no sólo carece de cadena sino de rueda delantera, pues sin el expediente digital, el Servicio de Ordenación del Procedimiento ha supuesto un aumento de burocracia” –por lo que-, el Secretario del Colegio de Abogados de León declaraba por su parte que “pulsamos un retraso evidente desde que un escrito se presenta en el registro hasta que recibimos la primera notificación de su puesta en marcha”, cifrándose el retraso en “dos meses o más”. Cit. “NOTICIAS FRANCISCO DE VITORIA”, núm. 35, Octubre, 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.



“Este es el paisaje casi de guerra que deja un paseo por las instalaciones donde se han trasladado recientemente los Juzgados Centrales de lo Contencioso de la Audiencia Nacional” –relata Erika Montañés-, de modo que “este campo de minas viene sembrado por un proyecto de implantación del expediente judicial electrónico en la Audiencia Nacional hecho mal, sin los medios necesarios y con prisas por parte del Ministerio de Justicia”.<sup>22</sup>

“No fue hasta Marzo de este año 2011 cuando el Gobierno –en realidad el Ministerio de Justicia habría que precisar-, comenzó a apurar plazos, consciente de que tenía que completar su proyecto estrella en la Administración de Justicia –al ser éste uno de los ejes del Plan Estratégico de Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012-, antes de las elecciones generales. El pasado Junio dicho Departamento anunció que iniciaba la última fase del expediente judicial electrónico que supondría la implantación de la digitalización masiva en el resto de la Audiencia Nacional hasta Septiembre. Imposible hacerlo”.<sup>23</sup>

“Se creó –allí-, el nuevo Servicio Común de Registro, Reparto, Digitalización y Archivo encargado de recibir, registrar, digitalizar y catalogar en un único gestor documental toda la información para que fuese accesible a todos los agentes autorizados para su consulta y tramitación”, pero “no llegaban los plazos –afirman sendas Delegadas del Sindicato de Trabajadores de la Administración de Justicia (STAJ)-, así que se subcontrató a una Empresa externa que hasta hace unos días seguía manejando documentos a los que sólo puede acceder el personal cualificado y 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>

“El proyecto de papel cero es maravilloso. Todos lo queremos, pero bien hecho. Entendemos que Justicia tendría que haber desarrollado un proyecto-piloto con una digitalización que no fuera tan masiva y después propagarlo sucesivamente al resto de sectores de la Audiencia” –afirma la dirigente sindical Elisa Losada-, pero “no se puede vender algo así, hacerse la foto, no reconocer que se ha hecho mal y hacerlo a cualquier precio perjudicando al ciudadano” –agregó la portavoz del Sindicato de Trabajadores de la Administración de Justicia (STAJ), Emilia Rubio-, ya que “el resultado de este sistema caótico se traduce directamente en que los ciudadanos se han visto injustamente tratados”,<sup>26</sup> al ser “afectados por una demora en los procesos que ha llevado a incoar de media tres demandas en seis meses”.<sup>27</sup>

“No hacen falta juicios de intenciones –comentó al respecto Juan Carlos Girauta en reciente columna periodística-, cuando los resultados son los que son. Donde había precariedad hay ahora un galimatías imposible; donde había retrasos, hay ahora extravío de expedien-

22 Ibidem, Pp. 1 e 2.

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 de la Audiencia”. “ABC”, 6.12.12, p. 25.

tes; en aquel laberinto –transitable gracias a rutinas añejas-, reina ahora la anarquía, se cruzan los datos y se accede sin autorización. El colapso”.<sup>28</sup>

Parece pues que se ha empezado la casa por el tejado, además de incurrir en un atávico y maximalista centralismo informático-organizativo cuando los ordenadores personales –ahora ya portátiles, ultraportátiles y tabletas-, hace ya cinco lustros que desbancaron a los grandes computadores centralizados, de estructura radial y con terminales cautivos, de modo que a nivel mundial se impuso un sistema telemático hartamente plural y descentralizado, dominado por esa red de alcance universal denominada INTERNET.

La digitalización procedimental integral no sólo es factor sino requisito imprescindible de la modernización judicial, pero su implantación parece más lógico iniciarla de abajo a arriba, es decir, en los Organos judiciales unipersonales, al ser precisamente en los mismos donde se inician –a veces también acaban allí-, la abrumadora mayoría de los procesos, prosiguiendo luego la continuada prosecución de dicha tarea en los niveles superiores de la Administración de Justicia.

Sería pues plausible elaborar un preciso plan de digitalización sectorializado en paralelo por Ordenes jurisdiccionales y con un calendario preciso, con hitos sucesivos que incluso comprendiese retroactivamente hasta una fecha determinada los correspondientes archivos de gestión de los Órganos judiciales unipersonales primero y de los de carácter colegiado después, según fuesen llegando a su fase “ad quem” aquellos procesos iniciados “a quo” ya digitalizados y a partir de una fecha sucesiva y predeterminada –que podría desde luego coincidir con la anterior-, a partir de la que se digitalizase asimismo lo incoado inicialmente en dichas Instancias judiciales superiores.

Sin duda, el camino del infierno está sembrado de frustradas buenas intenciones, de modo que intentar presentar la digitalización como un producto de “marketing” político nuevo y brillante no se acomoda a solucionar eficazmente una abrumadora realidad judicial por completo desbordada y repleta de papel fuera de control, cuya premisa inicial supone precisamente su pormenorizado análisis y catalogación a fin de su correcta y ulterior digestión digitalizadora por fases temporales sucesivas; en Juzgados y Tribunales de Ordenes jurisdiccionales determinados y por demarcaciones territoriales completas competencialmente predeterminadas.

Dicha Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, incurre además en un salto en el vacío al prescindir de asimilar la actual realidad impuesta por el papel y de asumir la necesidad de que durante un largo período de transición –nunca inferior a un lustro cuando menos-, resultará imprescindible contar con las actuaciones en dicho soporte documental tradicional –inclusive pese a su digitalización-, en tanto que los profesionales, el resto de los Órganos judiciales de cada Orden jurisdiccional y aún determinados sectores críticos de las Administraciones Públicas –en los Departamentos ministeriales de Hacienda, Justicia e Interior y, en especial, en las Direcciones Generales de la Policía y de la Guardia Civil o Instituciones asimiladas de las Administraciones autonómicas y de ámbito local-, con especial incidencia y relación con la Administración de Justicia, se digitalizan al unísono o por completo.

En cualquier caso, la Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, configura el “expediente judicial electrónico” –según señala expresamente su Exposición de Motivos-, como “heredero digital de los autos que tradicionalmente han constituido el decorado de nuestros Juzgados y

<sup>28</sup> Girauta, Juan Carlos: “El lío de la Audiencia”. “ABC”, 6.12.12, p. 16.



Tribunales”;<sup>29</sup> establece “la obligatoriedad de que el inicio del procedimiento sea siempre por medios electrónicos”; recalca la trascendencia del “foliado electrónico” como elemento clave de la seguridad y del control procedimental.<sup>30</sup> además de determinar los “registros y sedes electrónicas” ligadas a cada Órgano jurisdiccional unipersonal o colegiado y a sus servicios comunes, no sólo a los efectos de comunicación sino inclusive de acceso –en su caso-, restringido a las correspondientes Partes personadas.<sup>31</sup>

Pese a que dicha Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, impone un genérico e imperativo mandato de digitalizarlo todo, sin embargo omite señalar no sólo por donde empezar –es decir, por qué Órganos judiciales y en qué Orden jurisdiccional-, sino también acotar temporal y materialmente semejante desiderativo mandato normativo, ya que no es lo mismo digitalizar actuaciones “vivas” y en trámite que aquéllas otras que estén archivadas.

Se impone pues la necesidad de un ulterior desarrollo normativo-reglamentario al respecto –de hecho así inclusive se prevé por la Disposición final segunda de dicha Ley núm. 18/11, de 5 de Julio-,<sup>32</sup> tanto a nivel competencial estatal como autonómico, sin perjuicio de que haya que subrayar que siendo los archivos judiciales –en particular, los de gestión-, algo vivo, con múltiples entradas y salidas, quizás no fuese baladí en aras a la obtención de una mayor seguridad jurídica, poner la frontera temporal-retroactiva de la digitalización en el comienzo del pasado año 2010 y no solamente en la correspondiente a la vigencia de dicha harto reciente Norma legal en aquel pasado día 7 de Julio del 2011.

Dicha Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, omite paradójicamente reseñar o aún aludir a cargo de quienes recae materialmente la obligación de proceder a materializar dicho proceso de digitalización procedimental dentro de cada Órgano judicial, Servicio procesal común u Oficina judicial, siendo en cualquier caso patente que semejante cometido habrá de quedar normalmente a cargo del correspondiente personal funcional auxiliar allí destinado y bajo la responsabilidad de los Secretarios judiciales de los que dependan.<sup>33</sup>

29 Mientras el Art. 26,1 de dicha Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, define el expediente judicial electrónico al catalogarlo como “el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento judicial cualquiera que sea el tipo de información que contenga”, su Art. 27,1 y 3 precisa tanto que “tendrán la consideración de documentos judiciales electrónicos las resoluciones y actuaciones que se generen en los sistemas de gestión procesal, así como toda información que tenga acceso de otra forma al expediente, cuando incorporen datos firmados electrónicamente en la forma prevista en la Sección 2ª del Capítulo II del Título III de la presente Ley”, como que “tendrá la consideración de documento público el documento electrónico que incluya fecha electrónica y que incorpore la firma electrónica reconocida del Secretario judicial, siempre que actúe en el ámbito de sus competencias, conforme a lo dispuestos en las leyes procesales”.

30 Mientras el Art. 26,1 de dicha Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, define el expediente judicial electrónico al catalogarlo como “el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento judicial cualquiera que sea el tipo de información que contenga”, su Art. 27,1 y 3 precisa tanto que “tendrán la consideración de documentos judiciales electrónicos las resoluciones y actuaciones que se generen en los sistemas de gestión procesal, así como toda información que tenga acceso de otra forma al expediente, cuando incorporen datos firmados electrónicamente en la forma prevista en la Sección 2ª del Capítulo II del Título III de la presente Ley”, como que “tendrá la consideración de documento público el documento electrónico que incluya fecha electrónica y que incorpore la firma electrónica reconocida del Secretario judicial, siempre que actúe en el ámbito de sus competencias, conforme a lo dispuestos en las leyes procesales”.

31 Así, el Art. 41 de semejante Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, establece que “se pondrá a disposición de las Partes un servicio electrónico de acceso restringido donde éstas puedan consultar, previa identificación y autenticación, al menos información sobre el estado de tramitación del procedimiento, salvo que la Normativa aplicable establezca restricciones a dicha información y con pleno respeto a lo dispuesto en la L.O. núm. 15/99, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de carácter personal y legislación que la desarrolla. La información sobre el estado de tramitación del procedimiento comprenderá la relación de los actos de trámite realizados, con indicación sobre su contenido, así como la fecha en la que fueron dictados”.

32 La Disposición final segunda de dicha Ley núm. 18/11, de 5 de Julio, bajo el epígrafe de “desarrollo normativo” precisamente prevé que “corresponde al Gobierno y a las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente Ley”.

33 Mientras el Art. 457 de la L.O. núm. 6/85, de 1 de Julio, establece que “los Secretarios judiciales dirigirán en el aspecto técnico-procesal al personal integrante de la Oficina judicial, ordenando su actividad e impartiendo las órdenes e instrucciones que estimen pertinentes en el ejercicio de esta función”, el Art. 102,2 “in fine” del Reglamento núm. 1/05, de 15 de Septiembre, señala que “los Secretarios judiciales, en el marco de las competencias contempladas en el Art. 454 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, velarán por la adecuada utilización de los sistemas y programas informáticos. El manejo de los mismos corresponde al personal adscrito a las distintas unidades de la Oficina judicial, bajo la superior dirección del Secretario judicial correspondiente”.

A La incompatibilidad de los sistemas informáticos implantados en las diferentes Comunidades Autónomas con competencias en materia de Administración de Justicia con aquellos desarrollados por el Ministerio de Justicia o aún la imposibilidad de que algunas de sus herramientas informáticas sean incapaces de asumir e integrar el masivo proceso de digitalización procedimental legalmente previsto constituyen primordial y publicitada preocupación tanto de nuestra mejor doctrina<sup>34</sup> como de alguna cualificada Instancia gubernativo-judicial.<sup>35</sup>

Sin embargo, una correcta orientación del proceso de digitalización procedimental integral de todos los Órganos jurisdiccionales españoles podría superar esa atávica y anacrónica descoordinación informática de una Administración de Justicia insólitamente segmentada competencial y funcionalmente, ya que precisamente ningún óbice tecnológico existe que impida que todo el acervo documental digitalizado –cualquier que sea su origen-, pueda ser puesto en común en archivos digitales telemáticamente interconectados; en un archivo digital judicial general o –si se quiere-, en una “nube” judicial de acceso seguro y aún reglamentariamente pautado con los protocolos, habilitaciones y trazas de seguridad que en cada caso se estimen precisos.

Por tanto, la clave del éxito futuro del proceso de digitalización integral de la segmentada Administración de Justicia en España no radica tanto en el loable deseo de su uniformización por abajo –que sin duda haría todo más fácil y mucho más económico-, como en la generalizada posibilidad de acceso al producto terminado, es decir, no sólo en lo que afecta a cada expediente electrónico y a la información pormenorizada judicialmente operativa allí contenida sino, sobre todo, en el análisis instantáneo y global de toda la información digitalizada contenida en todos las actuaciones sucesivamente digitalizadas a nivel local, autonómico y estatal y, en particular, en obtener pormenorizadas pautas integradas de gestión procesal a través de la extracción de identidades, datos, gráficos, avisos de pen-

34 “De lo que se quejan los jueces en materia de informatización –apunta Alejandro Nieto-, no es de la falta de aparatos sino de insuficiencia de programas adecuados, singularmente de interconexión de Juzgados y Tribunales y de almacenamiento accesible de datos... Esta insuficiencia se agrava por el fraccionamiento competencial, dado que cada Comunidad Autónoma con competencias transferidas cuenta con su propio sistema y ninguno de ellos es compatible con los demás a efectos de intercomunicación de datos. Además, todavía no se han implantado los expedientes judiciales electrónicos, obligando a la acumulación de esas montañas de papel que tanto asombran a los visitantes de nuestros Juzgados... Donde la informática puede encontrar su mejor y más directo campo de aplicación es en las comunicaciones. El traslado de las sentencias, de los autos, sumarios y expedientes podrá realizarse en soporte no de papel con notable ahorro de tiempo y lo mismo puede decirse de los demás trámites”. Nieto, Alejandro: “EL MALESTAR DE LOS JUECES Y EL MODELO JUDICIAL”. Madrid, Editorial Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, p. 53.

35 Así, después de afirmar “que la transferencia de las competencias sobre la Administración de Justicia a las Comunidades Autónomas fue un acierto y constituye una realidad que no debe tener marcha atrás”, el Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial Fernando de Rosa Torner matizó recientemente su propio aserto al aludir a renglón seguido que “tampoco debemos olvidar que la Justicia es uno de los poderes del Estado y, por tanto, debe existir una Justicia única e igual para todos los ciudadanos. No podemos, vía transferencia de la gestión de los medios materiales y humanos al servicio de la misma, desligar al Estado de este Poder y mantener la situación actual en la que, dependiendo de dónde se tenga fijada la residencia, el ciudadano disfruta de una Justicia más o menos rápida, ágil y eficaz. Para corregir esta disfunción debemos servirnos de las nuevas tecnologías, cuya utilización ha de permitir al ciudadano acceder a los servicios que la Administración le debe facilitar de una manera mucho más ágil, sin importar donde resida. Por ello, al igual que ocurre con la Agencia Tributaria, es inaplazable dotar a la Justicia española de un sistema informático único, en el que todos los Órganos judiciales, con independencia de su ubicación, tramiten los procesos bajo una misma plataforma y que les permita estar interconectados en tiempo real, entre ellos y el resto de los organismos, ya sean nacionales o internacionales, que a diario colaboran con los mismos. Y el momento es ahora, aprovechando que la nueva Ley reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia impone a las Administraciones con competencias la obligación de dotar a las Oficinas judiciales de sistema de gestión procesal que permitan la tramitación electrónica de los procedimientos, pues muchos de los sistemas existentes en la actualidad no soportan otra evolución que les permita alcanzar este objetivo. Es triste ver como se alardea de haber invertido cientos de millones de euros en modernizar la Justicia y luego visitar los Juzgados y comprobar que nada o muy poco ha cambiado: los montones de expedientes en papel siguen encima de las mesas y ocultan hasta los ordenadores. Además, cuando se habla de la ejecución de un plan para modernizar la Justicia, no podemos olvidar que el Ministerio del ramo únicamente se refiere a los Órganos judiciales radicados en un determinado territorio, no habiendo involucrado en el proceso de modernización al resto de las Administraciones autonómicas, con lo que los beneficios del mismo no alcanzan a todos los ciudadanos, ampliándose la brecha digital”. Rosa Torner, Fernando de: “Medidas para modernizar la Justicia”. “EL MUNDO”, 29.11.11, p. 21.



dencia, etc., mediante la utilización generalizada de buscadores avanzados de segunda generación.

Se debe formular además la salvedad de que habría que discriminar conforme al abanico de respectivas competencias judiciales de cada Órgano jurisdiccional, de modo que se ajustase a las mismas la posibilidad de utilizar el alcance de dichos buscadores-araña al preciso ámbito objetivo, funcional y territorial inherente a cada Juzgado o Tribunal en la medida en que –valga el símil-, aunque todos conforman la flota judicial española, no es lo mismo un portaaviones –el Tribunal Supremo-; un crucero –un Órgano jurisdiccional colegiado-; una fragata –un Juzgado periférico-, que un patrullero –un Juzgado de pueblo-, en cuanto si bien resulta necesario que todos operen coordinadamente –de ahí que la interconectividad telemática global en tiempo real sea requisito imprescindible en todo sistema de organización moderno-, muy diferentes sin embargo resultan ser sus respectivos volúmenes de trabajo y sus necesidades de búsqueda a fin de obtener una gestión procesal-digital integrada.

No deja de ser pues sintomático que precisamente en el punto 2 “in fine” de las medidas contempladas a fin de la obtención de una Justicia ágil y previsible, el Programa electoral del Partido Popular, que ganó por amplia mayoría las últimas elecciones generales celebradas el pasado día 20 de Noviembre del 2011, señalase expresamente que “impulsaremos una Agencia que articule un sistema informático único y permita el conocimiento inmediato en red de los datos judiciales y de los que consten en los registros públicos relacionados con la Administración de Justicia”.

Pues bien, si semejante compromiso electoral no estaba hecho a humo de pajas y si cerraba un efectivo propósito de buen gobierno pronto se verá, sin perjuicio de recordar que programas avanzados de segunda generación están ya disponibles en el mercado e inclusive que algunos son desde hace años de utilización habitual en precisos Organismos de determinados Departamentos ministeriales, no siendo desde luego imposible sino necesaria su adaptación y cribado informáticos que haga posible también su aplicación cotidiana en el ámbito de la Administración de Justicia.

Finalmente, en épocas de contracción presupuestaria<sup>36</sup> –así como a la vista del recorte generalizado del gasto público anunciado para el próximo ejercicio económico-, no parece muy coherente la creación de más Agencias especializadas cuando no sólo existe el Consejo General del Poder Judicial sino que, en su seno, ya radica el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), al que quizás fuese plausible rediseñar o quizás, llegado el caso, introducir dentro de la órbita de un Departamento ministerial institucionalmente reforzado y de nuevo cuño que aborde sistemática, sucesiva y pormenorizadamente el ancestral desafío en España de la modernización de la Administración de Justicia y, como epítome de la misma, la digitalización procedimental integral de todos sus Órganos jurisdiccionales.

36 Así, “Justicia no se salva de la reducción generalizada en los Presupuestos del Estado para 2011. Si el año pasado el Departamento de Francisco Caamaño era de los pocos que no tenía recortes para 2010 y crecía un *once por ciento (11%)*, en los datos presentados ayer por la Vicepresidenta económica Elena Salgado se aprecia una reducción de un *seis con nueve por ciento (6,9%)* del gasto no-financiero previsto para 2011...”, de modo que “la dotación consolidada para la política de Justicia en 2011 es... un *cinco con ocho por ciento (5,8%)* menor que el ejercicio anterior... y la cifra resultante para la modernización tecnológica y de comunicaciones ha sido de casi un *cinquenta por ciento (50%)* menos”. García-León, Carlos: “La modernización de la Justicia se para en seco”. *www.expansión.com*, 4 de Octubre del 2010, Pp. 1-4.

## VI Conclusión: la implantación de la digitalización procedimental como obligado hito normativo de la modernización de la Justicia

Sin duda existen largos anaqueles repletos de ponderadas reflexiones acerca de la aplicación de los principios jurídicos pero, sin embargo, se ha olvidado a menudo que su aplicación cotidiana depende de la realidad material y procesal incrustada en las correspondientes actuaciones de Órganos judiciales unipersonales o colegiados que languidecen incapaces de soportar las carencias organizativas y materiales de todo género que diariamente les aquejan.

Mientras se discutía en las altas Instancias institucionales y judiciales hacia donde mejor sería orientar la Administración de Justicia,<sup>37</sup> la infraestructura de los diversos Órganos judiciales se dejaba corroer por las carencias materiales o aún por la implantación de modelos y sistemas informáticos inservibles, parcelados territorial o institucionalmente, incompatibles entre sí y desde luego ajenos a las perentorias necesidades y realidad material de los procesos así como también a ulteriores y previsibles pautas de efectiva innovación tecnológica.

Se dilapidaron pues los escasos recursos financieros en herramientas informáticas no ya carentes de posibilidad alguna de desarrollo y evolución futuras sino a veces aún obsoletas antes de implantarse y de las que poca o ninguna utilidad diaria resultaba posible extraer –y ya se sabe que nada hay más caro que aquello que no funciona-, sin perjuicio de que su implementación práctica desconociese los retos y necesidades diarias de la labor judicial derivada de la abrumadora realidad tramitacional cotidiana de los diversos Juzgados y Tribunales, a cuyos titulares aquellos sistemas proporcionaban información mayoritariamente inútil para el eficaz desempeño de su cometido jurisdiccional.

Cuando en ocasiones las disfunciones materiales y procedimentales inherentes a las actuaciones judiciales se transforman en flagrante injusticia -tal como se ha puesto de manifiesto y por desgracia en España de forma reiterada en fechas harto recientes en casos que todos tenemos presentes-,<sup>38</sup> resulta inclusive imperativo moral -como subrayó el asesinado

37 “El Legislativo –esté en manos de un partido o de otro afirmaba Alejandro Nieto-, dicta sin continencia ley tras ley a cual más confusa y perturbadora del orden judicial tanto en sus aspectos personales como organizativos, mientras que los Órganos administrativos de aplicación colaboran decididamente a aumentar el desgobierno ya creado. Una política judicial que –nótese bien-, no es exclusiva de un partido, sino de todos los que se van turnando sucesivamente en el Gobierno; de tal manera que el llamado Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia –suscrito por los principales partidos políticos el 28 de Mayo del 2001-, más que un pacto para la liberación fue una conspiración para el secuestro –que no el rapto-, de la Justicia. A los hechos y a sus resultados me remito. La luna de miel que siguió a este Pacto fue dulce ciertamente y estuvo amenizada por coros triunfales..., pero no duró mucho, ya que el Partido Socialista se distanció pronto alegando que las leyes de su desarrollo aprobadas por la mayoría parlamentaria popular eran un fraude...”. En cualquier caso –añadida igual autor-, “el desgobierno judicial es consecuencia, en definitiva, de la destrucción intencionada del Poder Judicial y, conjuntamente, del mal funcionamiento de su sucedáneo, el servicio público de la Administración de Justicia”. Nieto, Alejandro: “EL DESGOBIERNO JUDICIAL”. Madrid, Editorial Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2005, Pp. 31 y 32.

38 Entre éstos, el más notorio fue, en palabras de Alejandro Nieto, “el comúnmente llamado caso Mariluz... -que-, empezó en Enero de 1999 cuando Santiago del Valle denunció en el Juzgado de guardia de Sevilla unos abusos cometidos a una hija suya, de los que resultó ser él el autor según Sentencia de fecha 15 de Noviembre del 2002 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Sevilla... Cuatro años mediaron entre la denuncia y la sentencia, que ya es plazo respetable pero no extraordinario en los tiempos que corremos. Interpuesto inmediatamente recurso de apelación, éste fue resuelto por la Audiencia Provincial de Sevilla el 17 de Mayo del 2003, es decir, en un plazo procesal casi correcto. Ahora bien, las grandes dilaciones empezaron cuando la Audiencia Provincial de Sevilla tardó casi tres años en notificar su sentencia confirmatoria al Juzgado de lo Penal y éste –un Órgano judicial aquejado de endémicas deficiencias estructurales según desde luego hay ahora que subrayar-, tardó justo año y medio en iniciar diligencias para localizar al condenado a efectos de entregarle la indicada resolución. En el entretanto fue asesinada la niña Mariluz, probablemente por Santiago del Valle que había disfrutado durante estos años de libertad, sin que nadie le inquietase, pues hasta Marzo del 2008 no se emitió contra él la orden de busca y captura, precisamente después (para llegar al colmo de lo grotesco), de que el presunto autor ya hubiese sido detenido por la Policía”. Nieto, Alejandro: “EL MALESTAR...”, op. cit. p. 53.



líder de los derechos civiles Martin Luther King-, que “no quedemos satisfechos hasta que la justicia fluya como el agua...”.<sup>39</sup>

Resulta pues tan urgente como imprescindible abordar la imperativa implantación de la digitalización procedimental integral e interactiva de nuestros Juzgados y Tribunales a nivel nacional, de modo que su ineludible e inmediata obligatoriedad procedimental no sea un mero desiderátum legislativo sino efectiva pauta material cotidiana en España para su Administración de Justicia.

Es imprescindible romper pues el vicioso círculo que desde hace décadas aprisiona a los Órganos jurisdiccionales españoles y que consiste tanto en que los sistemas de “software” allí instalados están tecnológicamente obsoletos como que los nuevos que se tratan de implantar no proporcionan utilidades operativas que sirvan para superar de una vez su descontrol procedimental y su crónico y a menudo ya cronificado retraso resolutorio.<sup>40</sup>

La efectiva materialización de la digitalización procedimental integral y generalizada constituye pues tanto el cauce como el requisito técnico-ofimático imprescindible para sacar a los Órganos judiciales de sus endémicos marasmo y descontrol procedimentales así como para obviar la obsolescencia tecnológica que padecen y la esterilidad de ímprobos y denodados esfuerzos profesionales y aún personales –a menudo desconocidos y a veces ignorados-, de Jueces, Magistrados y Fiscales; de Secretarios Judiciales y del correspondiente personal funcional auxiliar que mayoritariamente cumple su cometido con el único afán de defender la legalidad y a los ciudadanos, sin más recompensa que un sueldo neta y temporalmente decreciente y susceptible sin duda en muchos casos –sobre todo en los niveles profesionales de entrada; en las retribuciones de guardias, destinos penosos por saturados, etc.-, de ser manifiestamente mejorado.

La digitalización procedimental integral de la Administración de Justicia resulta así requisito imprescindible para la solución de los problemas de la Justicia en España pero, sin embargo, no es la panacea de toda su compleja problemática funcional e institucional, de modo que abordar sus crónicas carencias requeriría también reforzar urgentemente la deteriorada posición institucional actual de los titulares judiciales y acabar con su reiterado y contumaz ninguneo normativo que ha dejado insólitamente afásica la estructura organizativa de los Juzgados y Tribunales.

Una década de reformas normativas ha hecho imposible que aparezca la natural pirámide jerárquica de toda organización eficiente pública o privada en los Órganos jurisdiccionales españoles, convirtiéndose actualmente los mismos más bien en conos truncados, integrados por las Oficinas judiciales –sean viejas o ya nuevas-, imposibles de ser eficazmente gestionadas mediante meras pautas organizativas de alcance transversal que además de potenciar la responsabilidad difusa de quienes allí trabajan –que no es otra cosa que irresponsabilidad encubierta y generalizada-, impiden la conexión organizativa con aquellas

<sup>39</sup> Luther King, Martin: “TENGO UN SUEÑO Y OTROS DISCURSOS”. Biblioteca El Mundo, Barcelona, 2008, p. 40.

<sup>40</sup> Reciente línea doctrinal no deja sin embargo de mostrarse harto escéptica respecto a la modernización tecnológica en el ámbito de la adopción de decisiones judiciales, al manifestar que “un Juez que ha de resolver un caso medianamente importante –que con frecuencia no ha tramitado él sino alguno de sus muchos antecesores-, cuenta para ello con una buena arropa de papel, un paquete de DVD’s y unos cuantos vídeos, sin olvidar algunas notas personales manuscritas y otras recogidas en el ordenador. Excelente material de trabajo fruto de la modernización tecnológica que le permitiría estudiar fiablemente el caso en un par de semanas de concentración. Mas es el caso, lamentablemente, que para resolver no dispone de mucho más de una tarde: ordinariamente, de unos minutos, según las estadísticas y los módulos oficialmente calculados. ¿Para qué sirve entonces tanto material? ¿De qué ha valido la modernización del aparato de la Administración de Justicia? El Juez se resigna, repasa sus notas, toma la decisión prácticamente a ciegas y aprieta las teclas que, como se ha dicho antes, permitirán materialmente..., redactar a ciegas la sentencia. Esta es la modernidad real...”. Nieto: “EL MALESTAR...”, op. cit. p. 83.

desgajadas puntas de pirámides descabezadas, integradas por los Jueces y Magistrados cuya labor judicial diaria resulta cada vez más frustrada, estéril o inservible, al quedar condicionada por múltiples y sucesivas medidas organizativas y procesales que en vez de remediar, han cronificado y quizás hagan pronto irremediable la situación real de la Justicia española, donde la primordial protección del justiciable queda a menudo postergada por deficiencias estructurales que nadie materialmente termina por solventar.

Nada ni nadie en la Administración de Justicia debe ser pues más importante que el ciudadano, en cualquiera de sus facetas como beneficiario de dicho servicio público esencial en una democracia –sea como víctima, perjudicado, reo o interesado justiciable-, de modo que todas las medidas tecnológicas y organizativas que contribuyan a hacer posible la mejor, más ágil y más certera aplicación material individualizada de la legalidad, contribuirán al fortalecimiento de la Justicia como pilar fundamental de una sociedad en los albores del Siglo XXI, cuyos líderes la reivindican -pese a todas sus carencias-, pública, enfática y mediáticamente cada día como más justa, avanzada y democrática.



# Regap

## Comentarios y crónicas

# 2



# Disciplina y sustentabilidad presupuestarias.

## Primer período de sesiones del año 2011 en el Parlamento de Galicia

42 Regap

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ  
Letrado Mayor del Parlamento de Galicia

Regap

COMENTARIOS Y CRÓNICAS

*"La economía consiste en saber gastar y el ahorro en saber guardar"*  
MARDEN, ORISON SWEET

**Índice:** I. Introducción. II. Composición de la cámara. Bajas y altas de diputados. III. Reuniones de los órganos de la cámara. Calendario de actividades. IV. Procedimiento especial de carácter institucional. El debate anual de política general. V. Procedimientos de naturaleza normativa. VI. Procedimientos de control e impulso, e información. VII. Declaraciones institucionales. VIII. Procedimientos de control económico y presupuestario. IX. Procedimientos relativos a otras instituciones y órganos.

## I Introducción

Desde una perspectiva institucional, este período de sesiones tiene la especialidad de la celebración de la reunión de la Conferencia de Presidentes y Presidentas de Parlamentos Autonómicos (COPREPA)<sup>1</sup>, reunida en Pamplona los días 7 y 8 de marzo de 2011. Aprobó la siguiente Declaración institucional:

"Conscientes del momento de crisis económica por el que atraviesan España y el mundo, con los graves efectos que la misma está provocando en el seno de las familias afectadas por la pérdida de empleo, y las preocupantes consecuencias que limitan fuertemente la vida y el desarrollo de los jóvenes y de los sectores poblacionales más débiles del entramado social.

<sup>1</sup> Para una comprensión del alcance de este órgano de colaboración interparlamentaria puede consultarse mi "Manual do parlamentario". Parlamento de Galicia. Santiago de Compostela. 2011.



Persuadidos por el convencimiento firme de que desde las Cámaras de representación popular es imprescindible levantar la voz en defensa del papel de la política como instrumento más eficaz e insustituible para la resolución de los conflictos y de las diferencias de cualquier tipo para la defensa de las libertades de toda la ciudadanía.

Comprometidos con la obligación de responder a las demandas de la ciudadanía para que desde las Asambleas legislativas se ofrezcan soluciones y respuestas a los problemas reales de la sociedad, y de ejercer la función parlamentaria con toda la plenitud democrática y participativa que nuestras funciones demandan.

Empeñados en defender el papel de los Parlamentos Autonómicos en el proceso de construcción de la Unión Europea, respondiendo a las previsiones del Tratado de Lisboa para hacer efectivo el principio de subsidiariedad.

En este Día de la Mujer, sensibilizados con la gravedad de la situación que padecen muchas mujeres en España y en el mundo, víctimas de la discriminación por su sexo y de la violencia de género, decididos a conseguir que en nuestro país se abra finalmente un escenario real a la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres.

Los Presidentes y Presidentas de los Parlamentos Autonómicos (COPREPA) ACUERDAN:

Primero: Apostar desde las instituciones democráticas, y de manera singular desde los Parlamentos autonómicos, en que se trabaje con un impulso unánime para encontrar soluciones a la crisis económica. El futuro de nuestras sociedades democráticas pasa por proporcionar unas condiciones de vida digna a la totalidad de la ciudadanía, con garantía del derecho al trabajo protegido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Segundo: Dirigir la mirada y el empeño firme hacia la situación que padece la población juvenil, gravemente acosada por los efectos de la crisis, para diseñar políticas específicas que reviertan el colapso que los jóvenes encuentran para su incorporación al mundo laboral, de tal manera que puedan alcanzar su pleno desarrollo personal, vean garantizada su autonomía, su futuro y se favorezca su emancipación.

Tercero: Promover desde los Parlamentos Autonómicos acciones para la colaboración y cooperación en las políticas reguladoras de la inmigración, de tal manera que en todas las Comunidades Autónomas se alcance una efectiva integración de los inmigrantes, evitando las situaciones de exclusión y favoreciendo su participación en el proceso democrático en todos los lugares elegidos para su residencia, de acuerdo con la normativa vigente.

Cuarto: Reivindicar el papel de los Parlamentos Autonómicos en la defensa de los valores democráticos y apostar por las vías democráticas para la consecución de la delicada tarea de cohesionar las relaciones sociales, así como la construcción de proyectos que garanticen el desarrollo de nuestros pueblos donde no pueden tener cabida la extorsión, las amenazas, ni ningún tipo de expresión de la violencia.

Quinto: Manifestar el convencimiento de que a través de la política con mayúsculas es posible encontrar las mejores vías de convivencia y los acuerdos que incidan en la calidad de vida, la seguridad y el desarrollo personal de las ciudadanas y ciudadanos de nuestro país.

Sexto: Proclamar la defensa del Estado social y democrático de Derecho y del Estado Autonómico, consagrados por la Constitución, como verdaderos artífices del progreso y transformación social y de la garantía de las libertades públicas, alcanzados en los años de vida democrática, y modelo imprescindible para asegurar el futuro desarrollo que entre todos,

instituciones y ciudadanía, hemos de alcanzar desde la solidaridad y la confianza en las grandes posibilidades del pueblo español.

Séptimo: Perseverar en la lucha contra la violencia de género que padecen muchas mujeres en nuestro país con un continuo e inadmisibles goteo de víctimas mortales, mediante el impulso de actuaciones efectivas de apoyo a las mujeres que padecen acoso y persecución de sus agresores, favoreciendo la educación precisa para revertir la cultura sexista que favorece las agresiones y malos tratos hacia las mujeres.

Octavo: Animar a los ciudadanos y ciudadanas a participar en las convocatorias electorales que se celebrarán el 22 de mayo próximo, haciendo de la expresión de su voluntad en las urnas el verdadero impulso democrático legitimador de las instituciones parlamentarias y de las decisiones políticas que habrán de aplicarse en el futuro.

Noveno: Reafirmar la apuesta de los Parlamentos Autonómicos, como máximas instituciones de la representación popular de nuestras Comunidades, por participar en el procedimiento de elaboración de los actos legislativos de la Unión Europea en aplicación del principio de subsidiariedad, y así garantizar un mayor acercamiento de las decisiones comunitarias a la ciudadanía y preservar, al mismo tiempo, la necesaria transparencia de los acuerdos que se adopten en los distintos niveles de decisión de la Unión Europea.

Décimo: Insistir en la voluntad de todos los Parlamentos de aproximar su actividad a la ciudadanía, ofreciendo instrumentos para favorecer un mejor conocimiento de la vida parlamentaria, como la Red Parlamentaria que ahora impulsamos, y en la que nos comprometemos a ofrecer la máxima información al servicio de los ciudadanos y ciudadanas.”

## II Composición de la cámara. Bajas y altas de diputados

Como suele suceder, después de los comicios municipales de mayo se produjo un destacable número de renunciaciones a su condición de diputado, con la consiguiente sustitución por los diputados candidatos siguientes en las listas<sup>2</sup>. Éstos fueron:

Nombre de la/del diputada/o que causó la BAJA	Nombre de la/o diputada/o que causó el ALTA	Fecha (2011)	Partido	Circunscripción electoral
Carlos Negreira Souto	Antonio Ángel Fraga Sánchez	junio	PP	A CORUÑA
Manuel Santos Ruíz Rivas	María de la Encarnación González Montemuiño	junio	PP	A CORUÑA
José Antonio García López	María Lourdes Yáñez García	junio	PP	LUGO
José Carlos López Campos	María Lorena López Rodríguez	junio	PP	PONTEVEDRA
José Ferverza Costas	Jacobo Moreira Ferro	junio	PP	PONTEVEDRA
M <sup>a</sup> del Mar Barcón Sánchez	Luis María Tojo Ramallo	junio	PSOE	A CORUÑA
Rosendo Luis Fernández Fernández	Marta María Rodríguez-Vispo Rodríguez	julio	PP	OURENSE
Ignacio Javier López Chaves Castro	D. <sup>a</sup> María de Fátima Iglesias Ferreira	julio	PP	PONTEVEDRA

<sup>2</sup> En íntima relación con estos procesos están las regulaciones sobre el status del sufragio pasivo que estudié en: Pensamiento republicano y derecho constitucional. *El problema de la irreelegibilidad 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. Octubre 2007.



### III Reuniones de los órganos de la cámara. calendario de actividades

La ordenación del trabajo parlamentario y el calendario de actividades se aprobó en la Mesa-Xunta de Portavoces, de 25 de enero de 2011 para el primer período ordinario, tal como se establece en el artículo 67 del Reglamento del Parlamento de Galicia<sup>3</sup>.

Como resumen estadístico, éste es el resultado global de las reuniones de los órganos de la Cámara durante este período:

ÓRGANO		Núm. reuniones
MESA		28
JUNTA DE PORTAVOCES		12
PRESIDENTES/AS DE COMISIÓN		6
PLENO		11
DIPUTACIÓN PERMANENTE		
COMISIONES	Comisión 1. <sup>a</sup> , Institucional, de Administración general, Justicia e Interior	11
	Comisión 2. <sup>a</sup> , Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente y Servicios	9
	Comisión 3. <sup>a</sup> , Economía, Hacienda y Presupuestos	9
	Comisión 4. <sup>a</sup> , Educación y Cultura	10
	Comisión 5. <sup>a</sup> , Sanidad, Política Social y Empleo	13
	Comisión 6. <sup>a</sup> , Industria, Energía, Comercio y Turismo	8
	Comisión 7. <sup>a</sup> , Agricultura, Alimentación, Ganadería y Montes	8
	Comisión 8. <sup>a</sup> , Pesca y Marisqueo	10
	Comisión del Reglamento	
	Comisión del Estatuto de los Diputados	2
	Comisión de Peticiones	1
	Comisión de Control de la CRTVG	5
	Comisión para las relaciones con el <i>Consello de Contas</i>	2
	Comisión de Asuntos Europeos	1
Comisión de estudio sobre la seguridad viaria en Galicia	3	
	Comisión no permanente de estudio para la elaboración de un plan de dinamización demográfica de Galicia	11

### IV Procedimiento especial de carácter institucional. El debate anual de política general

El debate de política general tuvo lugar los días 15 y 16 de marzo de 2011, cumpliendo el trámite previo (artículo 48 de la Ley 1/1983) de solicitud por parte del conselleiro de la Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, a través de escrito presentado en el Registro de la Cámara con fecha 5 de febrero de 2011 (doc. núm. 58840), de comparecencia del presidente de la Xunta para informar y debatir respecto de la situación política de la Comunidad Autónoma de Galicia<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Explico los criterios generales de funcionamiento del Estado autonómico y de sus órganos en "Temarios Dereito constitucional e autonómico grupos A1 A2". EGAP, 2011. <http://egap.xunta.es/fich/public216.pdf>

<sup>4</sup> Para una mejor comprensión del alcance de los procedimientos gubernamentales en el Parlamento tengo escrito: "Técnica legislativa y control judicial". En la Revista Debate, publicación digital de la Asamblea 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)

Tras la intervención del presidente por la mañana, y de los grupos parlamentarios por la tarde, y luego de las intervenciones de los correspondientes portavoces y de nuevo del presidente de la Xunta, cumpliendo los reglamentarios turnos de réplica y súplica, y luego de la presentación en el Registro general de las propuestas de resolución, la Mesa del Parlamento admitió a trámite 218 propuestas de resolución del Grupo Parlamentario Bloque Nacionalista Galego, 240 del Grupo Parlamentario de los Socialistas de Galicia, y 37 del Grupo Parlamentario Popular. Del conjunto de estas propuestas, se aprobaron 37 resoluciones a iniciativa del G.P. Popular, 16 resoluciones del G.P. BNG y 20 del Grupo Parlamentario de los Socialistas. Se pueden consultar en el BOPG núm. 435 fasc. 2, de 22 de marzo de 2011.

## V Procedimientos de naturaleza normativa

Durante el primer período de sesiones de 2011 se presentaron ocho proyectos de ley.

1. Proyecto de ley de convivencia y participación de la comunidad educativa.
2. Proyecto de ley de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.
3. Proyecto de ley de disciplina presupuestaria y sustentabilidad financiera.
4. Proyecto de ley del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.
5. Proyecto de ley del área metropolitana de Vigo.
6. Proyecto de ley de movilidad de tierras.
7. Proyecto de ley del turismo de Galicia
8. Proyecto de ley del Plan gallego de estadística.

En el mismo período se aprobaron cuatro proyectos de ley. Estos proyectos, ya convertidos en leyes, son:

1. Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consello Galego da Competencia
2. Ley 2/2011, de 16 de junio, de disciplina presupuestaria y sustentabilidad financiera.
3. Ley 3/2011, de 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia
4. Ley 4/2011, de 30 de junio, de convivencia y participación de la comunidad educativa.

En relación con la Ley 2/2011, es necesario hacer las siguientes reflexiones, que sirven para ubicar el nuevo contexto de tramitación presupuestaria con los cambios normativos adoptados:

En tiempos de penurias e inseguridades económicas todas las reflexiones científicas, sean de ámbitos económicos o de otras ciencias sociales, y políticas se dirigen a un reenfoque de los condicionantes que las Instituciones y los procedimientos generan en relación con el funcionamiento de la economía en general y de la hacienda pública en particular.

En este orden de cosas, la procura de la eficiencia en la gestión de los recursos públicos encuentra su lugar de estudio natural en lo que en sede doctrinal se denomina Derecho presupuestario, pues los presupuestos del sector público son, en las modernas sociedades democráticas, un instrumento fundamental de ordenación de la economía y de equilibrio de los eventuales desajustes del denominado sistema de mercado.

Desde una perspectiva parlamentaria, la cuestión puede ser analizada también con ánimo de mejorar algo esencial cuando de recursos públicos estamos hablando: el perfecciona-



mento de la participación de las Cámaras en la elaboración de la ley de presupuestos, y especialmente en el seguimiento posterior de cómo ésta se ejecuta y los resultados que con dicha plasmación práctica se obtienen.<sup>5</sup>

El punto de partida de esta cuestión en nuestro Derecho es el artículo 134<sup>6</sup> de la Constitución, que perfila una regulación con dos notas fundamentales:

- Se preocupa esencialmente de la tramitación de la ley de presupuestos y de su contenido, y olvida el control posterior de su ejecución por el Parlamento
- Atribuye un papel destacado al Gobierno en relación al otorgado al Parlamento, en comparación al que tienen en el procedimiento legislativo ordinario.

Cuando el Tribunal Constitucional español<sup>7</sup> analiza esta ley de presupuestos destaca tres objetivos especialmente relevantes, que son:

- Asegurar el control democrático del conjunto de la actividad financiera pública (arts.9.1 y 66.2, ambos de la CE),
- Participar de la actividad de dirección política al aprobar o rechazar el programa político, económico y social que propusiera el Gobierno y que los presupuestos representan, y
- Controlar que la asignación de los recursos públicos se efectúe, como exige expresamente el art. 31.2 CE, de una forma equitativa,

De este modo, está reconociendo que el planteamiento tradicional de singularizar la función presupuestaria al margen de las restantes de las Cámaras perdió sentido en pleno siglo XXI, y con unos legislativos totalmente remozados tanto en su funcionamiento y relaciones con los restantes poderes del Estado, como en el tratamiento de las cuestiones presupuestarias.

La función de control parlamentario del Gobierno presenta en la actualidad aspectos novedosos que modifican su conceptualización tradicional dentro del Derecho constitucional. Como señalaba Giuseppe de Vergottini, la función de control en los parlamentos de finales del siglo XX evoca ante todo el sometimiento del Gobierno a la superioridad parlamentaria y unifica el poder de dirección del Parlamento y el poder de verificación del respeto gubernamental de las directivas parlamentarias<sup>8</sup>.

En el ámbito de la doctrina, los profesores Montero y García Morillo, definieron el control parlamentario como “la actividad parlamentaria encaminada, a través de una multiplici-

<sup>5</sup> La doctrina española es escéptica en relación a este objetivo. Así, Pedrés Abello, en su estudio preliminar al libro *El poder financiero del Parlamento*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, página 11:

6. 1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación.
2. Los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado.
3. El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior.
4. Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos.
5. Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, sólo el Gobierno podrá presentar proyectos de Ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario.
6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.
7. La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una Ley tributaria sustantiva así lo prevea.

<sup>7</sup> Tomado de su trabajo “*la funzione di controllo nei parlamenti alla fine del secolo*”. Ponencia presentada al seminario sobre el control parlamentario, Madrid, 1995.

<sup>8</sup> Tomado de su trabajo “*la funzione di controllo nei parlamenti alla fine del secolo*”. Ponencia presentada al Seminario sobre el control parlamentario, Madrid, 1995.

dad de mecanismos diversos, a la comprobación de la actividad del poder ejecutivo y a la verificación de su actuación a los parámetros establecidos por el Parlamento, susceptible de producir diversas consecuencias entre las que conviene destacar la responsabilización política del Gobierno<sup>9</sup>. Como observamos, este sector doctrinal disocia el concepto de control y el de responsabilidad, de tal modo que el ejercicio del control parlamentario podrá conllevar la exigencia de una responsabilidad política o no, según el tipo de instrumentos utilizados o las circunstancias políticas que se produzcan.

Supone un principio generalmente admitido el hecho de que, al ser el Parlamento el que aprueba y autoriza los ingresos y gastos, tiene el derecho de comprobar si sus prescripciones han sido observadas. De este modo, el control parlamentario implica, como subrayaron Le Guern, Message y Tessier<sup>10</sup>, tres exigencias fundamentales: el poder de información al objeto de verificar la pertinencia de las opciones gubernamentales y el respeto a las autorizaciones concedidas, la potestad de criticar y la de sancionar con el rechazo la proposición de que se trate.

A un lado de estas concepciones teóricas del control y su trascendencia en el ámbito financiero, se encuentra la necesaria superación, a nuestro juicio, del principio generalmente admitido de que la ley presupuestaria, y en general todas las materias atinentes a las finanzas públicas, tienen su mejor tratamiento en sede gubernamental. Como reclamó Cazorla Prieto “es necesario desterrar la trasnochada idea de que el Gobierno es el dueño del presupuesto, singularmente en su fase de elaboración y ejecución”<sup>11</sup>.

Nuestro más alto tribunal reflexionó sobre la naturaleza de los créditos presupuestarios y la relación que guarda su ejecución con los mecanismos de responsabilidad política en los Parlamentos en la ilustrativa sentencia 223/2006, de 6 de julio, en la que expone la teoría sobre la doble confianza en la ejecución del presupuesto:

“... En su condición de vehículo de dirección de la política económica del Ejecutivo, el presupuesto es un instrumento fundamental para la realización de su programa de gobierno. Las singularidades de su procedimiento de elaboración y aprobación hacen de él, además, una expresión cualificada, en lo económico, de la confianza parlamentaria sobre la que necesariamente ha de constituirse cualquier Gobierno.

La ejecución de un presupuesto en curso supone la verificación de dos confianzas: de un lado la obtenida por el Gobierno con la investidura de su Presidente; de otro la concedida específicamente por la Cámara a su programa anual de política económica. Así como la primera sólo se pierde en los casos expresamente establecidos (con el éxito de una moción de censura o el fracaso de una cuestión de confianza), la segunda se conserva a lo largo del período de vigencia natural (o prorrogada) del presupuesto, de suerte que el Gobierno puede pretender legítimamente que las previsiones económicas en él contenidas se observen rigurosamente en el curso de su ejecución. Puede pretender, en definitiva, que sólo sea relevante la oposición a su programa de gobierno, traducida en una retirada formal de la confianza obtenida con la investidura y que, constante esa confianza, no se dificulte la ejecución del programa del Gobierno haciéndolo impracticable con la desnaturalización del

<sup>9</sup> Tomado de las páginas 35-36 de su libro *El control parlamentario*, Madrid, 1984.

<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. su trabajo “El procedimiento presupuestario: control parlamentario de la ejecución del presupuesto”. Ponencia presentada en el Seminario sobre derecho parlamentario celebrado en Vitoria- Gasteiz, marzo de 1990.



programa económico sobre el que se asienta. Éste es el fundamento de la facultad que se le reconoce al Ejecutivo para oponerse a la tramitación de iniciativas legislativas que puedan desvirtuar el instrumento económico de su acción de gobierno.” (Fundamento jurídico 5º).

Como ya subrayó la Constitución española, además de singularizar en el artículo 66 la aprobación de los presupuestos de la función legislativa ordinaria, dedica expresamente un precepto, el artículo 134 incluido dentro del Título rubricado “Economía y Hacienda” a esta tarea de las Cortes Generales.

Nuestro más alto Tribunal perfiló, en una ya antigua sentencia 76/1992, el alcance de la ley anual de presupuestos dentro de las categorías tradicionales de las funciones de las Cámaras, al afirmar en su fundamento jurídico 4º que:

“...Tratándose de una ley que no es sólo un conjunto de previsiones contables (STC 65/1987, fundamento jurídico 4.), sino un vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno, no sólo puede -y debe- contener la previsión de ingresos y las autorizaciones del gasto, sino que también puede establecer «disposiciones de carácter general en materias propias de la ley ordinaria estatal (con excepción de lo dispuesto en el apartado 7. del art. 134 C.E.) que guardan directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan» (STC 63/1986, fundamento jurídico 12).

Así pues, las leyes anuales de Presupuestos tienen un contenido mínimo, necesario e indisponible (STC 65/1987, fundamento jurídico 4.), constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, y un contenido posible, no necesario y eventual que puede afectar a materias distintas a ese núcleo esencial, constituido por la previsión de ingresos y la 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>.

La elaboración de los presupuestos generales del Estado español se describe en la ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre, y en la Comunidad Autónoma encuentra su norma reguladora en la Ley 11/1992, de 7 de octubre, de régimen financiero y presupuestario de Galicia<sup>13</sup>. El título III de esta última Ley se ocupa de esta materia, disponiendo cuál es la tramitación oportuna que debe seguir el anteproyecto de ley de presupuestos generales de la comunidad autónoma de un modo por lo demás muy parecido al dispuesto en la normativa del Estado para los Presupuestos Generales. En este orden de cosas se presenta más correcta, desde el punto de vista técnico, a la hora de enumerar las competencias parlamentarias en la elaboración de los presupuestos generales, la prescripción del artículo 31, apdo. 2º de la Ley de principios ordenadores de la Hacienda General del País Vasco<sup>14</sup> al explicitar que es función del parlamento la aprobación de su propio

12 En palabras del maestro Sainz de Bujanda: “la aprobación del presupuesto es por esencia la manifestación suprema y sintética del poder financiero del Parlamento”. Tomado de su trabajo: “El poder financiero de las Cortes Generales:

13 Publicada en el DOG núm. 200, de 14 de octubre de 1992.

14 Manejamos la edición del Parlamento vasco en la colección: trabajos parlamentarios 2. En ella se puede consultar la completa tramitación parlamentaria de la ley con las distintas modificaciones que le fueron incorporadas al proyecto original.

presupuesto, que se integrará, para los efectos del debido orden, en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Esta autonomía reconocida con carácter casi universal a las Cámaras, está siendo aconsejada por la mejor doctrina que se ocupó del problema de los presupuestos de los Parlamentos.<sup>15</sup>

En sintonía con lo previsto en el artículo 88 de la Constitución<sup>16</sup> el proyecto de presupuestos deberá ir acompañado de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poderse pronunciar. Este mandato constitucional se incumplía en el pasado en el caso de Galicia, de modo generalizado en los proyectos de legislación común, en lo tocante a los antecedentes necesarios que deben acompañar a las iniciativas gubernamentales. Es precisamente el proyecto anual de presupuestos la única laudable excepción que se sometió, cuando menos formalmente<sup>17</sup>, a los requisitos documentales que posibilitan la necesaria información previa de los parlamentarios, para el debate y eventual aprobación de su texto. En este sentido, el artículo 52 de la Ley 11/1992 para el caso gallego, establece una garantía complementaria, como es la obligatoriedad de la remisión de la citada documentación al Parlamento antes del 20 de octubre, con la que queda claramente periodificado el inicio del ciclo presupuestario en el seno de la Cámara autonómica. La fijación de este plazo no empece, a nuestro juicio, la perfecta constitucionalidad de los presupuestos tramitados con su incumplimiento, pues nos encontramos ante una mera irregularidad que en su caso daría lugar exclusivamente a los eventuales controles de carácter político que la Cámara tuviera a bien realizar<sup>18</sup>.

A la aparición en el Derecho presupuestario español, por imperativo del Plan de Estabilidad y Crecimiento aprobado en su día por la Unión Europea, de la restricción del déficit presupuestario supuso también modificaciones normativas con consecuencias parlamentarias. De este modo podemos traer a colación el artículo 8 del Real Decreto legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Estabilidad presupuestaria en el que se dispone respecto del establecimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria lo siguiente:

- En el primer semestre de cada año, el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda y previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas y de la Comisión Nacional de Administración Local en cuanto al ámbito de las mismas, fijará el objetivo de estabilidad presupuestaria referido a los tres ejercicios siguientes, tanto para el conjunto del sector público, como para cada uno de los grupos de agentes comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley. Dicho objetivo estará expresado en términos porcentuales del Producto Interior Bruto nacional.
- La propuesta de fijación del objetivo de estabilidad estará acompañada de un informe en el que se evalúa la fase del ciclo económico que se prevé para cada uno de

15 Así Carlo Finzi: *L'autonomia amministrativa ed economica delle assemblee legislative*. Camera dei deputi. Segreteria Generale. Roma, 1980. Para las Cortes Generales resulta de interés el trabajo de Salvador Montejo Velilla: "El régimen económico del Parlamento desde el punto de vista de la autonomía financiera", contenido en el libro colectivo: *El Parlamento y sus transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia*.

16 y en el artículo 111 del Reglamento del Parlamento de Galicia.

17 Martínez Lago es muy crítico con este cumplimiento formal de la remisión de los antecedentes pues entiende que la situación actual provoca que el debate parlamentario cuente con amplias zonas de oscuridad y fuertes impedimentos para el pleno conocimiento del alcance de la ley que se aprueba. "El control parlamentario sobre el presupuesto público", *Presupuesto y Gasto Público*, 48/2007. Segreteria General de Presupuestos y Gastos, Instituto de Estudios Fiscales, Página 131.

18 El incumplimiento del mandato temporal previsto en la ley presupuestaria es habitual en los años en los que se produce una convocatoria electoral, pues el ejecutivo surgido de las urnas no dispone del tiempo necesario para la preparación de un proyecto tan complejo como es el de presupuestos.



los años contemplados en el horizonte temporal de fijación de dicho objetivo. Este informe será elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda, previa consulta al Instituto Nacional de Estadística y al Banco de España sobre la posición cíclica de la economía española, y teniendo en cuenta las previsiones del Banco Central Europeo y de la Comisión Europea. Contendrá el cuadro económico de horizonte plurianual y tendrá en cuenta, entre otros, los siguientes parámetros de referencia: la previsión de evolución del Producto Interior Bruto nacional y diferencial respecto a su potencial de crecimiento, comportamiento esperado de los mercados financieros, del mercado laboral y del sector exterior, previsiones de inflación, necesidades de endeudamiento, las proyecciones de ingresos y gastos públicos en relación con el Producto Interior Bruto y el análisis de sensibilidad de la previsión.

Respecto de la tramitación parlamentaria en las Cortes Generales del citado instrumento, la ley dispone que el acuerdo del Consejo de Ministros en el que se contenga el objetivo de estabilidad presupuestaria se remitirá a las Cortes Generales acompañado del informe al que se refiere el apartado anterior. En forma sucesiva, y tras el correspondiente debate en Pleno, el Congreso de los Diputados y el Senado se pronunciarán aprobando o rechazando el objetivo de estabilidad propuesto por el Gobierno.

Si, aprobado el objetivo de estabilidad por el Congreso de los Diputados, el mismo fuera rechazado por el Senado, el objetivo se someterá a nueva votación del Congreso, aprobándose si éste lo ratifica por mayoría simple.

Aprobado el objetivo de estabilidad por las Cortes Generales, la elaboración del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado habrá de acomodarse a ese objetivo. Si es rechazado, el Gobierno, en el plazo máximo de un mes, remitirá un nuevo acuerdo que se someterá al mismo procedimiento.

Este procedimiento suscitó en su día serias reservas para autores como Jiménez Díaz en relación a posibles superposiciones de debates, indefinición en los casos de discrepancias entre las Cámaras o rechazo de las propuestas presentadas. En tales casos se suscita incluso la necesaria solución mediante la participación del Tribunal Constitucional<sup>19</sup>.

Son muy variadas las problemáticas suscitadas desde el punto de vista del control parlamentario a la hora de la elaboración de los presupuestos. Nos detendremos aquí en tres que siguen manteniendo su relevancia en la actualidad: el contenido natural de la ley de presupuestos, el tratamiento de las enmiendas presupuestarias y la prórroga automática de los presupuestos.

El primero de estos problemas vino a ser resuelto inicialmente por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 76/1992, que perfiló de forma clara el contenido estricto de las leyes de presupuestos, proscribiendo la defectuosa técnica legislativa de incluir materias heterogéneas en el seno de la ley presupuestaria anual. Esta práctica venía siendo habitual en las leyes autonómicas de presupuestos generales en las que no era insólito encontrar modificaciones de leyes ajenas a los estados de ingresos y gastos, como la de función pública o la de patrimonio. Problemática que no es nueva, pues ya en tiempos de la II República, y refiriéndose al artículo 116 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, autores como Fábregas del Pilar o Gutiérrez del Álamo criticaron la situación, si bien con escasos frutos. En la actualidad el

<sup>19</sup> "La ley general de estabilidad presupuestaria y el procedimiento de aprobación de los presupuestos". *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 8, junio 2003, Página 212.

Tribunal Constitucional parte de la concepción de la ley de presupuestos como instrumento o como “vehículo de dirección y de orientación de la política económica que corresponde al Gobierno” (STC, de 20 de julio de 1981, Fundamento Jurídico 2º; STC 65/1987, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico 4º) y de este modo el Tribunal concluye que es perfectamente posible que la ley que apruebe los presupuestos establezca otras disposiciones de carácter general en materia propia de ley común si “guardan directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los presupuestos o con los criterios de política económica general en los que se sustenta” (STC 63/1986, Fundamento Jurídico 12; STC 65/1987, Fundamento Jurídico 4º; STC 134/1987, Fundamento Jurídico 6º).

*Lege ferenda* sería aconsejable, desde el punto de vista de la técnica normativa, la ubicación independiente de aquellos artículos que, teniendo una conexión directa con la materia presupuestaria, no afecten de manera directa a las previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos, básicamente por la dosis de seguridad jurídica que se aportaría a los distintos operadores encargados de aplicar nuestro Derecho<sup>20</sup>.

Sin duda, la limitación más trascendente que los parlamentarios encuentran a la hora de controlar la elaboración de los presupuestos, es la contenida en el artículo 133.3 del Reglamento del Congreso de los diputados, para el caso gallego en el artículo 129 del Reglamento del Parlamento de Galicia en sus apartados 3 y 4. Se precisa en esta sede que las enmiendas al proyecto de ley de presupuestos que supongan un aumento de créditos en algún concepto, únicamente podrán ser admitidas a trámite si además de cumplir los requisitos generales, proponen una baja igual en la cuantía de la misma sección<sup>21</sup>. Esta limitación trae de actualidad el requisito general exigido a los diputados para la presentación de las enmiendas, a saber la necesidad de contar con la firma del portavoz del grupo parlamentario en el que se integran. A pesar de que este requisito se contempla en los reglamentos parlamentarios “a los efectos de mero conocimiento”, la práctica parlamentaria del caso gallego se inclinó por la inadmisión de las enmiendas que no cumplan esta formalidad, en una línea que presenta, a nuestro juicio, serias dudas de constitucionalidad. No podemos desconocer, como apunta Carmelo Ursino<sup>22</sup>, que el poder de propuesta de enmienda es el único instrumento que se consiente al diputado individual de poder contribuir a la definición de la disciplina de una materia legislativa.

A un lado de esta problemática general se suscita el grado de adecuación de los reglamentos parlamentarios a las técnicas de presupuestación por programas y objetivos, debiéndose resolver el papel que cumple el concepto de “sección”<sup>23</sup> en la tramitación del proyecto de ley de presupuestos generales. En este sentido puede aconsejarse, como opina Fernández-Carnicero, una adecuación de los reglamentos parlamentarios a las nuevas técnicas presupuestarias, superando esquemas hacendísticos existentes en el momento de la elaboración de los estatutos parlamentarios<sup>24</sup>.

20 En esta línea también Ángel Avilés en su comentario: “La significación de la ley de presupuestos en el ordenamiento financiero” incluido en el volumen colectivo “Jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia financiera y tributaria” (1981-1989). Editorial Tecnos, Madrid, 1990. Págs. 266 a 272.

21 La doctrina constitucional sobre estas limitaciones del derecho de enmienda de los parlamentarios está contenida, entre otras, en las SSTC 223 y 242/2006, de 6 y 24 de julio, respectivamente.

22 La doctrina constitucional sobre estas limitaciones del derecho de enmienda de los parlamentarios está contenida, entre otras, en las SSTC 223 y 242/2006, de 6 y 24 de julio, respectivamente.

23 Lucena Betriu se muestra a favor del abandono de las clasificaciones orgánica y económica en la 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. Págs. 91 a 93. En este orden de cosas, conviene tener presente la introducción en España de la técnica de presupuestación por programas, cuando en otros países pioneros en estas materias (Estados Unidos, por ejemplo) ya se abandonaron.



Una limitación complementaria al derecho de enmienda de los parlamentarios es la que afecta a aquellas que suponen una minoración de ingresos, para las que se exige su remisión al Gobierno, en el caso gallego a la Xunta de Galicia, para que emita informe favorable a las mismas en el plazo de 15 días. José Antonio Víboras considera que esta limitación se presenta como una importante restricción al principio de competencia presupuestaria de las Cámaras, ya que el requisito de la conformidad del Gobierno puede suponer, en la práctica, una verdadera anulación del poder decisorio de las mismas<sup>25</sup>. De modo coherente con la interpretación que argumentaremos en lo tocante a las enmiendas que afecten a un proyecto de ley y que tengan efectos presupuestarios, se deberá interpretar que la disminución de ingresos tomará como punto de referencia los fondos públicos vigentes en el momento de la tramitación del proyecto de ley de presupuestos, y no el nivel de ingresos del proyecto de ley de presupuestos que se está discutiendo. Como apuntó Cazorla Prieto, otra interpretación “conduce a cercenar las facultades de control parlamentario y es perjudicial para que la Cámara pueda desarrollar debidamente su cometido de control presupuestario en uno de los aspectos que cobra día a día más importancia”.

Una vez aprobada la ley anual de presupuestos surgen inevitables circunstancias que provocan las conocidas modificaciones presupuestarias, respecto de las que el Parlamento debe mantener el necesario control, aunque autores como Corcuera<sup>26</sup> mantienen que son precisamente un claro ejemplo de como la supremacía parlamentaria en materia de presupuestos es una entelequia hoy en día. Entre todas ellas, destacan los créditos extraordinarios y suplementos de crédito que se corresponden a aquellos gastos que no puedan demorarse hasta el ejercicio siguiente, y respecto de los que no exista crédito en el estado de gastos o sea insuficiente. Estos créditos extraordinarios requieren la tramitación de un proyecto de ley y por tanto la oportuna aprobación parlamentaria, sometiéndose pues al más rígido control parlamentario<sup>27</sup> que supone el pronunciamiento de la Cámara a través del canal del procedimiento legislativo.

Sin embargo esta concepción tradicional cambió con el artículo 55.3 de la ley general presupuestaria de 2003, en la que se dispone que el Consejo de Ministros autorice los créditos extraordinarios para atender obligaciones del ejercicio corriente, así como los suplementos de crédito cuando se financien con baja en el Fondo de Contingencia. Esta excepción fue duramente criticada por la doctrina que considera que nos encontramos ante una limitación, no prevista constitucionalmente, de las facultades de las Cortes Generales sobre el gasto público, ya que las Cámaras dejan de aprobar la modificación que les propondría el Gobierno por medio de un proyecto de ley, y pasan a recibir simplemente información del empleo dado por el ejecutivo al fondo de contingencia<sup>28</sup>.

25 Se puede consultar en este sentido su trabajo: “Limitaciones de los Parlamentos de Comunidades Autónomas en el debate presupuestario”, publicado en el volumen colectivo: *El parlamento y su transformaciones actuales. Jornadas organizadas por la Asamblea Regional de Murcia*.

26 Corcuera Torres, A.: *Las modificaciones de los créditos presupuestarios competencia del Gobierno*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

27 De esta manera se regulan en el artículo 62 en la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia y se aprobaron varias leyes afectantes al régimen retributivo de los funcionarios o para atender los gastos de las elecciones al Parlamento de Galicia. En este sentido se puede consultar nuestro trabajo: “Crónica parlamentaria de final de legislatura del Parlamento de Galicia” 1er. Período de sesiones, 1993. Revista de las Cortes Generales núm. 29, 2º cuatrimestre de 1993.

Algún autor como Alberto Figueroa Laradogoitia incluye dentro de las funciones de control del Parlamento aquellas que se refieren a las autorizaciones patrimoniales y financieras que la Cámara tiene atribuidas, conforme a las previsiones que la ley vasca 14/1983, sobre patrimonio de Euskadi hace al respecto. Vid. su libro: “El Parlamento vasco”. Instituto vasco de Administración Pública. Cuadernos autonómicos nº 17. Páginas 113 y 114.

28 A estas críticas, autores como Orón Moratal, suman el problema añadido de la posibilidad de creación de créditos nuevos a través de transferencias de créditos, previstas en el artículo 52.1 de la ley general presupuestaria, lo que devalúa notablemente la intervención parlamentaria aprobatoria del plan financiero estatal, a favor de la competencia gubernamental durante la ejecución presupuestaria. “Prólogo a la tercera edición” de la obra *Legislación presupuestaria*. 3ª edición, Tecnos, Madrid.

La actividad de control desarrollada por la Comisión parlamentaria competente, en el caso gallego la de Economía, Hacienda y Presupuestos, afecta al seguimiento de las modificaciones presupuestarias, y de este modo, el artículo 65 de la Ley 11/1992 prevé en su apartado 2º que de cada modificación presupuestaria consistente en una transferencia de crédito, el Consello da Xunta deberá dar cuenta, de manera singular, en el plazo máximo de 20 días, a la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos, con la remisión de la copia del correspondiente expediente. De igual modo, las incorporaciones de créditos previstas en el artículo 71 de la Ley citada deberán ser conocidas por la comisión parlamentaria para los debidos efectos de control. Como subrayó Cazorla Prieto, “la acentuación de este control presupuestario en sede parlamentaria es una imposición decidida de los tiempos que corren y de las circunstancias que imperan hoy”<sup>29</sup>.

Esta actividad de la Comisión parlamentaria de control viene siendo de las más destacadas dentro de las comisiones permanentes. Esta situación no es exclusiva de nuestro legislativo autonómico, y de este modo encontramos datos de las Cámaras federales de Ontario y Québec en las que se puede comprobar como las comisiones de presupuestos y finanzas y asuntos económicos suponen un porcentaje muy importante, y en todo caso mayoritario, de las reuniones mantenidas por las respectivas comisiones parlamentarias<sup>30</sup>.

De este modo paralelo a la información relativa a las modificaciones presupuestarias, es necesario prever una dación de cuenta periódica por parte de los responsables gubernamentales del Estado de ejecución presupuestaria<sup>31</sup>. El artículo 135 de la ley general presupuestaria de 2003 dispone, bajo el epígrafe de “Información a remitir a las Cortes Generales”, lo siguiente: “Sin perjuicio de la facultad de las Cortes Generales de solicitar del Gobierno la información que estimen oportuna, la Intervención General de la Administración del Estado, con periodicidad mensual, pondrá a disposición de las Comisiones de Presupuestos del Congreso de los Diputados y del Senado información sobre la ejecución de los presupuestos. Con la misma periodicidad, la Intervención General de la Seguridad Social remitirá a dichas Comisiones información sobre la ejecución de los presupuestos de las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social.”

Opinamos, de acuerdo con Pulido Quecedo, que un buen mecanismo para el control de ejecución presupuestaria es el establecido por las oficinas de control presupuestario, que permiten un asesoramiento técnico de los órganos de la Cámara y de los diputados, en relación con la aprobación y ejecución de los presupuestos generales y con aquellos aspectos de la actividad parlamentaria que tengan repercusión en los ingresos y en los gastos públicos<sup>32</sup>.

29 Tomado de su trabajo “El procedimiento presupuestario: control parlamentario de la ejecución del presupuesto”. Ponencia presentada al Seminario sobre el derecho parlamentario, Vitoria-Gasteiz, Marzo, 1990.

30 En este sentido, se puede consultar el trabajo: “Les commissions parlementaires au Québec et en Ontario” del nº 1 del volumen 19 de la *Revue parlementaire canadiense*. 1996. Con carácter general los organismos internacionales especializados valoran singularmente en sus esquemas de evaluación institucional el grado de participación que los parlamentarios tienen en el control de la ejecución del presupuesto. Así, el estudio *Evaluar un Parlamento*, publicado por la Unión Interparlamentaria, Ginebra, 2008, página 19 entre otras.

31 De este modo, en Galicia el artículo 117, apartado. 3º de la Ley 11/1992, obliga al conselleiro de Economía e Facenda a comparecer trimestralmente ante la Comisión 3ª del Parlamento de Galicia, de Economía, Facenda e Orzamentos para los citados efectos.

32 Conforme a su trabajo “Las comisiones de presupuestos” presentado al Seminario sobre “Las comisiones parlamentarias” organizado por el Parlamento vasco en octubre de 1993. Según el trabajo de Valverde Navarro y Ordóñez Domínguez la experiencia de las oficinas presupuestarias parlamentarias alcanzó cierto éxito en las Comunidades autónomas de Madrid, Canarias, Andalucía y Murcia. “La Oficina de control presupuestario”, *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 8 junio 2003, página 347 y siguientes. La importancia del papel de las comisiones parlamentarias en el control del gobierno, así como la necesidad de mejorar los medios personales y materiales con los que cuentan fue señalada por Francisco J. Visiedo Mazón en su ponencia: “Auxilio técnico a las Comisiones” presentada al Seminario antes citado.



En la IX legislatura de las Cortes Generales<sup>33</sup> se inició un trámite parlamentario con la presentación de una proposición de ley del grupo parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds por la que se crea la Oficina de Gestión y Control Presupuestario. Las enmiendas presentadas por los distintos grupos tratan de configurar una Oficina técnica huyendo de la redacción inicial que diseña un órgano más parecido a una comisión parlamentaria ad hoc. Las dudas en su configuración no auguran una rápida constitución de este instrumento parlamentario, ya anunciado por las leyes presupuestarias decenios atrás.

El ciclo presupuestario se completa, como bien es sabido, con la tramitación de la cuenta general de la comunidad, prevista en los artículos 118 y siguientes de nuestra ley presupuestaria. Como apuntó Fernández-Carnicero, la Cuenta general es el núcleo esencial del control presupuestario de la ejecución del presupuesto<sup>34</sup>. La cuenta general de la comunidad de cada año debe formarse, en el caso gallego, antes del 31 de agosto del año siguiente, y se remitirá después de acuerdo del Consello da Xunta al Consello de Contas de Galicia y al Tribunal de Contas, dentro de los dos meses siguientes a su formación. En todo caso, la cuenta general deberá ser aprobada por el Parlamento de Galicia para dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 10 del Estatuto de Autonomía.

No debemos perder de vista, como subraya Arce Janáriz, que el Parlamento puede requerir también del órgano de control externo, en el caso de Galicia denominado Consello de Contas, además del relativo a la cuenta anual, otros informes sobre cuestiones de ámbito financiero más limitadas<sup>35</sup>, si bien la práctica gallega en este extremo resulta poco esperanzadora, ya que la mayoría parlamentaria no es generalmente proclive a la solicitud de estos informes especiales.

Respecto de la materia de la prórroga automática de los presupuestos el punto de partida constitucional es el artículo 134.4, que dispone:

“Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos”.

Tal previsión constitucional<sup>36</sup> vino a ser interpretada en su alcance por la Sentencia 3/2003, de 16 de enero. En su fundamento jurídico 5º se afirma:

“...la propia Constitución establece en su art. 134.4 la posibilidad de que esa vigencia resulte temporalmente prorrogada en el supuesto de que “la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente”, en cuyo caso “se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos”. En el mismo sentido, el art. 56.1 LGP dispone que “si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación

33 Puede consultarse el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 25 de abril de 2008, Serie B: Proposiciones de ley, número 90-1 y el 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. Pág. 249.

35 Vid. Su análisis detenido acerca de los órganos legitimados para la solicitud de estos informes en las comunidades que disponen de Sindicatura de Cuentas propia y aquellas en las que no existe en su trabajo: “La distribución del control parlamentario entre los órganos de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas”. Seminario VI Jornadas: Problemas actuales del control parlamentario, Madrid, 1995.

36 Que en el ámbito autonómico no siempre cuenta con la constatación en los Estatutos de Autonomía y se introduce por vía legal, como ocurre en el caso gallego.

y publicación de los nuevos en el Boletín Oficial del Estado”. En consecuencia, teniendo la autorización de gastos prevista en la Ley de presupuestos un carácter anual, es evidente que la prórroga de los créditos autorizados constituye, como muestra la experiencia del Derecho comparado en las democracias parlamentarias, un mecanismo excepcional que opera en bloque y exclusivamente en aquellos casos en los que, finalizado el ejercicio presupuestario, aún no ha sido aprobada la nueva Ley. La prórroga opera, además, como un mecanismo automático, ex Constitutione, sin necesidad de una manifestación de voluntad expresa en tal sentido, durante el tiempo que medie entre el inicio del nuevo ejercicio presupuestario y “hasta la aprobación de los nuevos.”

Esta concepción de nuestro Alto tribunal llevó a autores como Moreno González a exponer los numerosos problemas que en el ámbito del control se suscitan respecto a los presupuestos prorrogados, algunos de ellos derivados de la lacónica regulación constitucional de la institución, que transmite dudas incluso sobre los tipos de gastos sobre los que cabe entender operada la prórroga<sup>37</sup>.

En cuanto a las proposiciones de ley, se presentaron cuatro:

1. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. del BNG, de modificación de la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia.
2. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. del BNG y G.P. de los Socialistas de Galicia, de modificación de la Ley 5/2001, de 28 de junio, de régimen jurídico de las concesiones en la isla de Ons.
3. Proposición de ley, a iniciativa del G.P. del BNG, reguladora del servicio público audiovisual y de la autoridad audiovisual de Galicia.
4. Proposición, a iniciativa de los GG.PP. Popular de Galicia y de los Socialistas de Galicia, de los medios públicos de comunicación audiovisual de Galicia.

No superaron el trámite de toma en consideración, y por lo tanto fueron rechazadas seis proposiciones de ley:

1. Proposición de ley, a iniciativa del Grupo Parlamentario del Bloque Nacionalista Galego, de normalización de la onomástica de Galicia.
2. Proposición de ley, a iniciativa del Grupo Parlamentario de los Socialistas de Galicia, reguladora de la participación de las entidades locales en los tributos de la Comunidad Autónoma de Galicia.
3. Proposición de ley, a iniciativa del Grupo Parlamentario del Bloque Nacionalista Galego, de fomento de la corresponsabilidad.
4. Proposición de ley, a iniciativa del Grupo Parlamentario del Bloque Nacionalista Galego, de modificación de la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia.
5. Proposición de ley, a iniciativa del Grupo Parlamentario del Bloque Nacionalista Galego y Grupo Parlamentario de los Socialistas de Galicia, de modificación de la Ley 5/2001, de 28 de junio, de régimen jurídico de las concesiones en la isla de Ons.
6. Proposición de ley, a iniciativa del Grupo Parlamentario del Bloque Nacionalista Galego, reguladora del servicio público audiovisual y de la autoridad audiovisual de Galicia.

<sup>37</sup> “Algunas consideraciones sobre el concepto y contenido de la Ley de Presupuestos. La Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2003, de 16 de enero”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, nº 269, 2003, página 590.



También durante este período se presentaron dos proposiciones de ley de iniciativa legislativa popular:

Proposición de ley, de iniciativa legislativa popular, para la mejora de la convivencia y el desarrollo saludable del ocio nocturno gallego, que posteriormente decayó.

Proposición de ley de iniciativa legislativa popular relativa a la regulación de las garantías hipotecarias, que *no fue admitida a trámite* por falta de requisitos legales.

Recordar que se encuentra en trámite una proposición de ley proveniente de la anterior legislatura: Proposición de ley de iniciativa legislativa popular para la creación y regulación del Área Metropolitana de Vigo.

## Ponencia conjunta

Actualmente está constituida una Ponencia conjunta para la elaboración de una proposición de ley de fomento de la cultura de la paz de Galicia.

Desde el Ejecutivo se comunicó al Parlamento el acuerdo del Consello da Xunta de Galicia de aprobación de ocho Convenios y acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas, que fueron ratificados por la Cámara:

1. Convenio de colaboración entre la Comunidad Autónoma de Galicia y otras comunidades autónomas en materia de juventud, para la coordinación de sus actividades e instalaciones.
2. Convenio de colaboración entre la Comunidad Autónoma de Galicia y otras comunidades autónomas en materia de Prevención y extinción de incendios forestales.
3. Convenio de colaboración entre la Comunidad Autónoma de Galicia y otras comunidades autónomas en materia de Protección civil y gestión de emergencias.
4. Convenio de colaboración entre comunidades autónomas para el reconocimiento recíproco de los certificados de formación de los aplicadores de tatuajes, piercings y micropigmentaciones.
5. Convenio de colaboración entre comunidades autónomas para la ejecución que es correspondan de las medidas de internamiento y medio abierto previstas en el artículo 7.1 de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
6. Convenio de colaboración entre comunidades autónomas para el intercambio de información sobre las licencias de funcionamiento a los fabricantes de productos sanitarios a medida.
7. Convenio de colaboración entre comunidades autónomas para la coordinación de sus redes de centros de acogida a la mujer víctima de violencia de género.
8. Convenio de colaboración entre comunidades autónomas para el intercambio de información sobre la identidad de personas inscritas en los registros de parejas de hecho o de similar naturaleza.

## VI Procedimientos de control e impulso e información

Como ya he reflejado en la crónica del primer año de actividad del Parlamento de la presente legislatura, la función de control e impulso del Ejecutivo es una de las labores más relevantes. A través de proposiciones no de ley y mociones, los grupos parlamentarios instan a la Xunta a realizar acciones concretas<sup>38</sup>.

Durante el primer período del año 2011 se presentaron 297 proposiciones no de ley en pleno; fueron rechazadas 31, aprobadas con modificación 17, aprobadas sin modificaciones 6 y retiradas 10.

En Comisión se presentaron 402 proposiciones no de ley, de las que 78 fueron rechazadas, 21 aprobadas con modificaciones y 34 sin modificaciones, y fueron retiradas 15.

En cuanto a las mociones, fueron presentadas 27, de las que se rechazaron 20, se aprobaron con modificaciones 5 y sin modificaciones 2.

También a través de solicitudes de comparecencia, interpelaciones y preguntas, ejercen los grupos parlamentarios una forma de control del Ejecutivo. En el siguiente cuadro se traduce esta actividad durante el primer período:

Solicitudes de comparecencia en Pleno	Presentadas 72, tramitadas 14
Solicitudes de comparecencia en Comisión	Presentadas 56, tramitadas 17
Interpelaciones	Presentadas 210, tramitadas 32, retiradas 4.
Preguntas orales en Pleno	Presentadas 590, tramitadas 87, retiradas 41, aplazadas 9
Preguntas orales en Pleno dirigidas al Presidente de la Xunta	Presentadas 20, tramitadas 20
Preguntas orales en comisión	Presentadas 1016, tramitadas 258, aplazadas 47, retiradas 72
Preguntas con respuesta escrita	Presentadas 3643, tramitadas 4758, retiradas 68

### Informes y comparecencias en cumplimiento de otras normas

- Plan gallego de investigación, innovación y crecimiento 2011-2015 (Toma de conocimiento - Mesa 5-4-11 - BOPG núm. 445 fasc. 3º, 6-4-11).
- Solicitud de comparecencia en Comisión de D. Francisco Hernández Rodríguez, D. Alfonso Vez Pazos y D. Fernando García Cachafeiro, propuestos por la Consejería de Facenda para ocupar respectivamente los cargos de presidente y vocales del Consello Galego da Competencia (Publicación – BOPG 454 fasc. 2º, 19-4-11 - Comparecencia - Comisión 3ª, 29-4-11).
- Comparecencia del presidente del Consello Galego da Competencia para cumplir lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1/2011, de 28 de febrero, reguladora del Consello Galego da Competencia<sup>39</sup> (Solicitud de comparecencia - BOPG núm. 489, 14-6-11 - Comparecencia - Comisión 3ª, 22-6-11).

<sup>38</sup> Procedimientos básicos y que tienen repercusión pública suficiente, así lo expongo en mi 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.

<sup>39</sup> Sobre la temática tengo publicado: “La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas”. *Dereito. Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Servicio de Publicaciones de la USC. Vol. 12 nº 1. 2003.



- Comparecencia del director general del Instituto Galego de Estatística para dar cuenta del programa estadístico anual 2010 (Solicitud de comparecencia – Registro de entrada núm. 66005, 9-6-11).
- Solicitud de comparecencia en Comisión de D.<sup>a</sup> Corina Porro Martínez propuesta conjunta por las Consellerías de Facenda y Traballo e Benestar, para ocupar el cargo de Presidenta del Consello Económico e Social de Galicia (Solicitud de comparecencia - BOPG núm. 499, 28-6-11 - Comparecencia - Comisión 3<sup>a</sup>, 30-6-11).

## VII Declaraciones institucionales

El Pleno del Parlamento, en su sesión de 8 de febrero de 2011, adoptó, por asentimiento, el siguiente acuerdo: Declaración institucional del Parlamento de Galicia, en el Día Internacional de la Memoria de las Víctimas del Holocausto y la prevención de los Crímenes contra la Humanidad.

## VIII Procedimientos de control económico y presupuestario

Informes sobre el estado de ejecución del presupuesto:

- Ejecución presupuestaria al tercer trimestre de 2010 (Entrada de la iniciativa – 30-12-10; Toma conocimiento y traslado a la Comisión 3<sup>a</sup> - Mesa 11-1-11).
- Ejecución presupuestaria al cuarto trimestre de 2010 (Entrada de la iniciativa – 31-3-11; Toma conocimiento y traslado a la Comisión 3<sup>a</sup> - Mesa 5-4-11).
- Ejecución presupuestaria a primer trimestre de 2011 (BOPG núm. 505, 6-7-11; Toma conocimiento y traslado a la Comisión 3<sup>a</sup> - Mesa 4-7-11).

Modificaciones presupuestarias:

- Modificaciones del mes de noviembre de 2010 (Dación en cuenta - Comisión 3<sup>a</sup>, 24-2-11)
- Modificaciones del mes de diciembre de 2010 (Dación en cuenta - Comisión 3<sup>a</sup>, 3-6-11)
- Modificaciones del mes de enero de 2011 (Dación en cuenta - Comisión 3<sup>a</sup>, 3-6-11)
- Modificaciones del mes de febrero de 2011 (Dación en cuenta - Comisión 3<sup>a</sup>, 3-6-11)
- Modificaciones del mes de marzo de 2011 (Dación en cuenta - Comisión 3<sup>a</sup>, 3-6-11)
- Modificaciones del mes de abril de 2011 (Dación en cuenta - Comisión 3<sup>a</sup>, 3-6-11)
- Modificaciones del mes de mayo de 2011 (Admisión a trámite – Mesa día 21-6-11)

## IX Procedimientos relativos a otras instituciones y órganos

### Consello de Contas

- Plan anual de trabajo del Consello de Contas de Galicia para el año 2011 (Recomendación aprobada – BOPG núm. 454 fasc. 2º, 19-4-11).

### Valedor do Pobo

- Informe anual do Valedor do Pobo correspondente al año 2010 (Debate Pleno – Pleno día 28-6-11)

## Tribunal Constitucional

- Recurso de inconstitucionalidad número 8260/2010 promovido por el presidente del Gobierno del Estado contra el artículo 2, números Uno, Dos punto 2, Cinco y Diez puntos 1, 2 y 3, y los artículos 3 al 9 de la Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Admisión a trámite y suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados - DOG núm. 248, 28-12-10; BOE núm. 310, 22-12-10; Toma de conocimiento – Mesa 21-12-10; Levantamiento de la suspensión – DOG núm. 90, 10-5-11).
- Recurso de inconstitucionalidad núm. 822/2011, promovido por el presidente del Gobierno, contra los artículos 1 a 4 y disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley de Galicia 12/2010, de 22 de diciembre, de racionalización del gasto en la prestación farmacéutica<sup>40</sup> de la Comunidad Autónoma de Galicia (Admisión a trámite y suspensión de la vigencia y aplicación de los artículos impugnados - DOG núm. 54, 17-3-11; Auto de 21 de junio de 2011 de levantamiento de la suspensión – DOG núm. 136, 15-7-11).

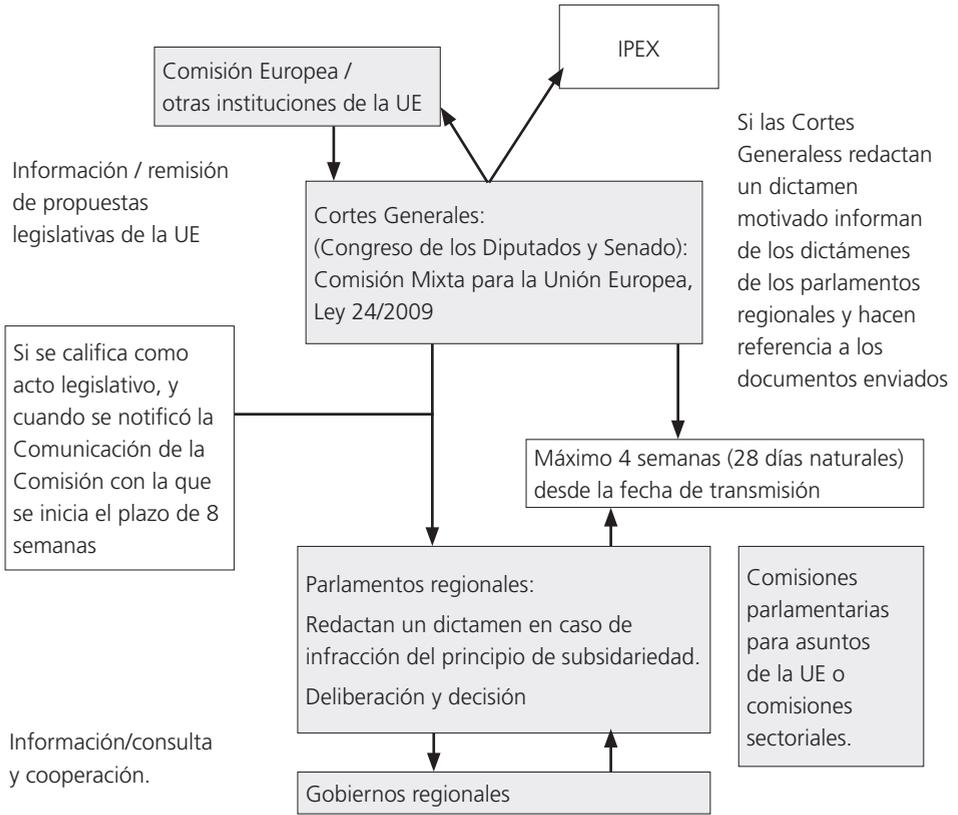
## Unión Europea

La Mesa del Parlamento, con fecha 5 de abril de 2011, aprobó la modificación de las Normas reguladoras del procedimiento para el control del principio de subsidiariedad en los proyectos legislativos de la Unión Europea. Los procedimientos fueron:

- a) 44 Consultas remitidas por la Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea sobre el control de la aplicación del principio de subsidiariedad en las iniciativas legislativas europeas, hasta el 31 de agosto de 2011.
- b) 3 Consultas a la red de seguimiento de subsidiariedad en el Comité de las Regiones, hasta el 31 de agosto de 2011.

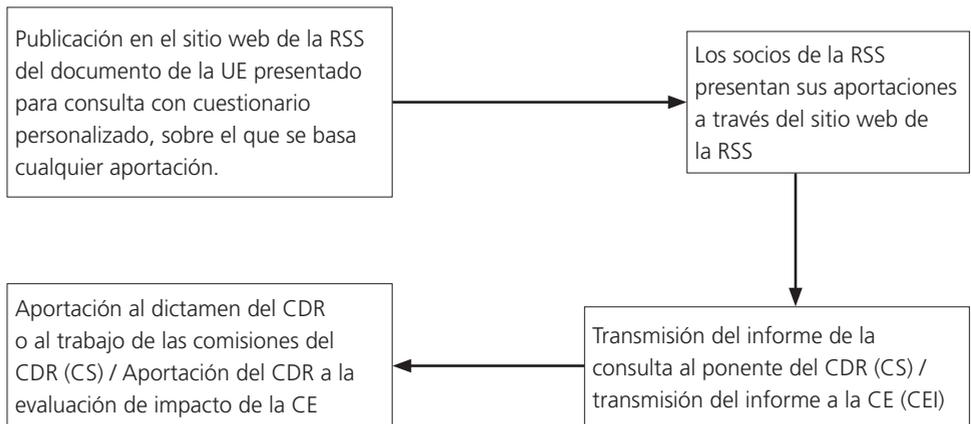
<sup>40</sup> De interés al respecto mi trabajo: "Problemas de constitucionalidad en la provisión de oficinas de farmacia: a vueltas con el principio de igualdad". Aranzadi Tribunal Constitucional. Nº 14. Diciembre. 2005.

El Procedimiento de control de subsidiariedad en España sigue el siguiente esquema:



Cuadros elaborados a partir del existente en el 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

Respecto del procedimiento seguido en relación al Comité de las Regiones, los procesos de consulta de la evaluación de impacto (CEI) y consulta selectiva (CS) en la Red de seguimiento de la Subsidiariedad, sigue este esquema:



## Solicitudes de información al amparo del artículo 9 del Reglamento<sup>41</sup>

Para el mejor cumplimiento de sus funciones los diputados pueden solicitar de las Administraciones públicas los datos, informes o documentos que consten en poder de éstas.

En la actualidad resulta indudable que los diputados precisan obtener información para desarrollar sus funciones constitucionales. La información es un presupuesto objetivo de la correcta y libre formación de su voluntad institucional como medio indispensable para que los diputados, sobre todo de la oposición, puedan enjuiciar con seriedad la acción política del gobierno.

El procedimiento previsto para la obtención de la citada información se instrumenta a través de una solicitud dirigida por conducto de la Presidencia del Parlamento, a la que la Administración deberá facilitar la documentación solicitada o manifiestarle al Presidente de la Cámara, en un término máximo de 30 días, las razones fundadas en derecho que lo impidan. Paralelamente, los diputados gozan del derecho a recibir de su grupo parlamentario la información y documentación necesaria para sus funciones, si bien esta posibilidad suscita menos problemas jurídicos que la solicitud personalizada de información por parte del diputado a los poderes públicos.

El Tribunal Constitucional ha abordado en multitud de ocasiones el alcance del derecho de los parlamentarios a recabar información, entendiendo que la denegación o incompleta satisfacción de la solicitud de los parlamentarios no supone, por sí misma, la vulneración del derecho fundamental al ejercicio del cargo garantizado por el artículo 23 de la Constitución, ya que éste no comprende el derecho a obtener una respuesta con un concreto contenido (Sentencia del Tribunal Constitucional 220/1991, de 25 de noviembre).

La atribución reglamentaria se limita, pues, a un derecho al procedimiento ("*ius ut procedatur*") de tal modo que sólo excepcionalmente podrá controlarse a través del amparo constitucional una actuación de las Administraciones públicas que no conteste, o lo haga indebidamente, una solicitud de información del parlamentario. Se deja, pues, al estricto ámbito del control político la crítica de la actuación del Ejecutivo.

El propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 181/1989, de 3 de noviembre, entiende que el amparo que pueda solicitar el parlamentario a la Presidencia o, en su caso, a la Mesa del Parlamento no viene incluido dentro de la facultad de recabar información por parte de los parlamentarios. El Tribunal argumenta desde consideraciones de corrección jurídica y para evitar una judicialización inaceptable de la vida política, de tal modo que no le corresponde al máximo intérprete de la Constitución decidir si la negativa a informar es políticamente oportuna o no.

Los datos de este procedimiento correspondientes a este período de sesiones son:

	Presentados	Respondidos
G.P. Popular de Galicia	8	12
G.P. de los Socialistas de Galicia	197	80
G.P. del Bloque Nacionalista Galego	217	84
Totales	422	176

<sup>41</sup> Al respecto puede consultarse "Ius in officium" y posición constitucional del Parlamentario en Galicia ante la reforma estatutaria. *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Vol. 14, nº 2, 2005.



# Jurisprudencia contencioso- administrativa

FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

## ADMINISTRACIÓN LOCAL

### **1 Competencia de los Ayuntamientos para autorizar y condicionar la instalación de estaciones y antenas de telefonía móvil.**

La **Sentencia del Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 4<sup>a</sup>) de 13 de diciembre de 2011** (Casación 3035/2008, ponente: Excmo. Sr. Martí García) desestima el recurso interpuesto contra una parte de la "Ordenanza municipal de antenas" del Concello de Ourense, reconociendo la competencia municipal para ordenar, autorizar y condicionar la instalación de estaciones base de telefonía móvil atendiendo a criterios urbanísticos y estéticos. Considera que la limitación temporal de las licencias establecida en la ordenanza no resulta desproporcionada, al no suponer una restricción absoluta del derecho de los operadores, amparándose además en la correspondiente normativa sectorial. También que la obligación de compartir el emplazamiento por parte de las diferentes operadoras puede imponerse siempre que lo requieran los intereses medioambientales o urbanísticos que las Corporaciones locales deben proteger.



## **2 Reclamaciones de pago de contratistas de las Administraciones locales. Inaplicación de las medidas cautelares contra la inactividad administrativa establecidas en la reforma de la Ley de lucha contra la morosidad a los contratos celebrados antes de su entrada en vigor.**

La **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia –TSJG- (S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 2<sup>a</sup>) de 12 de enero de 2012** (recurso 4177/2011, ponente: Ilma. Sra. Paz Eiroa) confirma el auto de un Juzgado Contencioso-Administrativo que denegó la “medida cautelar positiva” solicitada por la entidad recurrente, de condena al pago de determinadas facturas adeudadas por el Concello de Valdoviño, al amparo de lo dispuesto en el artículo 200.bis de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introducido por Ley 15/2010, de 5 de julio. Y ello al 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 Servicio de recogida y tratamiento de basuras. Naturaleza de tasa y no de precio público. Servicio obligatorio. Deber de pago con independencia de que el inmueble al que se refiere la tasa genere o no residuos.**

La **sentencia del TSJG (S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 4<sup>a</sup>) de 23 de enero de 2012** ((rec. 16384/2009, ponente: Ilmo. Sr. Selles Ferreiro) desestima el recurso interpuesto contra la Ordenanza reguladora de la tasa por la prestación del servicio de recogida y tratamiento de basuras y residuos urbanos del Consorcio das Mariñas (BOP de A Coruña de 26/06/2009).

Insiste en que el tributo en cuestión tiene la naturaleza de tasa y no de precio público, aunque nos hallemos «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 más 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». Y en tal sentido incide también en que el servicio de recogida 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 presupuestos municipales por no haber sido objeto de negociación colectiva.**

La **Sentencia del TSJG (S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 1<sup>a</sup>) de 1 de febrero de 2012** (rec. 644/2009, ponente: Ilma. Sr. Fernández Dotú) anula el acuerdo aprobatorio del presupuesto municipal y del cuadro de personal del Ayuntamiento de Ferrol (A Coruña) para el año 2009 respecto de determinados epígrafes, por no haber sido objeto de negociación colectiva (artículo 37 del Estatuto Básico del Empleado Público). Señala lo siguiente al 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 Secretaría 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 cuál 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 (...).

## DERECHOS FUNDAMENTALES

- 1 Vulneración del derecho a acceder a los cargos representativos: constitucionalidad del requisito, establecido por la Ley Orgánica del régimen electoral general, de que las candidaturas presentadas por partidos políticos que no hubieran obtenido representación en ninguna de las Cámaras de la anterior convocatoria electoral se acompañen de un determinado número firmas de electores que las avalen. Subsanción de la insuficiencia de firmas de electores.**

La **Sentencia del Tribunal Constitucional 169/2011, de 3 de noviembre** (ponente: Sr. Delgado Barrio) estima el recurso de amparo electoral promovido por el Partido Humanista contra una resolución de la Junta Electoral de Pontevedra que declaró que el número de avales válidos presentados para poder formular su candidatura a las elecciones generales de 2011 era insuficiente y que no resultaba posible subsanar dicha irregularidad aportando nuevos avales. Afirma, de una 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»*. Y de otra 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 La exigencia de licencia urbanística de actividad a los centros de culto religioso no supone una vulneración del derecho constitucional a la libertad religiosa.**

La **Sentencia del TSJG (S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 1<sup>a</sup>) de 18 de enero de 2012** (recurso 10/2009, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García) desestima el recurso interpuesto contra una resolución del Ayuntamiento de Ourense, que dispuso el cese inmediato del ejercicio de actividad en un centro de culto de la Iglesia de Dios Pentecostal Española, por carecer de la preceptiva licencia de apertura. Se afirma en la sentencia 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 Derecho de huelga. Radio Televisión de Galicia. Falta de motivación de la resolución que fija los servicios mínimos durante una huelga general.**

La **Sentencia del TSJG (S<sup>º</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 1<sup>ª</sup>) de 1 de febrero de 2012** (recurso 22/2010, ponente: Ilmo. Sr. Fernández Dotú) anula, por falta de motivación, el Decreto 151/2010, de 23 de septiembre de la Consellería de la Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, por el que se dictan normas para garantizar los servicios esenciales durante la huelga general convocada para el día 29 de septiembre de 2010.

Afirma el Tribunal, en primer 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 Autónoma 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 exige 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 presupuesto de partida, tras analizar las concretas circunstancias del caso, concluye 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 género 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 energía eléctrica fotovoltaica. Constitucionalidad y legalidad del Reglamento estatal que regula los requisitos exigibles para que dichas instalaciones puedan obtener ayudas públicas.**

La **Sentencia del Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 3<sup>a</sup>) de 1 de marzo de 2012** (Casación 428/2010, ponente: Excmo. Sr. Bandres Sanchez-Cruzat), desestima el recurso interpuesto por la Xunta de Galicia contra el Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen 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 concluye, en primer lugar, que conforme a la Sentencia del 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 esta 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»*



Y, finalmente, rechaza «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 del Plan Sectorial de Ordenación Territorial de Parques de Tecnología Alimentaria en la Costa Gallega para subsanar deficiencias del anteriormente aprobado. No es necesario tramitarla por la vía de la revisión de oficio de disposiciones de carácter general. Convalidación por subsanación.**

La **Sentencia del Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de 2 de febrero de 2012** (Casación 2463/2009, ponente: Excmo. Sr. Calvo Rojas), revoca una sentencia anterior del TSJG que había anulado el Acuerdo del Consejo de la Xunta de Galicia de 22 de junio de 2006, por el que se adoptaron determinadas medidas para subsanar las deficiencias detectadas en el Plan Sectorial de Ordenación Territorial de Parques de Tecnología Alimentaria en la Costa Gallega (omisión de evaluación de impacto ambiental sobre determinadas zonas protegidas). Tras casar la sentencia, el alto Tribunal desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el referido Acuerdo. Considera —a diferencia de la Sala de instancia— que no era necesario tramitar la corrección del Plan Sectorial por la vía de la revisión de oficio de disposiciones de carácter general (art.102 Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Afirma al 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 de 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 Inconstitucionalidad de la prohibición establecida en la Ley de Ordenación Farmacéutica de Galicia de adjudicación de oficinas de farmacia a los farmacéuticos que hayan cumplido 65 años.**

A **Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2011, de 6 de junio** (Ponente Sr. Pérez de los Cobos Orihuel), declara inconstitucional y nulo el inciso “en ningún caso pueden solicitar la adjudicación de una oficina de farmacia los farmacéuticos que hayan cumplido sesenta y cinco años de edad al inicio del procedimiento” del art. 19.5 de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica, en su redacción original, por establecer una discriminación por razón de la edad incompatible con el principio constitucional de igualdad. 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 trasmitirla 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 Y URBANISMO

### **1 Planes Generales de Ordenación Municipal. Procedimiento de aprobación. Efectos del silencio de la Administración autonómica competente en materia de patrimonio histórico. Innecesariedad de informe del Interventor municipal.**

La **Sentencia del Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de 24 de noviembre de 2011** (Casación 1523/2008, ponente: Excmo. Sr. Calvo Rojas), revoca una sentencia anterior del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que había anulado en su totalidad el Plan General de Ordenación Municipal de Boiro (A Coruña), por haberse aprobado sin el preceptivo informe de la Consellería de Cultura en materia de patrimonio histórico. Considera el máximo Tribunal en esta sentencia que el plazo para la emisión del referido informe sectorial es de un mes desde que se solicita, transcurrido el cual puede continuar la tramitación del Plan General (art. 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y art. 85.3 Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Galicia –LOUGA-).

Añade asimismo 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 La declaración judicial de nulidad total de un Plan General de Ordenación Municipal afecta a todos los planes secundarios y actos dictados en ejecución de aquél que no hubiesen devenido firmes.**

La **Sentencia del TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 10 de noviembre de 2011** (recurso 4463/2011, ponente: Ilmo. Sr. Arrojo Martínez) alcanzó las siguientes conclusiones sobre las consecuencias de la declaración de nulidad total del Plan General de Ourense de 2003, realizada por dos sentencias anteriores del mismo Tribunal dictadas el 17 de abril de 2008 (recs. 5172/2003 y 5185/2003), confirmadas por el Tribunal Supremo, respectivamente, en sentencia de 9 de marzo de 2011 (casación 3037/2008) y auto de 29 de septiembre de 2011 (casación 3640/2008):

*«(...) la anulación del P.G.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 General anterior a dicho P.G.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.G.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 del silencio administrativo en la aprobación de planes y en la tramitación de licencias urbanísticas.**

La **Sentencia del Tribunal Supremo (5ª 3ª, Secc. 5ª) de 13 de octubre de 2011** (Casación 3214/2008, ponente: Excmo. Sr. Calvo Rojas) clarifica el régimen del silencio administrativo aplicable en Galicia en el procedimiento de aprobación de los planes. Se afirma en ella 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».*



La posterior **Sentencia del Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de 7 de diciembre de 2011** (casación 227/2009, ponente: Excmo. Sr. De Oro-Pulido López), también referida a Galicia, mantiene el criterio jurisprudencial tradicional que proscribía la posibilidad de obtener por silencio administrativo licencias para edificaciones o usos incompatibles con la ordenación urbanística, aplicando lo dispuesto al efecto en el artículo 8.1.b) 'in fine' del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio y en el artículo 195.1 Ley 9/2002, de 30 de diciembre, 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 esta última que, como hemos señalado anteriormente, continúa en la línea marcada por las disposiciones anteriores»*.

**4 Disciplina urbanística. El plazo de un año, de caducidad del procedimiento de protección de la legalidad, se inicia con la resolución de incoación, no con las diligencias previas de investigación.**

Las **Sentencias del Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de 13 de octubre de 2011 y 21 de diciembre de 2011** (Casación 3987/2008 y 4796/2010), corrigen el criterio establecido por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia sobre la caducidad de los procedimientos de protección de la legalidad y sancionadores en materia urbanística, insistiendo en que el cómputo del plazo se inicia con la resolución de incoación del expediente, y no con las diligencias previas de investigación. Señala al efecto el 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, si 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 del dominio público marítimo-terrestre. Deber de motivar la afectación de terrenos que han perdido sus características naturales.**

Sendas **Sentencias del Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 5<sup>a</sup>) de 12 de diciembre de 2011**(Casación 2097/2007 y 410/2008, ponente: Excmo. Sr. Rodríguez-Zapata Pérez), anulaban el deslinde del dominio público marítimo-terrestre de determinados tramos de costa del término 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. No procede su otorgamiento si el preceptivo informe urbanístico municipal se emite en sentido desfavorable.**

La **Sentencia del TSJG (S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 2<sup>a</sup>) de 15 de diciembre de 2011**(recurso 4425/2011, ponente: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) anuló la autorización ambiental integrada otorgada por la Xunta de Galicia a una Planta de elaboración de harinas y aceites de pescado 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».*

## PERSONAL

**1 Oferta de empleo público de la Comunidad Autónoma de Galicia. Consolidación de empleo temporal. Personal laboral “indeterino”: puede extinguirse cuando se amortizan sus plazas o cuando se cubren por el procedimiento selectivo ajustado a los principios de igualdad, mérito y capacidad.**

La **Sentencia del TSJG (S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 1<sup>a</sup>) de 22 de febrero de 2012** (rec. 120/2010, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García), desestima el recurso interpuesto frente al Decreto 437/2009, de 17 de septiembre por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Comunidad Autónoma de Galicia. Afirma, en primer lugar, lo siguiente respecto de



la condición de los recurrentes como “personal laboral indeterminado” derivada de sentencia dictada por la jurisdicción 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 “indeterminados” 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 “indeterminado” 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 Legislativo 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 ésta 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”».*

Y añade asimismo 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 (más allá de las cuestiones relativas a Ofertas de Empleo u Relaciones de Puestos de Trabajo, que caen en la jurisdicción contenciosa)».*

## **2 Funcionarios de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos. Aplicación del régimen general de derechos y obligaciones de los funcionarios de la Administración General del Estado. Derecho a permiso por asuntos propios.**

La **Sentencia del TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 1 de febrero de 2012** (rec. 479/2010, ponente: Ilmo. Sr. Fernández Dotu) acoge el criterio establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de diciembre de 2009 (casación en interés de ley 47/2008) en la que se equiparan los derechos de los funcionarios de la Sociedad Estatal de Correos

y Telégrafos con los de los demás funcionarios de la Administración General del Estado. Concluye 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 Constitucionalidad de la reducción del salario de los funcionarios públicos ordenada por Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo.**

Las **Sentencias del TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 25 de enero de 2012** (rec. 983/2010, ponente: Ilma. Sra. Rivera Frade) y **1 de febrero de 2012** (rec. 1055/2010, ponente: Ilmo. Sr. Díaz Casales) constatan la constitucionalidad del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, que obligó a rebajar los salarios de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, apoyándose en lo considerado por el Tribunal Constitucional en Auto de 7 de junio de 2011, que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad 8173/2010, promovida por la Sala de lo Social de la 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), éstos no pueden ser tan absolutos como para impedir el dictado de una norma como la cuestionada que se produ-*



ce 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 Constitucionalidad del distinto régimen de permisos reconocido al "funcionario-padre adoptante" frente al "funcionario-padre biológico".**

La **Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2011, de 26 de octubre** (ponente: Hernando Santiago) desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado Contencioso-Administrativo frente al art. 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia, ante su posible contradicción con el art. 14 CE por discriminar al "funcionario-padre biológico" frente al "funcionario-padre adoptante". Considera esta sentencia 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 legitimación 'ad procesum' de una entidad sindical, por no aportar copia de sus estatutos con el escrito de interposición del recurso. Defecto procesal que, tras su invocación por la parte demandada en su escrito de contestación, debió ser subsanado por la recurrente sin necesidad de que el Tribunal se lo requiriese expresamente.**

La **sentenza do TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 22 de febreiro de 2012** (rec. 646/2009, ponente: Ilma. Sra. Galindo Gil) inadmite el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un sindicato. Y ello por incumplir el requisito procesal establecido en el artículo 45.2.d/ de la Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio (LJCA), al no aportar con su escrito de interposición del recurso, junto con el certificado del correspondiente acuerdo del Sindicato de promoverlo, una copia de los Estatutos del mismo. Parte la sentencia 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 (Sª do Cont.-Ad., Secc. 3ª) 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».

En el mismo sentido se pronuncia la más reciente **Sentencia del TSJG (Sª de lo Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 22 de febrero de 2012** (rec. 120/2010, ponente: Ilmo. Sr. Chaves García), con abundante cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo. También la **Sentencia del Tribunal Supremo (Sª 3ª, Secc. 5ª) de 15 de febrero de 2012**, referida a Galicia, (casación 1214/2009, ponente: Excmo. Sr. Fernández Valverde).

## **3 Medidas cautelares. Denegación de suspensión de orden de derribo de vivienda.**

La **sentencia del TSJG (Sª de lo Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 1 de diciembre de 2011** (rec. 4177/2011, ponente: Ilma. Sra. Paz Eiroa) estima el recurso de apelación interpuesto contra un Auto de un Juzgado Contencioso-Administrativo que suspendió cautelarmente la resolución impugnada en la que se ordenaba el derribo de una edificación destinada a vivienda. Acoge la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo conforme a la cual,

frente al automatismo anterior en la adopción de este tipo de medidas cautelares, se exige que el recurrente acredite cumplidamente la causación de un perjuicio irreparable por la inmediata ejecución de la orden de demolición, no compensable económicamente si luego la sentencia le resulta favorable. Incide así esta sentencia en que:

*«En casos como éste, 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 Acuerdo plenario municipal de aprobación provisional de un Plan General. Acto de trámite no impugnabile autónomamente. Inadmisión del recurso.**

La **sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 2<sup>a</sup>) de 7 de decembro de 2012** (rec. 4154/2009, ponente: Ilma. Sra. Paz Eiroa) inadmite un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo plenario del Ayuntamiento de Tui (Pontevedra) de aprobación provisional de la revisión de su Plan General, al considerar que se trata de un acto de trámite no impugnabile autónomamente. Concretamente se afirma en la sentencia lo siguiente:

*«La demandante, al oírla 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 aos concretos votos particulares onde os dous concelleiros votantes non se abstiveron, cando tiñan tal obriga legal (...)”.*

*“A votación referida aos 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 aos 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 trámite 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 Inejecución de sentencia firme por causa de imposibilidad legal. Derogación en Galicia de la distancia mínima establecida en el RAMINP de 2.000 metros entre las actividades insalubres y los núcleos de población más cercanos.**

Un Juzgado Contencioso-Administrativo anuló, en sentencia firme del año 2006, la licencia de actividad concedida para la instalación de una granja avícola por incumplir el artículo 4 del antiguo Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961 (RAMINP) en el que se establecía una distancia mínima de 2.000 metros entre las instalaciones insalubres o peligrosas y los núcleos de población más cercanos. En el año 2010 el ayuntamiento demandado otorgó nueva licencia para la misma actividad en el mismo lugar, amparándose en el Decreto autonómico 133/2008, de 12 de junio, de evaluación de incidencia ambiental. El Juzgado anuló la segunda licencia en auto dictado en incidente de ejecución de sentencia. La posterior **sentencia del TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 12 de enero de 2012** (recurso apelación 4477/2011, ponente: Ilma. Sra. Paz Eiroa) revoca el citado auto y confirma la validez de la última licencia al concurrir un supuesto de inejecución de sentencia por imposibilidad legal, considerándose el cambio normativo que supuso la derogación de la prohibición establecida en el art. 4 del RAMINP. Incide la sentencia 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 índole objetiva: ha de dictarse un acto contrario a un pronunciamiento judicial (...)" -sentencia de la Sala Tercera del 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.».*

## RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

### **1 Accidente de circulación por la irrupción de animales salvajes en la carretera. Inexistencia de responsabilidad.**

La **Sentenza do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 4<sup>a</sup>) de 14 de novembro de 2011** La Casación 4766/2009, ponente: Excm. Sra. Pico Lorenzo) revoca una sentencia del TSJG en la que se había condenado a la Xunta de Galicia a pagar una indemnización de 750.000 € por el accidente de circulación ocurrido en una carretera convencional de titularidad autonómica con motivo de la irrupción en ella de un “animal mostrenco” (caballo salvaje). Considera el Tribunal Supremo que no se generó un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada. Y ello por las siguientes razones:

*«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 que 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 Responsabilidad de la Administración por incurrir en “vía de hecho” al ocupar terrenos sin previa expropiación para la ejecución de obras públicas. Indemnización por el valor de la superficie afectada, más el 25%.**

La **sentencia del TSJG (S<sup>3</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 3<sup>3</sup>) de 30 de diciembre de 2011** (recurso 12391/2008, ponente: Ilmo. Sr. Quintas Rodríguez) declara la concurrencia de responsabilidad patrimonial en la Administración del Estado por ocupar por “vía de hecho” determinados terrenos para ejecutar una carretera. Se afirma en la sentencia 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 peatones en la vía pública por pequeñas deficiencias del pavimento. Estándar de calidad exigible al servicio público. Inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.**

Sobre las numerosas reclamaciones indemnizatorias que tienen su causa en la caída de un peatón en la vía pública, e **TSJG (S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 3<sup>a</sup>)** ha fijado el siguiente criterio restrictivo, entre otras muchas, en sus recientes **sentencias de 29 de febrero de 2012** (rec. 7111/2011) y **31 de enero 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 administrado 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 Responsabilidad de la Administración municipal por tolerar la ejecución de obras de edificación ilegales.**

La **sentencia del TSJG (5ª de lo Cont.-Ad., Secc. 3ª) de 31 de octubre de 2011** (recurso apelación 7077/2011, ponente: Ilmo. Sr. Cibeira-Yebra Pimentel) confirma la sentencia de instancia, en la que se condenó al Concello de Ponteceso (A Coruña) a pagar una indemnización de 77.000 € por su desidia al no exigir el cumplimiento de la legalidad urbanística en unas obras de edificación manifiestamente ilegales, creando con su pasividad dilatada en el tiempo la presunción en los terceros adquirentes de la legalidad de las viviendas, que posteriormente se hubieron de derribar por orden judicial. Señala el TSJG lo siguiente en esta sentencia:

*«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 engañó 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 quienes 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 Precios públicos. Liquidación a compañía aseguradora del accidentado, por traslado en ambulancia en caso de urgencia vital. Tercero obligado al pago. Principio legalidad. Prueba de urgencia vital. Contrato de seguro.**

La **sentencia del Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 2<sup>a</sup>) de 2 de febrero de 2012** (casación 859/2009, ponente: Excmo. Sr. Aguallo Avilés) confirma las liquidaciones por precio público exigidas por la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia-061 a una entidad aseguradora, por asistencias sanitarias consistentes en traslados en ambulancias asistenciales o medicalizadas en casos de urgencia vital de personas aseguradas en la citada entidad. Considera el 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, en 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 asistencias sanitarias “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 del canon de saneamiento exigido a una gran industria papelera. Principios de equidad y proporcionalidad. No procede revisar en casación el Derecho autonómico aplicado en la sentencia impugnada.**

La **sentencia del Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 2<sup>a</sup>) de 20 de febrero de 2012**(casación 5687/2010, ponente: Excmo. Sr. Fernández Montalvo) confirma la desestimación del recurso interpuesto por una gran industria papelera contra las liquidaciones del canon de saneamiento giradas por la Xunta de Galicia en los años 2006 y 2007.

Rechaza la invocación de los principios de proporcionalidad y equidad esgrimidos por la entidad mercantil recurrente, 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 esto 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 Lourizán, 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 Deducción en el IRPF por reinversión en adquisición de vivienda. Necesidad de que la transmitida constituya residencia habitual

La Administración tributaria denegó, en la resolución impugnada, la deducción del IRPF por adquisición de vivienda habitual al no haber transcurrido un plazo continuado de tres años entre su compra y su posterior venta a un tercero para la adquisición de una nueva vivienda. La **sentencia del TSJG (S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad., Secc. 4<sup>a</sup>) de 11 de julio de 2011** (rec. 16690/2009, ponente: Ilmo. Sr. Gómez y Díaz-Castroverde) anula dicha resolución por las siguientes razones:

« (...) 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.»

# Regap

## Bibliografía y reseñaciones

### 3



# La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria

Editorial BOSCH, Barcelona, 2009, 190 páginas.  
GALLARDO CASTILLO, María Jesús.

42 Regap

Regap

BIBLIOGRAFÍA Y RECENSIONES

No cabe duda de que si hay algo que ayude a consolidar y transformar las categorías jurídicas, y con ello contribuya a depurar y fortalecer el sistema jurídico en su conjunto, eso es la convergencia de la doctrina y de la jurisprudencia. Esto es justamente lo que acontece en la obra objeto de la presente recensión de la que es autora María Jesús Gallardo Castillo, catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén, pues en ella se resume con agilidad el estado de la doctrina y de las aportaciones de la jurisprudencia en un tema de indudable trascendencia jurídica y práctica como es la responsabilidad patrimonial de la Administración pública en el ámbito sanitario. Una obra que aborda el tema con amabilidad, profundidad y brillantez y que lo hace ofreciendo una visión sistemática, exhaustiva y actualizada de sus principales ámbitos, trascendentes tanto desde su perspectiva dogmática como práctica. Una obra de artesanía pura por la abundante jurisprudencia que la autora maneja para deducir de ella la respuesta que los Tribunales han ido ofreciendo a la amplia problemática que se plantea en la práctica cotidiana de las reclamaciones patrimoniales en el ámbito sanitario.

Nos encontramos, pues, con una obra jurídica cualificada en la que la autora ha llevado a cabo un trabajo inconmensurable, lo que se pone de manifiesto con sólo analizar el índice y el denso y amplio aparato de notas, plagadas, sobre todo, de referencias jurisprudenciales, a lo que hay que reconocer la indudable utilidad de facilitar al lector la tarea de búsqueda de aquéllas que les resulten de mayor interés.

Y es que, como bien sabemos y la propia autora destaca, en estas últimas décadas la responsabilidad sanitaria ha ido adquiriendo una creciente importancia. La mayor conciencia-



ción ciudadana, tanto en la exigencia de los derechos como en un mayor y mejor estándar de calidad en el funcionamiento de los servicios públicos, ha conducido a un cada vez mayor incremento del número de reclamaciones patrimoniales por acciones, omisiones y, en cualquier caso, por un funcionamiento defectuoso del servicio sanitario. Sin embargo, esta preocupación no ha ido acompañada con estudios completos que afronten su análisis de una forma integral y satisfactoria. Por esta razón, la monografía de la profesora Gallardo puede calificarse de pertinente y oportuna ya que cubre este vacío y ofrece respuesta a los interrogantes que se ciernen sobre tan compleja materia.

El libro se estructura en cuatro capítulos en donde abarca, por este orden, las características de la responsabilidad patrimonial sanitaria, sus presupuestos, el consentimiento informado y, por último, la acción y procedimiento para la exigencia de responsabilidad. Pero, con independencia de lo que después se dirá en relación con estos apartados, la obra de la profesora Gallardo consigue enderezar oportunamente el exceso verbal del legislador cuando expulsa la culpa del sistema patrimonial de la responsabilidad administrativa objetivándolo a través de la equívoca expresión “funcionamiento normal” de la Administración pública, que utiliza el art. 139 LRJPAC. Como es sabido, la cuestión hace resurgir multitud de paradojas y cuestiones nunca definitivamente resueltas. Por lo pronto, a falta de criterios objetivados que establezcan los parámetros y estándares de calidad con los que establecer las pautas que doten de suficiente seguridad jurídica al sistema, cabría plantearse ¿cuál es título de imputación para exigir responsabilidad en los casos en que, habiendo funcionado correctamente el servicio público prestado por la Administración, sin embargo se han producido daños que, entiende el damnificado, no tiene el deber jurídico de soportar?, ¿bastaría una falta de previsión en la norma para considerar esta no obligación de soportarlo?, ¿cuáles son los criterios que determinan el umbral de lo tolerable para pasar al ámbito de lo indemnizable? Y sobre todo, ¿realmente éste es un sistema idóneo que pueda aplicarse a todos y cada uno de los ámbitos de actuación de la Administración?, ¿ésta ha de responder aun cuando se descarte un funcionamiento anormal?, ¿cabe indemnizar aun cuando no haya mediado culpa o negligencia? La profesora Gallardo, armonizando los criterios normativos, doctrinales y jurisprudenciales, argumenta una rotunda negativa a esta cuestión, pero no porque se incorpore la culpa entre los presupuestos de la responsabilidad, sino porque se cargan las tintas en la antijuricidad y en la relación de causalidad, en donde se añade un plus de exigencia que actúa de contrapeso del pretendido carácter objetivo del instituto resarcitorio. Es por ello que la jurisprudencia exige de forma especialmente intensa que el daño sea antijurídico, es decir, que concurra un título adecuado de imputación para que surja en la Administración el deber de indemnizar, y este título no es otro que el hecho de que el riesgo inherente al funcionamiento y a la utilización del servicio haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social (llámese anormalidad, irregularidad o anomalía en la prestación del servicio, llámese incumplimiento de la *lex artis*, etc.), en cuyo caso no existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, surgirá de inmediato la obligación de la Administración de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa a ella imputable.

Sin embargo, como bien se sabe, la normativa carece en este punto de la suficiente concreción que permita delimitar a priori el espacio de lo que es antijurídico —y que, por tanto, el particular no tiene el deber de soportar— de lo que no lo es. Y es ahí donde estriba la mayor dificultad: en determinar cuándo y por qué un daño adquiere tintes de lesión indemnizable, esto es, delimitar los supuestos que tienen la virtualidad de generar aquella

condición en el daño, a los efectos de ser indemnizados. Y justamente en este punto es donde radica la mayor bondad de la obra de la profesora Gallardo, en la que va desenrañando el alambicado sistema de responsabilidad sanitaria, deduciendo sus derivaciones prácticas con el manejo de distintos parámetros: de una parte, distingue los supuestos de daños antijurídicos de los que no son; de otra, analiza un concepto clave en el sistema de responsabilidad sanitaria como es la *lex artis* y la mala praxis, y en este ámbito analiza sus correctivos, tales como los protocolos médicos y el consentimiento informado.

No menor importancia reviste la diferencia entre la llamada Medicina necesaria y la Medicina satisfactiva, en tanto la primera constituye una mera obligación de medios y la segunda, de resultado. Ello condiciona decididamente el sistema de responsabilidad sanitaria, reconduciendo la hipertrofia de su objetivación a través de la adecuada reconsideración de las prestaciones que resultan exigibles en uno y otro caso, y de la distribución de la carga y del objeto de la prueba y de las posibilidades exoneratorias por el juego y trascendencia de la fuerza mayor cuando ésta concurre.

Uno de los contenidos más trascendentes de esta obra es el análisis que se efectúa de la llamada “pérdida de oportunidad” y de la doctrina del daño desproporcionado o “culpa virtual”. Trascendentes no sólo por constituir un problema propio de la dogmática procesal sino por tratarse de una verdadera cuestión sustantiva del instituto resarcitorio. Lo novedoso del tratamiento de la cuestión estriba en que estos supuestos no tienen, como pudiera pensarse, la virtualidad específica para ser admitidos como un criterio de imputación objetiva de responsabilidad en sentido propio. Tampoco justifican un sistema de responsabilidad objetiva del profesional sanitario, ni uno de los llamados expedientes objetivadores de la responsabilidad a través de la inversión de la carga de la prueba de la diligencia en supuestos no previstos en la ley. Se trata de supuestos en que se produce un mecanismo deductivo –que no una presunción judicial- derivado de la propia relación de causalidad, de donde se desprende la anormalidad en el funcionamiento del servicio sanitario.

Tampoco ha pasado desapercibido en esta monografía la importante cuestión de la controvertida cuestión de la jurisdicción competente en los casos de aseguramiento de la responsabilidad. ¿Se torna entonces en un conflicto privado que deba llevarse a la consideración de los Tribunales civiles? Argumentos no han faltado para apoyar esta opción y su contraria, los que son analizados en esta obra con una claridad digna de agradecer al hacer de fácil entendimiento una cuestión especialmente compleja para un lector poco avezado en estos vericuetos de índole procesal.

En definitiva, hay que felicitarse por la elaboración de una obra de estas características, que aún la virtud de la concisión –pues aborda las cuestiones fundamentales de modo directo, sin vacilaciones, sin tediosos prolegómenos- y la virtud de su abundante documentación, y, al propio tiempo, agradecer a la autora la ingente tarea de acometer este análisis crítico y de contenido valorativo de la jurisprudencia examinada, y por descender desde el mundo de las ideas abstractas al sensible y tangible de la aplicación práctica. Todo ello convierte a esta obra en un libro de necesario manejo para los profesionales del Derecho por su indudable utilidad práctica, y para los investigadores de la materia porque su lectura obliga al replanteamiento de las numerosas cuestiones y paradojas que esconde el instituto resarcitorio.

VICTORIA DE DIOS VIÉITEZ  
Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de la Coruña



1. Las propuestas de colaboración con la Revista Galega de Administración Pública se remitirán como archivo adjunto a un mensaje de correo electrónico a la siguiente dirección: **regap@xunta.es**.

Además, la o el autor o los autores enviarán el original en un disco compacto, USB, o dispositivo similar, en soporte informático Microsoft Word, así como dos copias impresas firmadas a la siguiente dirección:

***Revista Galega de Administración Pública***

**Servicio de Estudios y Publicaciones**

**Escola Galega de Administración Pública**

**Rúa de Madrid, 2-4**

**15707 Santiago de Compostela (A Coruña)**

2. El disco compacto, USB, o dispositivo similar, remitido por correo postal deberá contener un único archivo o documento con el texto de la propuesta de la colaboración.
3. No serán aceptadas propuestas de colaboración enviadas por fax o por correo postal sin estar acompañadas del correspondiente soporte electrónico.
4. Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los números ordinarios. Las fechas de remisión y aceptación figurarán en un lugar visible de la revista.
5. Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
  - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
  - b) Estar redactados en gallego, español, portugués, francés italiano, inglés o alemán.
  - c) Contener un número máximo de 20.000 palabras para los trabajos redactados como "Estudios"; y, de 10.000 para los editados como "Notas".
6. Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
  - a) Título descriptivo del contenido, nombre, apellidos y profesión o cargo de la o del autor o de los autores.
  - b) Un resumen (de un máximo de 150 palabras) en el idioma en el que se presenta el texto principal y su traducción al inglés de no ser esta la lengua empleada en su redacción.
  - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión al idioma inglés, de no ser esta la lengua empleada en su redacción.
  - d) Sumario siguiendo la estructura de la CDU (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a...).
  - e) El cuerpo principal del texto.
  - f) La bibliografía.



7. Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la o las personas responsables de su autoría en lo tocante al estilo, y respetarán además los siguientes requisitos formales:
  - a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio, con formato de fuente *Times New Roman*, tamaño 12.
  - b) Las notas figurarán a pie de página, guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo, y ajustarse al siguiente modelo:
    - LIBRO: AUTOR, *Título de la publicación*, núm. Edición, lugar de la publicación, editor, año, página.
    - AUTOR, "Título del artículo". *Título de la fuente* (revista u otra colectiva), número, año, páginas.
  - c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; de tratarse de una serie, serán indicados el título y el número del volumen o la parte correspondiente).
  - d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar el URL respectivo. Por ejemplo: [http://www.un.org/base/publicad/pages/innovat\\_a.html](http://www.un.org/base/publicad/pages/innovat_a.html).
8. Derechos de autoría. Una vez que el consejo editorial acepte publicar cualquier material (artículo o recensión) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma y país serán transferidos a la Escola Galega de Administración Pública (EGAP).