

# No bicentenario da Constitución de 1812: a primeira revolución liberal e o nacemento da nación española

43 Regap

ROBERTO BLANCO VALDÉS  
Catedrático de Dereito Constitucional  
Universidade de Santiago de Compostela

Regap

## 1 Cádiz na vangarda do constitucionalismo

O primeiro motivo polo que a Constitución de 1812 tivo no seu momento, e ten aínda, vista en perspectiva, a extraordinaria relevancia que ninguén lle discute, garda directa relación coa súa gran precocidade, é dicir, co feito de que o texto de Cádiz foi un dos primeiros que se aprobaron en Europa, ou, o que aos efectos vén ser o mesmo, un dos primeiros que se aprobaron no mundo. Como é sabido, a primoxenitura corresponde a este respecto ás Constitucións adoptadas do outro lado do Atlántico polas colonias de Nova Inglaterra despois de que o 4 de xullo de 1776 se producise a Declaración de Independencia. Aquelas Constitucións foron, en todo caso, o antecedente inmediato da que os delegados dos distintos estados da Confederación aprobarían en 1787 en Filadelfia, lei fundamental que deu lugar ao nacemento dos Estados Unidos e documento ao que, por iso, adoita atribuírsele con sólidas razóns o carácter de norma xurídica fundadora do constitucionalismo. Dous anos despois de celebrarse a Convención constituínte dos norteamericanos estalou en Francia a Revolución, que ía estar na orixe da aprobación de ata sete textos constitucionais, algún dos cales non chegou nunca a aplicarse: as tres Constitucións do período revolucionario (1791, 1793 ou Constitución do ano I e 1795 ou Constitución do ano III) e as catro do Imperio: Constitución do ano VIII, Senadoconsultos dos anos X e XII e Acta Adicional ás Constitucións do Imperio, de 1815.

Non debe esquecerse, certamente, que, de forma paralela ao que xa acontecera na península itálica durante o chamado Trienio Xacobino (1796-1799) —período no que aprobaron baixo o pulo dos revolucionarios franceses varios textos constitucionais, como os da



República de Bolonia (1796), a República Cisalpina (1797), a República Romana (1798) ou a República Napolitana (1799)— e, sobre todo, ao acontecido pouco despois tanto nos territorios italianos como nos territorios alemáns, onde a ocupación napoleónica estivo tamén na orixe da adopción de diferentes textos constitucionais (entre outros, en Italia, os da República de Luca, de 1801; a República Ligur, de 1802; ou o Reino de Nápoles e Sicilia, de 1808; e en Alemaña, os do Reino de Westafía, de 1807; do reino de Baviera, de 1808; ou do Ducado de Saxonia-Weimar, de 1809). Os franceses impuxeron a España unha Constitución que se aprobou catro anos antes de que se adoptase a de Cádiz: o coñecido como Estatuto de Baiona, de 1808. Pero, por razóns evidentes —o carácter imposto do Estatuto de Baiona e a natureza soberana da Constitución de Cádiz—, será este último documento e non o aprobado baixo o pulo dos franceses ocupantes, o que, de xeito practicamente unánime, se considera a primeira Constitución da nosa historia.

Antes dela non houbo, pois, máis textos constitucionais en Europa dignos dese nome que os aprobados en Francia, dado que os impulsados noutros lugares polos revolucionarios franceses ou os impostos por Napoleón Bonaparte tiveron todos unha vixencia escasa ou nula e non foron case nunca o resultado de auténticos procesos constituíntes soberanos. Sexa como for, con esas excepcións, e a da Constitución sueca de 1809, ningunha das aprobadas no noso continente foi temporalmente anterior á de Cádiz, que forma parte ademais, xunto coa francesa de 1791 e a portuguesa de 1822, da triada de grandes textos do constitucionalismo revolucionario. É verdade, claro, que o texto de 1812, que se xurou polas autoridades de moitos dos territorios da América hispana e chegou a estar vixente, de forma máis ou menos real, en consecuencia, nun espazo que abranguía arredor dos 10.000.000 kilómetros cadrados<sup>1</sup>, se aplicou na España peninsular, como o francés e o portugués que acabo de citar nos seus países respectivos, durante un período bastante reducido: só entre 1812 e 1814, cando foi derogado *manu militari* polo rei Fernando VII, que restaurou o absolutismo na segunda desas datas a través do decreto antes aludido; entre 1820 e 1823, durante o chamado Trienio Liberal, ao que puxo fin, así mesmo, unha intervención militar estranxeira a favor da monarquía absoluta fernandina; e, apenas uns meses, entre 1836 e 1837, mentres se preparaba unha reforma do texto de 1812 que daría lugar a un documento moi distinto: o de 1837. É verdade, tamén, que a Constitución gaditana, ao igual que as francesas de 1791, 1793 e 1795 ou a portuguesa de 1822, respondían a un modelo político —o do constitucionalismo revolucionario xa aludido— que resulta incomprensible fóra da específica coxuntura das revolucións liberais dos países do sur de Europa, modelo que será, por iso, varrido neses tres lugares tras a reacción monárquica que subseguiu ao Congreso de Viena; e é verdade, en fin, que, como consecuencia dese fondo cambio histórico, moitas das institucións e principios daquel constitucionalismo orixinario serán inatopables no das monarquías limitadas, que, con moi poucas excepcións, dominaron a vida política europea desde a caída de Napoleón ata o último terzo do século XIX. Pero todo iso non reduce a importancia dunha Constitución que avanza un longo treito en relación coas da monarquía constitucional, dominantes no tramo central do século XIX, e que fixa uns principios que só lograrán asentarse definitivamente un século despois e ao servizo da construción dos réximes políticos do constitucionalismo democrático.

1 Tomo ese dato da exposición realizada polo constitucionalista arxentino Néstor Sangüés no X Congreso de la Asociación de Constitucionalistas Españoles sobre el tema «La proyección de la Constitución de Cádiz en las Américas».

## 2 A primeira revolución liberal como revolución nacional

O Estado nacional nace en España nun contexto de crise verdadeiramente excepcional: de fonda crise política e de trágica crise militar<sup>2</sup>. E é que tras a ocupación, en 1808, do territorio español peninsular polas tropas napoleónicas cae a monarquía borbónica e derrúbanse literalmente as institucións do absolutismo, arrasadas, nunha fronte, polo exército invasor e, noutra, polo imparabile pulo das novas institucións populares (as Xuntas) xurdidas da sociedade coa finalidade de organizar a resistencia fronte ao exército invasor. Pero esa crise política non será máis que o preludio dunha longa guerra —a primeira de carácter *nacional* que libra España— que, como non podía ser doutro xeito, condicionará as orixes da Revolución liberal que estala como resposta á invasión. Despois de moitos avatares, e tras dous anos de durísimos combates entre as tropas francesas e os resistentes españois, organizados en gran medida na denominada «guerra de guerrillas», o 24 de setembro de 1810 ábrese en Cádiz as nosas primeiras Cortes liberais, cuxo decreto inaugural expresa á perfección a natureza do novo poder que remata de nacer: «Os Deputados que compoñen este Congreso, e que representan a Nación española, decláranse lexitimamente constituídos en Cortes xerais e extraordinarias, e que reside neles a soberanía nacional [...] Non convindo queden reunidos o poder lexislativo, o executivo e o xudiciario, declaran as Cortes xerais e extraordinarias que se reservan o exercicio do poder lexislativo en toda a súa extensión». Soberanía nacional e división de poderes, resumían, pois, como pode observarse en proclama tan concisa, a esencia dun programa revolucionario do que as Cortes se converterán moi pronto en portadoras. E así, aínda que o labor desas Cortes foi inxente en todos os terreos, desde a esfera da lexislación ata a da dirección da guerra e a gobernación do novo Estado que comezaba a construírse en condicións de gran dificultade, o seu produto xurídico e político máis sobresaínte, aquel polo que a súa existencia quedaría inscrita na memoria das xeracións vindeiras, será sen dúbida a Constitución de 1812<sup>3</sup>, que, ademais de inaugurar en España o constitucionalismo, segundo xa se apuntou, supón a aparición, en sentido estrito, do noso Estado nacional.

De feito, e malia a súa curta vixencia temporal en comparación coas Constitucións españolas do moderantismo e da Restauración (as de 1845 e 1876), o texto gaditano resultou tan relevante historicamente porque, máis alá das peculiaridades propias da súa concreta circunstancia, vai formular todo un conxunto de principios de entre os que destaca, sen dúbida, o da soberanía nacional, expresión última da formulación xurídica do concepto revolucionario de nación. En efecto, malia a denominarse oficialmente «Constitución política da Monarquía española», o texto de 1812 proclamaba cunha rotundidade extraordinaria o principio basilar da soberanía nacional no seu artigo 3º («A soberanía reside esencialmente na Nación e polo mesmo pertence a esta o dereito de establecer as súas leis fundamentais») e, o que é máis importante, dedicaba o primeiro capítulo do primeiro dos seus títulos á nación española e aos españois, realidades que nacían así na súa formulación contemporánea. A nación era concibida constitucionalmente como «a reunión de todos os españois de

2 Véxase Antonio Elorza (edit.), *Luz de tinieblas. Nación, independencia y libertad en 1808*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

3 A bibliografía sobre o período gaditano, as Cortes e a súa Constitución é moi ampla. O profesor Fernando Reviriego Picón elaborou unha exhaustiva relación na que se inclúen libros, artigos, folletos, etc., que pode consultarse na páxina web da Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: ([http://bib.cervantesvirtual.com/portal/1812/bibliografia\\_8.shtml](http://bib.cervantesvirtual.com/portal/1812/bibliografia_8.shtml)). Tres obras teñen, de todos modos, un especial interese: as de Miguel Artola e Rafael Flaquer Montequi, *La Constitución de 1812*, Madrid, Iustel, 2008; Joaquín Varela-Suances Carpegna, *La teoría del Estado en las Cortes de Cádiz*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, 2011; e Ignacio Fernández Sarasola, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.



ambos os dous hemisferios» (art. 1º), unha entidade «libre e independente», que non era nin podía ser «patrimonio de ningunha familia nin persoa» (art. 2º) e que estaba «obrigada a conservar e protexer por leis sabias e xustas a liberdade civil, a propiedade, e os demais dereitos lexítimos dos individuos que a compoñen» (art. 4º). En canto aos españois, aos que se dedicaba o capítulo II do mesmo título I, tras numerar os diferentes grupos que terían legalmente esa condición (art. 5º), a Constitución fixaba para eles toda unha serie de obrigas que poñían de relevo que, con elas, se estaba describindo a súa condición de cidadáns: o amor á patria (art. 6º), a lealdade á Constitución e a obediencia ás leis (art. 7º), a contribución en proporción aos seus haberes para os gastos do Estado (art. 8º) e, como culminación de todo iso, a defensa da patria coas armas cando fose chamado pola lei (art. 9º).

Pero non é só na conversión dos súbditos do rei en cidadáns da nación e na configuración daquela como unha entidade libre nacida da reunión de homes libres igualmente, onde se expresa o carácter eminentemente nacional dun texto constitucional que ilumina unha novidade autenticamente revolucionaria: os termos «nación», «nacional» (ou o seu plural, «nacionais») aparece por todas as partes na Constitución (ata en 37 ocasións) en relación con declaracións básicas da norma constitucional. Sen pretensión de ser exhaustivos, e como mera mostra, sirvan de exemplo as seguintes, todas elas expresivas de que a nación (española) pasaba a conformarse como a base, non só territorial, senón tamén política esencial do novo Estado que nacía coa Constitución: as Cortes constituíntes terían por obxecto «promover a gloria, a prosperidade e o ben de toda a Nación» (preámbulo); «a relixión da Nación española é e será perpetuamente a católica» (art. 12); «o obxecto do Goberno é a felicidade da Nación» (art. 13); «o Goberno da Nación española é unha monarquía moderada hereditaria» (art. 14); «as Cortes son a reunión de todos os deputados que representan a Nación» (art. 27); «a base para a representación nacional é a mesma en ambos os dous hemisferios» (art. 28); «non pode o rei ceder nin allear os bens nacionais sen o consentimento das Cortes» (art. 172-7ª); «se chegasen a extinguirse todas as liñas [sucesorias] que aquí se sinalan, as Cortes farán novos chamamentos, como vexan que máis importa á Nación» (art. 182); «haberá unha tesouraría xeral para toda a Nación» (art. 345); «haberá unha forza militar nacional permanente, de terra e de mar, para a defensa exterior do Estado e a conservación da orde interior» (art. 356), ou, en fin, «haberá en cada provincia corpos de milicias nacionais, compostos de habitantes de cada unha delas, en proporción á súa poboación e circunstancias» (art. 362).

En todo caso, ao sentar as bases dun Estado nacional a Constitución de 1812 senta tamén, respondendo ás necesidades da época, as dun Estado centralizado capaz de acabar coa trama de poderes privados intermedios do Antigo Réxime característicos da orde feudo-estamental: de aí as medidas das Cortes gaditanas decretando a supresión dos señoríos e a abolición dos gremios, establecendo a liberdade de traballo ou abrindo camiño ás primeiras tentativas de desamortización e reforma agraria. É esta unha cuestión que debe subliñarse de igual modo que as apuntadas previamente. E iso porque o Estado nacional que nace en 1812 aspira a culminar aquel proceso de monopolización de recursos de todo tipo (burocráticos, fiscais, militares e xurisdicionais) ao que máis tarde, e con pretensións de describir un proceso xeral, haberá de referirse Tocqueville ao destacar que coas Revolucións liberais «todos os poderes parecen acudir por si sós cara o centro, se acumulan nel cunha rapidez sorprendente e o estado alcanza de golpe os límites extremos da súa forza, mentres que os particulares se deixan caer nun instante ata o último grao da súa debilidade»<sup>4</sup>. A Cons-

4 Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, Madrid, Aguilar, 1989, tomo II, p. 346

titución de Cádiz incorpora tamén ese obxectivo, pero a capacidade de dominio político e social do Estado centralizado que alí se prefigura vai estar corrixida e controlada por toda unha serie de elementos internos de equilibrio de poderes que marcarán diferenzas substanciais entre o modelo do liberalismo revolucionario español e os dos que despois o subseguiron: primeiro, o proxecto dos moderados e, máis tarde, e culminándoo, o do réxime político da Restauración.

En efecto, o texto gaditano, substancialmente diferente de todos os textos monárquicos aprobados en España durante o século XIX (o Estatuto Real de 1834 e as Constitucións de 1837, 1845, non promulgada de 1856, 1869 e 1876)<sup>5</sup> establecía un complexo sistema de contrapesos derivado da existencia de institucións sociais e de órganos estatais que limitaban unha vontade centralizadora que resultaba, sen dúbida, ineludible en tanto que factor fundamental para a construción do novo Estado liberal. O primeiro dos elementos característicos do sistema referido era o relativo ao equilibrio entre unhas Cortes unicamerais elixidas por sufraxio universal masculino en varios graos (onde o poder da cámara baixa non estaría, por tanto, limitado polo dunha cámara alta de natureza aristocrática ou oligárquica) e o monarca, respectivamente titulares do poder lexislativo e o poder executivo: un sistema de balanza de poderes que, como veremos un pouco máis abaixo, era tan favorable para o órgano parlamentario como desfavorable para o rei. Un elemento adicional de equilibrio institucional derivábase no texto gaditano das previsións sobre a forma de gobernación das provincias e os pobos que nel se contiña. Certamente, mentres que o goberno das primeiras quedaría en mans dun Xefe Político que, a imitación dos Prefectos franceses, sería nomeado polo poder executivo co obxectivo de facer efectiva a súa política nos territorios provinciais (art. 324), o goberno dos pobos confiábase a concellos elixidos por sufraxio universal masculino indirecto (arts. 313-314). O freo institucional á tendencia centralizadora que supoñía con toda claridade a existencia dos Xefes Políticos (antecedente dos futuros Gobernadores Cívís das provincias españolas), non se derivaba exclusivamente, polo demais, da existencia de concellos populares, senón tamén do feito de que os mesmos delegados gubernativos nas provincias estarían controlados en cada unha delas por Deputacións Provinciais de natureza popular, pois serían elixidas polos mesmos electores provinciais que designarían aos deputados nas Cortes (art. 328). A autonomía local e o control político dos axentes políticos do rei nas provincias configurábanse, en suma, como un potente medio de equilibrio interno de poderes e, polo tanto, como un elector corrector do deseño centralizador previsto pola Constitución.

Se os dous elementos apuntados ata o de agora (o equilibrio horizontal de poderes entre o rei e as Cortes, favorable ás segundas con toda claridade; e o equilibrio vertical entre o goberno estatal e as entidades provinciais e locais, que supoñían un claro contrapeso de influencia territorial fronte ao rei e os seus ministros) presentaban un carácter institucional indiscutible, os outros dous que se mencionarán seguidamente configurábanse cunha natureza diferente: tiñáa, por unha banda, a creación dos corpos armados que se prevían na Constitución —as tropas de continuo servizo do exército e a Milicia Nacional— e, sobre todo, o que se deriva da previsión na Constitución dun amplo abano de liberdades individuais e dereitos persoais.

Polo que se refire ao primeiro, aínda que a natureza da Milicia Nacional non ía ficar claramente definida no texto de 1812 (arts. 362-365) aquela remataría sendo, no momento en

5 Cfr., por todos, Joaquín Varela Suanes-Carpegna, *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.



que se puxo efectivamente en vigor durante o Trienio Liberal, unha transposición a España da institución revolucionaria francesa da *Garde Nationale*: e é que a Milicia se configurou finalmente como un tipo de forza armada popular de carácter local destinada a contrapesar a dependencia real dos exércitos e armadas<sup>6</sup>. O papel dos dereitos resultaría, claro, netamente diferente, pero, malia a iso, aqueles concibiríanse no texto gaditano como espazos de autonomía dos particulares fronte aos poderes públicos, o que poñía de relevo a súa potencialidade como instrumentos de limitación das potestades estatais. Aínda que o texto gaditano non os numeraba de xeito sistemático, como outras Constitucións do liberalismo revolucionario (as francesas de 1791, 1793 ou 1795 ou a portuguesa de 1822), ao longo do seu articulado recollíanse numerosos dereitos como a liberdade civil e a propiedade (art. 4º), o dereito de sufraxio activo (universal aínda que indirecto) e pasivo (censitario) (art. 92), a legalidade penal e o *habeas Corpus* (art. 172.11ª), a igualdade ante a lei (arts. 248 e 258), o dereito á tutela xudicial efectiva (art. 280), a liberdade persoal (art. 287), o dereito a non declarar contra un mesmo (art. 291), a prohibición de confiscación de bens (art. 294), o dereito a ser informado da acusación formulada contra as persoas detidas (arts. 300-301) ou a liberdade de imprenta (art. 371). A excepción, moi significativa por outra banda, veu marcada en Cádiz pola radicalidade con que a Constitución declaraba á católica como a relixión oficial do Estado. O seu artigo 12, ademais de dispoñer como xa vimos, que «a relixión da Nación española é e será perpetuamente a católica», cualificábaa, por medio dunha declaración teolóxica, como a «única verdadeira», para engadir, acto seguido: «A Nación protéxea por leis sabias e xustas, e prohíbe o exercicio de calquera outra». Aínda que tal precepto aparecía, obviamente, como a expresión dunha necesidade que resultaba explicable no contexto gaditano —marcado por unha Guerra da Independencia na que a Igrexa estaba desempeñando un papel fundamental como institución de mobilización contra o exército invasor—, a concepción ideolóxica que lle daba sentido rematará, co curso do tempo, por constituírse como un dos máis graves conflitos —o relixioso— da historia política española.

O Estado nacional nace en España, en conclusión, coa clara vocación de unidade territorial e centralización política que, en claro contraste coa experiencia federal Norteamericana, será expresión do moi diferente contexto en que se producen as revolucións liberais europeas. Pero nace tamén, de forma paralela, como un proxecto pleno de equilibrios institucionais e sociais destinados a evitar que a concentración de poderes típica das Revolucións liberais en Europa puidese acabar transformándose nun instrumento de abuso de poder. O deseño da balanza de poderes entre os poderes lexislativo e executivo, ou o que é o mesmo, entre as Cortes e o monarca, constituirá, a mellor proba a ese respecto.

### 3 O rei e as Cortes: un equilibrio de poderes cara a parlamentarización

Como décadas despois habería de sinalalo certeramente Carlos Marx nun dos seus célebres escritos sobre España, a Constitución de 1812 caracterizouse de xeito moi fundamental pola «ansiosa limitación do poder real»<sup>7</sup>. Xa con ocasión do debate do precepto que regulaba o principio nerval da soberanía nacional ía poñerse de relevo, con suma claridade,

6 Estudeino con detenemento no meu libro *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal. 1808-1823*, Madrid, Siglo XXI, 1988, pp. 188 e ss. e 411 e ss.

7 Karl Marx e Friedrich Engels, *Revolución en España*, Barcelona, Ariel, 1973, p. 110.

a concepción da que partía o liberalismo *doceañista* hexemónico na cámara: que aquel principio convertía ao monarca nun mero poder constituído do Estado que non tiña máis facultades que as que a nación —é dicir, a Constitución— lle delegaba e, paralelamente, que a estrita limitación daquelas facultades ía directamente dirixida a evitar que o propio rei puidese empregar o seu poder contra o Estado liberal e a súa lei fundamental. O artigo regulador da soberanía, segundo aparecía redactado no proxecto de Constitución, engadía, de feito, un último inciso á previsión de que pertencía exclusivamente á nación o dereito de establecer as súas leis fundamentais: o de que, en plena coherencia con iso, podía a nación e os que a representaban nas Cortes nacionais «adoptar a forma de goberno que máis lle conveña». Aínda que por prudencia, e «para evitar no posible interpretacións sinistras dos malévolo», os liberais, por boca do Conde de Toreno, aceptaron retirar ese inciso final e o propio deputado deixaba constancia de cal era, en verdade, a posición que os liberais defendían: «e a Nación pode establecer as súas leis fundamentais igualmente poderá establecer o goberno, que non é máis que unha desas mesmas leis; só por iso conveño [...], e non porque a Nación non poida nin deba: a Nación pode e debe todo o que quere»<sup>8</sup>. Por exemplo, desposuír ao monarca do veto absoluto, cuxa posesión habería de caracterizar o estatus político dos reis europeos durante todo o período de vixencia das monarquías constitucionais, para outorgarlle un mero veto suspensivo (arts. 145-149), que dificultaba moi seriamente a súa capacidade de interferencia no exercicio da función lexislativa do Estado: o rei podería atrasar a aprobación parlamentaria das leis, pero se os lexisladores insistían non lle quedaba ao monarca outro remedio que aceptar o texto das Cortes, dado que se un proxecto de lei fose aprobado nelas por tres veces, a sanción entenderíase outorgada por propia disposición da lei fundamental. O veto suspensivo significaba, nunha palabra, que a sanción, aínda que puidese diferirse no tempo era, ao cabo, obrigatoria.

Ía ser, porén, no terreo da existencia das Cortes onde as limitacións ao poder real —que figuraban expresamente nun artigo constitucional destinado a tal efecto, o 172, precepto cuxo contido carece de parangón no noso constitucionalismo e que non volveremos atopar en ningún dos textos do século XIX— se manifestaban con maior claridade e, ao tempo, con máis significativa transcendencia. E iso porque non podería o rei no futuro intervir na existencia efectiva das Cortes, ao carecer de facultades para impedir a súa reunión anual —que se producía *ex Constitutione* en determinadas épocas do ano (art. 106)—, ou para suspendelas, disolvelas, ou embarazar de calquera modo as súas funcións (art. 172.1ª). Segundo a Constitución, para a reunión das Cortes establecíase un mecanismo automático que impedía toda interferencia do monarca: o parlamento xuntaríase todos os anos, por un período de tres meses consecutivos que comezaría o primeiro de marzo de cada ano. É dicir, a reunión de Cortes, condición indispensable para a súa existencia política real, quedaba por completo á marxe da vontade política dun rei que, non era difícil imaxinar, podía ter a tentación de non xuntalas para evitar con iso que o parlamento limitase o seu poder. Da importancia sobresaínte de tal regulación deixaría clarísima constancia Agustín de Argüelles, autor do *Discurso Preliminar* á Constitución e probablemente o máis brillante dos deputados *doceañistas*, quen sabía que non esaxeraba ao declarar solemnemente: «Señores, tal vez este artigo é a clave de todo o edificio constitucional». ¿Por que? Pois porque para os deputados liberais, que intentaban entón levantar o Estado liberal en medio dun borrascoso mar de dificultades e problemas, a existencia das Cortes —é dicir, a súa reunión automática anual— supoñía a máis eficaz salvagarda do sistema fronte aos seus moitos e poderosos inimigos.

8 *Diarios de las sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Imprenta de J. A. García, 1870, tomo III, p. 1714.



As palabras pronunciadas por Argüelles no debate constituínte deixan constancia dos perigos aos que as Cortes se enfrontaba cunha rotundidade ben expresiva do que estaba en xogo no envite: «[A Comisión] quixo dar no seu proxecto ao Goberno da Nación o carácter dunha Monarquía moderada, isto é, na que o rei teña a potestade necesaria para facerse respectar fóra e obedecer dentro, e ser ao mesmo tempo o pai dos seus pobos. Para isto a Nación cómpre que estea, por dicilo así, viva na persoa dos seus representantes. Eles sós son os que han de defender a Constitución, asegurando a súa observancia, e contrarrestar aos ministros ou aos poderes que intenten invadila». E é que o transcendental envite histórico ao que as Cortes de Cádiz se estaban enfrontando non era outro que o de tratar de asegurar que unha vez superada a crise política provocada pola invasión napoleónica e a guerra que aquela desatou non volverían as augas da revolución á vella canle absolutista, para o que resultaba indispensable non poñer en mans do rei os poderes susceptibles de permitirlle dirixir o retroceso. Esa confianza en que a existencia das Cortes podería servir para frear as tentativas de rematar coa Constitución e o Estado liberal, certamente un pouco inxenua vista en perspectiva histórica, era a que explicaba a insistencia de Argüelles en apartar do rei os poderes susceptibles de estorbar o funcionamento do parlamento para evitar, así, a tentación dun uso indebido dos mesmos: «Examinense as facultades das Cortes e as sinaladas ao poder do rei e verase que aquelas esixen o constante exercicio e vixilancia da representación nacional; estas o incesante desvelo dun goberno que debe ocuparse con preferencia en obxectos de recoñecida urxencia e natureza moi diferente. As leis, Señor —afirmaba Argüelles dirixíndose ás Cortes cuxa futura existencia estaba defendendo—, aínda que estean ditadas pola mesma sabiduría non fan máis que a metade da obra. A súa observancia é o fundamento da prosperidade pública, e só pode asegurarse por medio dun corpo permanente que teña ao seu coidado reclamala. Tal é a reunión anual de Cortes. Todo o demais é inútil, é ineficaz, enganarse a Nación e prepararse a si mesma a ruina da lei fundamental, único baluarte en que libra a súa independencia e liberdade»<sup>9</sup>. O automatismo na reunión de Cortes, de todo punto indispensable, completábase, como se apuntou previamente, cunha prohibición plenamente coherente con aquel: o rei non podería, baixo ningún pretexto, impedir a celebración de Cortes nas épocas e casos sinalados pola Constitución, nin podería suspendelas, disolverlas, nin en maneira ningunha embarazar as súas sesións ou deliberacións, de modo que os que o aconsellasen ou auxiliasen en calquera tentativa para os actos referidos, serían declarados traidores e perseguidos como tales.

¿Cal é a conclusión esencial que se deriva de todo o apuntado? ¿Ou, por expresalo doutro modo, que relación garda o sistema constitucional de equilibrios e contrapesos ata o de agora analizado, coa posibilidade de parlamentarizar o tipo de monarquía que, avanzado sobre os pasos dos seus sucesores durante o tramo central do século XIX, previran os deputados *doceañistas*? A resposta a ambas as dúas preguntas non é difícil: a balanza de poderes establecida no texto gaditano, que se completaba coa proclamación de que entre as facultades das Cortes se atopaba a de facer efectiva a responsabilidade dos Secretarios do Despacho e demais empregados públicos (art. 171.25<sup>a</sup>), teríase traducido, de ter tido continuidade o Estado liberal, no esquema de funcionamento institucional que estivo na orixe da parlamentarización das monarquías constitucionais europeas a partir do último terzo do século XIX alí onde aquela parlamentarización tivo lugar. E iso porque, ante os constantes conflitos de poder entre o rei e o parlamento que marcaron todo o período de vixencia daquelas monarquías, o primeiro carecería da posibilidade constitucional de resolvelos no seu propio beneficio, procedendo á suspensión ou disolución do parlamento, ou, chegado

9 Todas as citas de Argüelles en *Diarios de las sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, cit, tomo III, pp. 1950-1951.



o caso, á súa non convocatoria. En tal hipótese non quedaba máis que outra posible alternativa: a dimisión dos ministros nomeados polo rei ante a presión dun órgano de representación que lles retiraran o seu apoio e confianza, solución esta pola que, sen ningún xénero de dúbidas, estaban apostando os constituíntes gaditanos. Deste xeito, e a diferenza dos monarcas constitucionais, que tiñan limitados os seus poderes pola Constitución pero que participaban no exercicio de todos eles a través dunha complexa serie de variados instrumentos, os monarcas dos textos revolucionarios (o francés de 1791, o español de 1812 e o portugués de 1822) acabarán por aparecer como meros órganos do Estado dotados de poderes que non só resultaban limitados senón que lles impedían, ao cabo, controlar o desenvolvemento do proceso político estatal. Así puido comprobarse en España, de feito, durante os anos do Trienio Liberal (1820-1823)<sup>10</sup> —os únicos en que a Constitución de 1812 se aplicou nunha situación de certa normalidade política e institucional—, anos nos que as previsións da Constitución conduciron indefectiblemente cara unha monarquía fortemente parlamentarizada na que o rei, malia ostentar a titularidade do poder executivo, quedaba privado dos dous principais instrumentos que lle permitían sobrepoñerse ao parlamento: o veto absoluto e a facultade de suspender e disolver as Cortes.

## 4 A Constitución de 1812 vista desde a perspectiva do seu bicentenario

Por iso, analizadas as cousas coa dimensión que dá o tempo transcorrido desde entón, creo persoalmente que o elemento de maior relevancia política do texto gaditano, tan rico e novidoso por tantos e tan diferentes motivos, residirá, ademais de na afirmación nacional xa referida, na regulación da balanza de poderes entre os dous órganos fundamentais do novo Estado liberal (o rei e as Cortes): unha regulación que será moito máis cercana á que caracterizará, a partir dos últimos compases do século XIX, ás monarquías parlamentarias que á que definirá a posición constitucional dos monarcas constitucionais durante o tramo central desa centuria. Esa balanza de poderes, debo subliñalo, non se derivará, a fin de contas —ou, polo menos, non se derivará só— da cantidade maior ou menor de facultades que o monarca tiña conferidas no texto de 1812 canto do feito de que os constituíntes decidiron non poñer nas súas mans, coa única excepción dun descafeinado veto suspensivo, ningún dos poderes esenciais que, tras as revolucións liberais, ía permitir aos reis gobernar en Europa dun modo efectivo e non meramente nominal. A fin de contas, o longo proceso de parlamentarización das monarquías constitucionais que se desenvolve no noso continente durante case tres cuartos de século —proceso que triunfa nalgúns países (Reino Unido) e fracasa noutros, finalmente, tras varios intentos fallidos (Francia ou España)— irá dirixido, paradoxalmente, a alcanzar o que os textos do período revolucionario deron por sentado: que a existencia do poder lexislativo non podía depender da vontade do titular do poder executivo, quen debería ser controlado por aquel; e que, en consecuencia, os reis non podían ter atribuídas as facultades de convocar, disolver e suspender o parlamento, de forma que a tensión política estrutural entre o parlamento e o Goberno puidese resolverse en beneficio do primeiro e en contra do segundo. Aínda que cun tono claramente crítico cara esa solución, ninguén mellor que Benjamin Constant foi quen de expresar o que tal limitación significaría finalmente: «A esencia da realeza, nunha Monarquía representativa,

<sup>10</sup> Pola miña parte puiden confirmar a realidade de tal proceso de parlamentarización nun ámbito, daquela, central da política estatal: o da política militar. Véxase «Rey, Cortes y fuerza armada en el Trienio Liberal: hacia la progresiva parlamentarización de la monarquía constitucional», en VV. AA., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, páxinas 75 a 119.



é a independencia nos nomeamentos que ten atribuídos. O rei nunca actúa no seu propio nome. Situado no cumio de todos os poderes, crea uns, modera aos outros, e dirixe así a acción política, moderándoa sen participar nela. É de aí de onde procede a súa inviolabilidade. Cómpre, polo tanto, respectarlle tal prerrogativa na súa total integridade. Non se lle pode discutir xamais o dereito de elixir. Non poden as asembleas arrogarse o dereito de excluir, pois tal dereito, de exercerse dun modo obstinado, implicaría finalmente o dereito de nomear»<sup>11</sup>.

Porén, e como flor dun día, o proxecto *doceañista* esfumouse unha vez que, tras a morte do derradeiro rei absoluto de España (Fernando VII), en 1833, e tras o fracasado intento dos liberais progresistas de manter, aínda que fundamente reformado, o réxime político gaditano na Constitución de 1837, os moderados —o sector máis retrógrado do liberalismo español na primeira metade do século XIX— chegaron ao poder. Máis tarde, despois do fracaso do novo intento de cambio modernizador que naceu da Revolución Gloriosa de 1868, da Constitución de 1869 e do frustrado proxecto da I República española, o réxime da Restauración culminou, a partir de 1876, a construción dun Estado falsamente parlamentario que ía desembocar, despois dunha fonda crise, na II República española. Tras as dúas traxedias que a seguiron, a Guerra Civil e a longa ditadura en que aquela desembocaría, o réxime constitucional de 1978 acabará por ser, ao cabo, o herdeiro do espírito de Cádiz. Certamente, malia as inmensas diferenzas de texto e de contexto, as Constitucións de 1812 e 1978 respiran, parcialmente, nunha mesma atmosfera: a da soberanía nacional, a monarquía parlamentarizada, o poder xudicial independente, a autonomía municipal e, por suposto, os dereitos. O artigo 13 da primeira —toda unha declaración de principios—, ben podería ter figurado na segunda: «O obxecto do Goberno da felicidade da Nación, posto que o fin de toda sociedade política non é outro que o benestar dos individuos que a compoñen».

¿Por que, pois, o desapego actual, perfectamente perceptible na máis que discreta celebración do bicentenario do texto gaditano fóra das fronteiras da cidade que o viu nacer, cara aquela inxente obra política e constitucional que nos conecta cun dos proxectos máis dignos de admiración nun pasado cheo de quebrantos e fracasos? Quizais porque na atmosfera de Cádiz estaba tamén un proxecto de nación española —esa á que se refire o artigo que acaba de citarse— que hoxe impugnan os que negan a súa existencia, os que fan xogos malabares coa suposta polisemia dun termo que designa unha realidade inapelable e os que viven a custa de actuar como se a nación común fose unha entelequia. É así como a Constitución de 1812 aparece hoxe envolta nun curioso paradoxo: o dun texto cuxo pasado se proxecta no presente (pois os seus obxectivos esenciais acabaron por triunfar), pero no que tamén o presente se proxecta no pasado, o que fai que a esperable reivindicación de Cádiz desapareza ao servizo das obsesións e intereses, sempre a curto prazo, da política actual. Non é, por suposto, nada novo: reflexionando sobre a historia de España no tránsito do século XIX ao século XX concluía xa fai anos o historiador Santos Juliá que «a representación do pasado cambia a medida que se transforma a experiencia do presente»<sup>12</sup>, o que, a todas luces, explicaría o rechamante desinterese actual por un bicentenario do que resultaba lóxico agardar un entusiasmo institucional que, salvo na capital andaluza, non se ve por parte ningunha.

11 Benjamin Constant, *Principes de Politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de France, en Oeuvres complètes (IX, 2), Principes de politique et autres écrits (juin 1814-juillet, 1815)*, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 2001, p. 773.

12 Santos Juliá, «Anomalía, dolor y fracaso de España», en *Claves de Razón Práctica*, n.º 66 (1996), p. 21.

# Regap

Estudios e notas

1



# *Smart, smarter, smartest regulation:* números contra adxectivos. Os custos administrativos contra a economía produtiva.

43 Regap

JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ  
Economista  
Lic. en Dereito  
Lic. en CC. Políticas e da Administración

Regap

ESTUDOS E NOTAS

*«Os homes só aceptan o cambio resignados pola necesidade e só ven a necesidade durante as crises»*

(Jean Monnet, pai fundador da Europa unida)

España é unha nación moi literaria. Acumula seis premios Nobel en literatura. Só dous en medicina. Cero en ciencias puras ou en economía, esa lúgubre disciplina que non é científica nin exacta, pero que tampouco pode ser entendida sen cifras. Polo que se ve, en España interesa máis o fomento das letras que o dos números, a retórica máis que o método científico. Este é o gran *handicap* nacional, que transcende a gobernos e réximes. Así non é de estrañar que ao analizar como se elaboran as súas normas xurídicas se comprobe que interesa máis o estilo que o impacto, máis a gramática que a aritmética.

Puidemos cambiar esta discapacitante tendencia con homes como Echegaray, o noso primeiro Nobel, xigante intelectual sen parangón no servizo público dos nosos días, capaz de escribir tratados de matemática e termodinámica, á vez que exercía de exitoso dramaturgo, e de Ministro de Fomento e Facenda en sucesivos gobernos, impulsando a creación do Banco de España como verdadeiro Banco Nacional. Porén, nin sequera este Don José foi capaz de inverter o curso do Dereito Administrativo español, en canto atinxe a primar o que se pode contar con números fronte ao que se conta sen eles.

Mostra desta invalidez conceptual é que entre as nosas Administracións Públicas (AA.PP.) se confunden as memorias económicas coas orzamentarias, se aínda se poden denominar así,



vista a súa indixencia intelectual. Non é raro pois neste escenario que as escasas memorias económicas merecedoras da devandita denominación, que acompañan a proxectos de leis e regulamentos en España, se constrúan *ad hoc* para xustificar a viabilidade da norma — como non podía ser doutro modo—, e que se centren no seu impacto sobre os ingresos e/ou os gastos públicos inducidos, ignorando a súa ampla incidencia sobre os operadores privados e o mercado.

Esta anomalía estrutural, impropia dun país que desexa incorporarse definitivamente á liga dos máis avanzados, atópase tan estendida que xa non só se cronificou no Poder Executivo e no Legislativo, que a toleran e adoecen de persoal capacitado entre os seus altos funcionarios para suplir esa carencia, senón que mesmo contaxia viralmente ao Poder Xudicial.

Unha boa mostra dese contaxio ao Poder Xudicial podemos atopala na Sentenza do Tribunal Supremo de 15 de xullo de 2010, na que se pronuncia sobre a idoneidade xurídica do procedemento de elaboración do Real Decreto 1720/2007, de 21 de decembro, polo que se aproba o Regulamento de desenvolvemento da Lei Orgánica 15/1999, de 13 de decembro, de protección de datos de carácter persoal. Na devandita Sentenza, ao valorar o Tribunal se a pertinente memoria económica que debía acompañar ao proxecto era merecedora ou non desa cualificación, conclúe que non no seu Fundamento Xurídico cuarto, para inferir despois que, con todo, as súas consecuencias reais son irrelevantes para os destinatarios da norma (resaltamos en letra grosa e con subliñado os aspectos máis transcendentales para o noso estudo):

*«**CUARTO.**- O artigo 24.1 da Lei 50/1997 esixe que coa iniciación do procedemento de elaboración dun regulamento se achegue unha **memoria económica** que conteña a **estimación do custo a que dará lugar.***

*Conforme sinala entre outras moitas sentenzas a de 27 de novembro de 2006 (recurso 51/2005), tanto a memoria económica como a xustificativa poden ser sucintas, como di o artigo 24.1.f) da Lei do Goberno, pero deben cumprir a finalidade a que responden, a cal non é outra que **proporcionar ao Goberno unha información sobre os custos que as medidas adoptadas poden supoñer a fin de que, contraponendo estas coas vantaxes que aquelas haxan de representar, evidenciadas na memoria xustificativa, a decisión se adopte con **coñecemento de todos os aspectos, tanto negativos como positivos, que a aprobación do regulamento pode significar.*****

*Na sentenza xa citada de 12 de maio de 2009 concréntanse aqueles **extremos que a memoria económica debe conter, a saber: 1.- Se vai supoñer incremento dos gastos xa orzamentados polo Estado. 2.- Se é execución dunha partida orzamentaria aprobada. 3.- Se ten incidencia económica na sociedade ou nos seus destinatarios.***

*Sen dúbida a memoria económica é un documento de relevancia singular no procedemento de elaboración regulamentaria. **Os conceptos de boa administración e de calidade da actividade administrativa, cobran todo o seu protagonismo no momento de concretar os custos económicos e financeiros que a aplicación dunha norma regulamentaria pode supoñer. O deber de boa administración, dun bo facer administrativo no exercicio da potestade regulamentaria, esixe un especial coidado á hora de estudar as consecuencias económicas que a implantación da nova normativa leva consigo.***

**A ausencia dun estudo económico rigoroso pode producir, e exemplos hai diso, que as disposicións regulamentarias queden <<en papel mollado>>, carentes de virtualidade práctica, ben por ausencia de partidas orzamentarias ou vías de financiamento, sen dúbida os supostos máis frecuentes, ben por non ter ponderado a carga económica que á sociedade en xeral, e, en particular, aos singularmente afectados, supón a aplicación da norma regulamentaria.**

*Feitas as consideracións anteriores que han de empregarse como pautas interpretativas para valorar se se deu cumprimento á esixencia do artigo 24.1.a) da Lei do Goberno, recoñecendo que a memoria económica elaborada non contén unha soa cifra, aínda así, contrariamente ao que sostén a recorrente, non cabe observar sen máis a ausencia dun estudo económico da futura regulación, se por tal debe entenderse aquel que proporciona un coñecemento dos custos de implantación.*

**Non esixíndose máis que unha memoria sucinta (artigo 24.1.f) Lei 50/1997), non pode pretenderse que a elaborada para o Regulamento que nos ocupa conteña cifras económicas.** *Tal pretensión excede do carácter conciso que prevén o citado artigo 24.1.f).*

**A lectura da memoria elaborada, obrante aos folios 970 a 988 do expediente (documento número 9) revela, sen ningún xénero de dúbida, que contén un estudo económico suficiente que de ningún modo pode cualificarse de vago, xenérico e inservible, adxectivos todos eles empregados pola recorrente.**

**A afirmación na memoria económica de que a disposición proxectada non implica incremento de gasto nin diminución de ingreso algún para a Facenda Pública e que só desde a perspectiva económica que lle corresponde merecen especial atención as medidas de seguridade esixibles para os tratamentos de datos, coa advertencia de que os automatizados non teñen custos económicos, dado que a maior parte das medidas xa foron implantadas coa anterior normativa, e coa precisión de que as dúas non automatizadas inciden esencialmente en cuestións de tipo organizativo e na adquisición de mobiliario de seguridade (armarios pechados, portas, chaves, ...), certamente non hai razón para dudar da suficiencia da memoria, máxime cando, malia as consideracións precedentes, con apoio nunha mostraxe de 893.568 ficheiros, se realiza un estudo dos custos da aplicación das medidas ao longo de oito páxinas que ademais se acompaña dun anexo doutras 25 páxinas no que se reflicte, con marcado detalle, a incidencia económica que esa aplicación pode supoñer.**

*Para insistir na falta de razón que asiste á recorrente é de indicar que no desenvolvemento argumental do motivo impugnatorio non se expresan cales preceptos regulamentarios teñen unha incidencia económica e cales, malia esa incidencia, non son obxecto de estudo na memoria. Certo é que fai mención ao informe do Ministerio de Economía e Facenda, transcribíndoo parcialmente, puidendo lerse no texto transcrito o seguinte: “Sería conveniente contar cunhas Memorias Xustificativas e Económicas máis completas que permitan a axeitado análise do Proxecto. En particular, bótase en falta unha análise específica das condicións en que se desenvolve a actividade de determinados sectores como os dedicados ao*



*tratamento de datos sobre insolvencia ou para usos promocionais, nos que o regulamento ten unha incidencia máis significativa". Pero fácil é colixir da lectura do texto que non se afirma nel un insuficiente estudo económico sobre os sectores que refire e si a inexistencia dunha análise específica da actividade que neles se desenvolve, cuxa repercusión económica polo menos implícitamente se nega na memoria ou se considera de escasa transcendencia.*

*A afirmación da recorrente relativa a que as carencias denunciadas produciron unha desfeita económica xeneralizado no sector, co conseguinte peche de numerosas empresas, ademais de carecer de apoio probatorio, de ser certa nin sequera constituiría un indicio de hipotéticas deficiencias da memoria.*

***A idea ou consideración de que o estudo económico da implantación dunha norma como a que nos ocupa ofrece grandes dificultades en canto afecta esencialmente ao sector privado, á economía das empresas, así como a relativa a que a repercusión económica nas distintas empresas do sector depende de múltiples factores (tamaño dos ficheiros, medidas de seguridade con anterioridade adoptadas, etc.), xunto á das consecuencias que comporta a nulidade dunha norma regulamentaria que incide en dereitos fundamentais, impide, sen dúbida ningunha, apreciar o defecto procedemental denunciado de insuficiencia da memoria.***

*Aínda que o exposto se trata dun argumento que contrapón o interese xeral representado polo mantemento da norma fronte ao concepto de boa administración, relegando a nulidade do procedemento aos supostos de extrema gravidade, e que obviamente ha de ser aplicado con cautela, en atención ao caso concreto, ningún inconveniente hai para a súa aplicación no caso de autos en que **as deficiencias da memoria económica, mesmo con independencia das dificultades na súa elaboración, non alcanzan un grao de importancia tal que permitan considerala como inútil ou insuficiente.** Así o entendeu tamén o informe do Consello de Estado cando conclúe que entende suficientemente atendidas as prescricións normativas que para a elaboración das disposicións regulamentarias prevén o ordenamento xurídico. Certo é que o informe do devandito órgano consultivo é crítico cando expresa que "... a memoria económica proporciona estimacións aproximadas do número e porcentaxe de ficheiros que se verán potencialmente afectados polo novo Regulamento, **ofrecendo cifras estimativas dos custos (sic)** que a implantación das medidas de seguridade representarán para os responsables de ficheiros privados automatizados e non automatizados, e os que haberán de asumir os titulares dos ficheiros que haxan de implantar, en virtude da nova regulación, un nivel maior de seguridade" e cando advirte que a conclusión da memoria relativa á ausencia de impacto económico na Facenda Pública contrasta co informe do Ministerio do Interior que expresa que a adaptación das medidas de seguridade afecta aos ficheiros de utilidade pública; pero aínda cando se aceptara ou se dese por boa a devandita crítica, aínda así as carencias apuntadas non determinan a nulidade pretendida.»*

Aparte da confusión de afirmar polo Tribunal que a memoria económica non conteña unha soa cifra, e reproducir ao tempo a referencia do Consello de Estado a cifras na devandita memoria, existe outro aspecto capital que merece a pena tratar.

Certo é que o artigo 24 da Lei 50/1997, de 27 de novembro, do Goberno non precisou que se debía incluír na memoria económica, sucinta ou non sucinta. Pero mesmo para un non



economista debora ser estraño que algo que se denomina “*memoria económica*” non teña nin unha soa cifra económica. Cousa distinta será a calidade técnica da prognose económica, que a miúdo haberá de ser contrastada *a posteriori* con estudos analíticos de custos, pero pensar que se pode falar de medir o impacto económico dun proxecto normativo sen empregar cifras, é mesmo máis absurdo que prohibir os adxectivos aos xuristas. Desde logo, isto de facer economía sen cifras será moi natural en España, pero resultaría obxecto de escarnio, mofa e befa noutros lares e latitudes.

Nin sequera a desordenada Lei 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostible, ditada ante unha situación de emerxencia económica nacional, se atreveu a entrar no núcleo do problema. Non obstante, a ubicación preferencial da “*mellora da calidade da regulación*” no Capítulo I do Título I da Lei —“*Mellora do ámbito económico*”—, denota que algo se avanzou no diagnóstico e na comprensión da etiología do problema estrutural español, en canto á súa falta de competitividade e á ausencia dunha sólida industria e de servizos avanzados xenuinamente españois —a industria farmacéutica e química, así como a do motor, son bos expoñentes diso—. Por desgraza, apenas se avanza non obstante nas terapias regulatorias, para facilitar a creación e desenvolvemento de PEMEs nesas e noutras áreas que van á cabeza, nas que *a priori* dispoñemos dun gran capital humano, como o demostra o número e recoñecemento de profesionais que traballan en multinacionais e en prestixiosas entidades foráneas. PEMEs que, á súa vez, deben ser a materia prima do que Joseph Alois Schumpeter denominou ‘*creative destruction*’, —“*schöpferischen Zerstörung*”—, ou sexa, o competitivo xerme de empresas que alcancen certa dimensión no futuro pola vía da innovación e a mellora de procesos produtivos. Pero, claro, para iso hai que facilitar o previo nacemento de moitas PEMEs e non abortalo.

En efecto, o artigo 4.3 da Lei de Economía Sostible (LES), é unha mostra de vacuidade e reiteración retórica, sen avanzar nin un ápice en canto a precisión mensurable ou cuantificable respecto do que xa dispoñía, p.e., a Directiva Servizos (DS)<sup>1</sup> e a súa normativa específica de transposición<sup>2</sup>:

ART. 4.3 LES	DS	NORMATIVA DE TRANSPOSICIÓN DS
En virtude do principio de <b>proporcionalidade</b> , a iniciativa normativa que se propoña deberá ser o instrumento máis axeitado para garantir a consecución do obxectivo que se persegue, <b>tras constatar que non existen outras medidas menos restritivas</b> e menos distorsionadoras que permitan obter o mesmo resultado.	(Art. 9.1.c): Os Estados membros só poderán supeditar o acceso a unha actividade de servizos e o seu exercicio a un réxime de autorización cando se reúnan as seguintes condicións: (...) o obxectivo perseguido non se pode conseguir mediante unha <b>medida menos restritiva</b> , en concreto porque un control <i>a posteriori</i> se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz. (Art. 15.3.c: Requisitos por avaliar):	(Art. 5.c. Lei paraugas): A normativa reguladora do acceso a unha actividade de servizos ou do exercicio da mesma non poderá impoñer aos prestadores un réxime de autorización, salvo excepcionalmente e sempre que concorran as seguintes condicións, que haberán de motivarse suficientemente na lei que estableza o devandito réxime. (...) <b>Proporcionalidade</b> : que o devandito réxime sexa o instrumento máis axeitado para garantir a consecución do obxectivo que se persegue porque <b>non existen outras medidas menos restritivas</b> que permitan obter o mesmo resultado, en particular cando un control <i>a posteriori</i> se producise demasiado tarde para ser realmente eficaz. (...)

1 Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello, de 12 de decembro de 2006 relativa aos servizos no mercado interior. (DOUE L 376, de 27.12.2006).

2 Lei 17/2009, de 23 de novembro, sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio. (BOE n.º 283, de 24.11.2009): Lei paraugas da DS.  
Lei 25/2009, de 22 de decembro, de modificación de diversas leis para a súa adaptación á Lei sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio. (BOE n.º 308, de 23.12.2009): Lei ómnibus da DS.



	<p>Os Estados membros comprobarán que os requisitos contemplados no apartado 2 cumpran as condicións seguintes:</p> <p><b>proporcionalidade:</b> que os requisitos sexan axeitados para garantir a realización do obxectivo que se persegue e non vaian máis alá do necesario para conseguir o devandito obxectivo e que <b>non se poidan substituír por outras medidas menos restritivas</b> que permitan obter o mesmo resultado.</p>	<p>(Art. 1 Lei ómnibus, que da nova redacción ao art. 84 (2) da <i>Lei 7/1985, de 2 de abril, Reguladora das Bases do Réxime Local</i>): A actividade de intervención das Entidades locais axustarase, en todo caso, aos principios de ... <b>proporcionalidade</b> co obxectivo que se persegue.</p> <p>(Art. 2 Lei ómnibus, que engade o art. 39 bis á Lei 30/1992, de 26 de novembro, RXAP-PAC): <b>Artigo 39 bis. Principios de intervención das Administracións Públicas para o desenvolvemento dunha actividade.</b> 1. As Administracións Públicas que no exercicio das súas respectivas competencias establezan medidas que limiten o exercicio de dereitos individuais ou colectivos ou esixan o cumprimento de requisitos para o desenvolvemento dunha actividade, <b>deberán elixir a medida menos restritiva</b>, motivar a súa necesidade para a protección do interese público así como xustificar a súa adecuación para lograr os fins que se persegue, sen que en ningún caso se produzan diferenzas de trato discriminatorias.</p>
--	---	---

En honor á verdade, a LES intenta mellorar a consideración e estima pola avaliación económica dos proxectos normativos, pero sendo filla na súa xénese da mesma Administración que evita diariamente ese exercicio de racionalidade, faino novamente á vella usanza:

«Artigo 5. *Instrumentos das Administracións Públicas para a mellora da regulación.*

*Para contribuír ao obxectivo de mellora da calidade regulatoria e á aplicación dos principios de sostibilidade e boa regulación, as Administracións Públicas:*

1. *Impulsarán os **instrumentos de análise previa de iniciativas normativas** para garantir que se teñan en conta os efectos de todo tipo que estas produzan, **co obxectivo de non xerar aos cidadáns e empresas custos innecesarios ou desproporcionados**, en relación ao obxectivo de interese xeral que se pretenda alcanzar. (...)*

3. *Promoverán o desenvolvemento de **procedementos de avaliación a posteriori da súa actuación normativa**, dispoñendo o establecemento dos correspondentes sistemas de información, seguimento e avaliación.*

Artigo 6. *Adaptación da regulación vixente aos principios de sostibilidade e boa regulación. (...)*

2. *Aos efectos do previsto no presente Capítulo, no marco da **Conferencia Sectorial de Administración Pública, acordaranse e impulsaranse criterios para promover a aplicación dos principios de boa regulación.***

3. *Igualmente, as Administracións Públicas, no marco do **Comité para a Mellora da Regulación das Actividades de Servizos**, cooperarán para **promocionar a análise económica da regulación** e, en particular, evitar a introdución de restricións inxustificadas ou desproporcionadas ao funcionamento dos mercados e impulsar iniciativas de reforma neste ámbito.»*

Por certo, esa Conferencia Sectorial de Administración Pública é a mesma á que a Disposición transitoria sexta da Lei ómnibus, 25/2009, encomendou aprobar o sistema de xes-

tión do “portelo único” da DS (PUDS), ferramenta fundamentalísima para avanzar moito e con custos ínfimos na expansión da regulación intelixente, como veremos. Porén, malia a encomenda, durante o primeiro e capital ano de despregamento da DS en España, cun desemprego atroz que podería paliarse polo menos reducindo os custos de orixe administrativa que pesan sobre os emprendedores, a devandita Conferencia Sectorial nin sequera se reuniu.

Desenganémonos. O problema de fondo non é legal, senón cultural. Cando se fala en España de “técnica normativa” pénsase en todo, menos en números. E os números importan, e importan máis cando a situación económica empeora.

Como pequena proba de contraste científico pódese ver como se fan estas cousas en nacións con menos enxeño literario pero economicamente máis desenvolvidas, como pode ser o caso dos Países Baixos, mesmo para unha norma con escaso impacto económico a nivel macro, e tratándose ademais dunha proposición de Lei, non dun proxecto governamental.

Nos Países Baixos existe unha gran resistencia social a que se críen animais cuxa finalidade exclusiva ou principal sexa o destino das súas peles á industria peleiteira —visóns, raposos, chinchillas, ...—. Pode ser discutible ou non, pero en calquera caso se trata dunha opción de política lexislativa admisible nunha democracia. Nos proxectos normativos barallados, porén, pondérase extraordinariamente o impacto da medida sobre os operadores privados, e como é natural en primeir lugar a situación na que quedarían os criadores e a industria transformadora, non tanto o comercio, xa que este podería seguir realizando a súa actividade recorrendo a manufacturas procedentes doutros provedores europeos ou de terceiros Estados.

¿Por que fan cousas tan raras estes neerlandeses? Pois porque, no fondo, o que se discute cando hai impactos económicos de por medio non é outra cousa que o dereito de propiedade e o dereito á información, cuxos titulares son os contribuíntes. E aquí é onde falla o Ordenamento Xurídico español, coa súa Constitución á cabeza, que non considera á propiedade un dereito fundamental, digno de amparo constitucional.

Na memoria redactada polas autoridades neerlandesas ao remitir o seu texto á Comisión Europea (proxecto 2001/64/NL), o impacto económico dunha disposición tan nimia explícase do seguinte modo:

*«Obriga de indemnización á luz do artigo 14 da Constitución e do artigo 1 do primeiro protocolo do Convenio Europeo de Dereitos Humanos.*

*Considerouse se, tendo en conta o período transitorio de 10 anos, segue existindo unha obriga de indemnizar aos criadores de visóns. Neste contexto cobran importancia o artigo 14 da Constitución e o artigo 1 do primeiro protocolo do Convenio Europeo de Dereitos Humanos.*

*O artigo 14 da Constitución contempla a expropiación e a indemnización correspondente. A prohibición da cría de animais de peletería non pode considerarse como privación de propiedade senón como unha limitación do exercicio do dereito de propiedade segundo se menciona no apartado 3 do artigo 14 da Constitución. Conforme ao devandito apartado do artigo, no caso de que se limite o exercicio do dereito de propiedade existe tan só unha obriga de indemnización ou compensación dos danos nos casos estipulados por ou en virtude da lei. Tendo en conta o período transitorio*

de 10 anos, a presente proposición de lei non prevé ningunha indemnización para os criadores de visóns.

*O artigo 1 do primeiro protocolo do Convenio Europeo de Dereitos Humanos confire a cada persoa natural ou xurídica o dereito de gozar ininterrompidamente da súa propiedade. Establece que ninguén poderá ser privado da súa propiedade agás en caso de interese xeral e nas condicións previstas pola Lei e os principios xerais do dereito internacional, pero sen prexuízo do dereito que teñen os Estados de poñer en vigor as Leis que xulguen necesarias para a regulamentación da propiedade de acordo co interese xeral. Na xurisprudencia do Tribunal Europeo dos Dereitos Humanos desenvolveuse ese concepto. Neste contexto resulta importante saber se unha medida debe ser considerada como privación ou como regulación dunha propiedade. Na privación de propiedade, a autoridade en xeral ten a obriga de fixar unha indemnización, mentres que na regulación de propiedade a indemnización soamente será obrigatoria se o individuo ha de soportar unha carga desproporcionadamente elevada por causa da realización do interese xeral ao que aspira a medida reguladora. O interese xeral reside neste caso na resistencia social á produción de peles. No presente caso non se trata de privación de propiedade. As prohibicións recollidas no artigo 1 da proposición de lei poden ser consideradas como regulación de propiedade de acordo co artigo 1 do primeiro protocolo do Convenio Europeo de Dereitos Humanos. Polo tanto, non hai por definición unha obriga de indemnización. A este respecto é importante que a introdución da prohibición de criar animais de peletería vaia acompañada dun período transitorio de 10 anos. Deste modo evitase unha desproporción entre os intereses dos criadores de visóns e o interese xeral.»*

Debe lembrarse que a elección do período transitorio non é gratuito, senón que está intimamente relacionado cos períodos de amortización dos activos afectados pola norma. De modo que a memoria económica debe acoutar temporalmente o impacto da regulación, e prever que sucede cos operadores máis damnificados pola súa entrada en vigor:

*«Consecuencias para o sector privado.*

*Os datos que figuran a continuación tomáronse na súa maioría do informe do Sr. Van Noord (páxinas 7 e 8) que se menciona no apartado 4 da presente nota explicativa.*

*Calcúlase que nos Países Baixos hai uns 200 criadores de visóns que crían visóns como actividade principal. Os visóns son sacrificados na empresa do criador de visóns. Cada ano prodúcense no mundo 25 millóns de peles. Dinamarca é con moito, con case o 40% da produción mundial, o produtor máis importante de pel de visón. Os Países Baixos e os Estados Unidos producen cada un un 10% das peles de visón. Para poder seguir satisfacendo a demanda mundial de peles, as explotacións de visóns noutros países aumentarán probablemente se cesa a cría de visóns nos Países Baixos. Non se sabe en que medida os criadores holandeses de visóns están considerando continuar coa súa empresa no estranxeiro.*

*O valor de produción bruto das explotacións de visóns nos Países Baixos é de 125 a 150 millóns de floríns ao ano. Cada ano prodúcense uns 2,5 ou 3 millóns de peles. O beneficio dunha pel oscila entre 30 e 70 floríns, en función da calidade, a demanda e a oferta. O prezo de custo por pel, sen contar a retribución polo traballo e a xestión de empresa, é de máis de 36 floríns. Na explotación de visóns traballan unhas 600*



persoas. Nas aproximadamente 200 explotacións de visóns traballan, aparte dos xefes da empresa, aproximadamente 300 persoas máis (100 membros da familia e 200 terceiros). Ademais, as explotacións de visóns dan traballo a uns 100 traballadores temporais durante unha parte do ano. Estímase que un 20% das empresas constan como sociedade na que un dos proxenitores (normalmente o pai) e un fillo constitúen xuntos unha sociedade, sendo o pai maior de 50 anos. Noutro 20% das empresas, o xefe de empresa é maior de 50 anos. Nas demais empresas o xefe de empresa é menor de 50 anos.

Na industria provedora e compradora, arredor de 450 postos de traballo dependen das explotacións de visóns. O Sr. Van Noord agarda que os traballadores da industria provedora atopen traballo noutro sector. Calcula así mesmo que o traballo na industria compradora e manufactureira desaparecerá tan só en parte. Para as casas de poxas internacionais que residen nos Países Baixos sobre todo, agarda que as consecuencias sexan menos importantes que para o comercio de peles holandés.

A avaliación do plan de traballo en 1998 puxo de manifesto que practicamente todos os criadores de visóns levaran a cabo a primeira fase do plan de traballo. Segundo o informe do Sr. Van Noord, os investimentos realizados para iso polas empresas son da orde de 60 millóns de floríns (unha media de 300.000 floríns por empresa). Subliña que ademais, en case todas as empresas se investiu recentemente na instalación de sistemas de abono de baixo nivel de emisións, o que representa outros 60 millóns de floríns. En total chegamos a unha media de 210 floríns por cadela de cría. O Sr. Van Noord prevé que os investimentos realizados poderán recuperarse, cos beneficios actuais (1999), nun prazo de 10 anos. Non obstante, sinala que os prezos son imprevisibles e se caracterizan por seguir un curso cíclico. Polo tanto, ao período actual cun alto nivel de beneficios podería seguir un período con beneficios máis baixos.

As empresas que se ocupan da instalación das explotacións de visóns xa notan, segundo o informe do Sr. Van Noord, as consecuencias da moción. Estas empresas anticipáronse á segunda fase do plan de traballo. Non obstante, moitos criadores de visóns, tendo en conta a moción, desistiron de realizar máis investimentos.

Os matadoiros de aves de curral e a industria transformadora de peixe que subministran a materia prima para os pensos dos visóns necesitarán abrir novos mercados se se chega á prohibición total da cría de animais de peletería. O informe do Sr. Van Noord indica que as estimacións sobre os gastos relacionados con iso oscilan entre 2 e 5 millóns de floríns.»

Que diferenza coa postura española. Tanta molestia por 200 modestos criadores. A cuestión, insisto, é que non estamos ante un problema xurídico ou sequera político, senón cultural. Ninguén afirma, —salvo algún economista chalado— que o Executivo ou o Lexislativo dun Estado democrático estean atados polas memorias económicas á hora de ponderar o interese xeral cando deben tomar decisións, a miúdo impopulares. **O que se discute é o dereito a saber, a medir e a contar, mesmo cando haxa que aprobar medidas que parezan antieconómicas.** E, con el, o dereito dos cidadáns a ver respectados os seus dereitos fundamentais, entre os cales se atopa o dereito á propiedade. Porque, aínda que a Constitución Española non considere a propiedade un dereito fundamentalísimo, resulta que o é a teor do referido Protocolo do Convenio europeo para a Protección dos Dereitos

Humanos e das Liberdades Fundamentais<sup>3</sup>, e do artigo 17.1 da Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea<sup>4</sup>.

Outro tanto fixo o Reino Unido nun caso similar comunicado á Comisión Europea (1999/547/UK):

«23. Hai actualmente 13 instalacións de cría de visóns; todas están en Inglaterra, aínda que o Proxecto de Lei se aplica a Inglaterra e Gales.

24. Os custos para a industria serían a perda de ingresos e os activos que non puidesen ser empregados para outros fins. Os activos principais da cría de animais de peletería inclúen o terreo, os edificios e equipos, os animais de cría e os animais novos (para sacrificalos). Non habería ningunha perda en relación co terreo xa que tería outros usos. Unha parte dos activos de uso xeral pode venderse e os activos especializados amortizaranse parcialmente. A vida media dos animais de cría é duns tres anos e os animais novos sacrificanse nun prazo de 12 meses. Por conseguinte, nun período de adaptación de entre dous e tres anos, desperdiciariase proxenie dun ano. Os custos netos reais variarán de acordo coas características de cada negocio en particular. (...)

26. Estímase que o custo de compensación segundo o Proxecto de Lei para as trece instalacións de cría de visóns actuais podería chegar, en relación cos activos, ata £ 400.000 e quizais catro veces esta cantidade se houbese que compensar os ingresos.»

Como se pode constatar, o característico de España non son as corridas de touros, ou a prohibición das corridas de touros en diversas CC.AA., senón —na nosa castiza técnica normativa, se fose merecedora desa cualificación— o despacho do molesto trámite de avaliación económica con lacónicas e rutineiras expresións, entre as que destaca “a norma carece de incidencia orzamentaria”, delatando de novo a grave confusión intelectual entre o impacto para a Administración e o impacto para os administrados. Como anécdota, as corridas de touros poderán prohibirse ou non, pero convén saber canto custa a devandita medida e se alguén ten dereito a ser indemnizado, estimando *a priori* o custo das indemnizacións. E quen fala de touros, fala tamén de infinidade de requisitos e cargas administrativas diversas, sobre todo obrigas de facer, que van introducindo area de forma paulatina na engrenaxe das empresas.

Parece obvio que con esta óptica, segundo a cal o orzamentario e o económico son perfectos sinónimos, e os números que afectan aos cidadáns nada valen fronte aos substantivos

3 [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP\\_CONV.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf) :

Toda persoa física ou moral ten dereito ao respecto dos seus bens. Ninguén poderá ser privado da súa propiedade senón por causa de utilidade pública e nas condicións previstas pola lei e os principios xerais do Dereito Internacional.

As disposicións precedentes enténdense sen prexuízo do dereito que posúen os Estados de ditar as leis que estimen necesarias para a regulamentación do uso dos bens de acordo co interese xeral ou para garantir o pagamento dos impostos, doutras contribucións ou das multas.

4 Artigo 17

Dereito á propiedade.

1. Toda persoa ten dereito a gozar da propiedade dos bens que adquirise legalmente, a usalos, a dispoñer deles e a legalos. Ninguén pode ser privado da súa propiedade máis que por causa de utilidade pública, nos casos e condicións previstos na lei e a cambio, nun tempo razoable, dunha xusta indemnización pola súa perda. O uso dos bens poderá regularse por lei na medida en que resulte necesario para o interese xeral.

(1. Declaración (Tratado de Lisboa) relativa á Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea.

A Carta dos Dereitos Fundamentais da Unión Europea, que ten carácter xuridicamente vinculante, confirma os dereitos fundamentais garantidos polo Convenio Europeo para a Protección dos Dereitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e tal como resultan das tradicións constitucionais comúns aos Estados membros.)



e, sobre todo, os adxectivos emanados do poder normativo, non gozamos do mellor ámbito cultural para convencer aos poderes públicos de que **paga a pena ditar disposicións máis intelixentes, e tamén de modo máis intelixente, para axudar ás empresas e os emprendedores**. Porque, ao cabo, axudar ás empresas desta maneira é máis ecuánime e máis rendible que outorgar unhas cantas subvencións discrecionais a unhas poucas sociedades mercantís, ademais de redundar na consecución dunha estrutura económica máis sólida e con custos máis axustados e competitivos.

Neste contexto, a iniciativa comunitaria '**Smart Regulation**' ("*Lexislación intelixente*") é hoxe máis imprescindible que nunca. A aposta por unha "*lexislación intelixente*" pode implicar unha gran aportación á produtividade e a competitividade europeas no ámbito mundial, á vista das restricións no acceso ao crédito bancario e da constante loita na redución de custos estruturais, que os europeos debemos acometer para manter o noso liderado nos ámbitos industriais nos que aínda imos á cabeza, así como no sector terciario. Os novos e grandes competidores internacionais están ás nosas portas.

Para dispoñer dunha lexislación intelixente é requisito preclusivo lexislar mellor, e **non se pode lexislar mellor se non avaliamos correctamente o impacto das propostas normativas**. O devandito impacto pode estudarse no ámbito económico, social ou medioambiental. Aquí centrarémonos no aspecto económico, pero debe quedar claro de antemán, como xa se apuntou, que a avaliación é unha ferramenta ao servizo da toma de decisións, non un substitutivo dela.

É máis, para que o asunto sexa doadamente abordable, debemos centrarnos nun elemento capital da avaliación do impacto económico das normas, que atinxe aos **custos das cargas administrativas**, por ser estes especialmente opacos, sen que por iso deixen de gravar de forma moi determinante sobre os custos estruturais que padecen as empresas, e que ao final obstaculizan a súa competitividade internacional.

O 24 de xaneiro de 2007, a Comisión Europea fixo pública a súa Comunicación denominada "*Programa de Acción para a Redución das Cargas Administrativas na Unión Europea*"<sup>5</sup>.

En síntese, pode dicirse que dentro dunha estratexia integrada a favor do crecemento e o emprego, o que propoñía a Comisión era reducir nun 25% as cargas administrativas ás empresas ata 2012, co imprescindible concurso do Consello e dos Estados membros. Os beneficiarios desta iniciativa deberan ser principalmente as PEmEs e, por extensión, os consumidores e usuarios, que verían trasladar aos prezos finais dos bens e servizos a previa redución dos custos empresariais, sen esquecer o efecto que engadiría o incremento da oferta.

Aclara a Comisión, e convén salientalo, que esta iniciativa non implica unha desregulación, nin unha renuncia a determinados obxectivos nas diversas políticas públicas, senón facer as cousas doutro modo, dun modo máis eficiente.

Así, o horizonte "*que se propón, en suma, é que a Comisión, coa axuda dos Estados membros, mida as cargas administrativas relacionadas coa lexislación comunitaria e a transposición nacional e elabore propostas de redución axeitadas, mentres os Estados membros*

5 COM(2007) 23 final.  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0023:FIN:ES:DOC>

*miden e reducen as cargas administrativas impostas pola lexislación nacional e rexional en sentido estrito", (op.cit., p.3, in fine).*

Con todo, a iniciativa da Comisión resulta sumamente modesta, porque nin sequera considera entrar inmediatamente no núcleo duro do que na doutrina anglosaxona se denomina como *'red tape'* —v.gr. os condicionantes de instalacións, equipamentos ou sistemas que inflan os custos fixos de calquera actividade produtiva—, senón que se centra nos custos de xestión:

*"Os requisitos administrativos son un determinante importante do ámbito empresarial na medida en que obrigan a empresas de toda a UE a pasar unha parte considerable do seu tempo cumprindo impresos e facendo declaracións sobre cuestións do máis heteroxéneo. Estímase que estes custos se sitúan arredor do 3,5 % do PIB da UE. Se se reducisen, por exemplo, as declaracións innecesarias, o persoal dunha empresa podería dedicar máis tempo ás súas actividades económicas básicas, o que permitiría, á súa vez, reducir os custos de produción e realizar novos investimentos e innovacións, coa conseguinte mellora da produtividade e a competitividade en xeral."*

Os principios que manexa a Comisión Europea para amortecer as cargas administrativas concéntranse en tarefas como:

- Reducir a frecuencia das declaracións obrigatorias aos niveis mínimos necesarios e harmonizar a frecuencia das declaracións.
- Verificar que a mesma obriga de información non se impón varias veces por canles diferentes e eliminar os casos de solapamento.
- Substituír a recollida de información en soporte papel por declaracións electrónicas en portais intelixentes.
- Introducir alcores para os requisitos de información para as PEME ou recorrer a métodos de mostraxe.
- Ponderar o risco de cada actividade e cada declarante, fronte as obrigas indiscriminadas de subministro de información.
- Reducir ou suprimir os requisitos de información impostos por normas superadas pola realidade (obsolescencia normativa).
- Facilitar informes vinculantes como aclaración oficial.

O obxectivo de reducir as cargas administrativas nun 25% ata 2012 resulta loable, pero non ataca o fundamental: as duplicidades e a concatenación de ineficiencias entre diversos departamentos dunha mesma Administración, ou entre distintas administracións, por non falar do disparate de articular irracionais medidas de fomento, xa que ao dano que xeran por introducir vantaxes anticompetitivas respecto dos non beneficiarios sumariánselle os custos inducidos entre os peticionarios que non resultan ser beneficiarios ao cabo. Por iso, a estimación da Comisión de que esta iniciativa podería propiciar un aumento do PIB da UE da orde do 1,4 % (é dicir, uns 150.000 millóns de euros) a medio prazo, resulta pouco verosímil, aínda que sen dúbida vai na boa dirección.





En resumidas contas, a folia de ruta presentada pola Comisión quedou plasmada neste cronograma da *Comunicación sobre o Programa de Acción para a Redución das Cargas Administrativas* na Unión Europea:

2006	2007				2008		2009	2010-2012	2012
	Xaneiro	Marzo	Maio	Outubro	Outubro	Decembro	Consello de Primavera		Consello de Primavera
<p><b>1. Nivel comunitario</b></p> <p>Estudo piloto para: - Delimitar os ámbitos prioritarios (a nivel nacional e da UE) - Acadar un acordo metodolóxico</p> <p>↓</p> <p>Análisis estratéxico do Programa "Lexislar mellor"</p> <p>↓</p> <p>Informe anual de evolución Actualizar o proxecto sobre a carga administrativa Programa de simplificación</p>	<p>Conclusións do Consello Europeo sobre o Programa de acción (obxectivo estratéxico)</p> <p>↙ ↘</p> <p>Programa de acción para a redución das CA Ámbitos prioritarios Frutos maduros Medición (que/quen) Obxectivos cuantificados</p> <p>Posta en marcha do exercicio de medición e redución da carga</p>				<p>OBXECTIVOS CUANTIFICADOS Proposta da Comisión e accións de decisión e aplicación</p>		<p>Adopción de obxectivos cuantificados específicos para a redución das CA a raíz dun informe sobre o Programa de acción</p>	<p>Presentación continua de propostas legais para reducir as CA</p>	<p>Fin do programa</p>
<p><b>2. Estados membros</b></p>	<p>Exercicio de medición en curso</p> <p>Dan conta da situación en los informes de evolución</p>				<p>Os Estados membros cuantifican os obxectivos nacionais e seguen a dar conta da súa aplicación</p>		<p>Seguen dando conta da situación nos informes de aplicación</p>	<p>Acordan propostas de redución e modifican a lexislación nacional, incluídas as medidas de transposición</p>	

Programa para a Redución das Cargas Administrativas

En España, a iniciativa comunitaria foi liderada polo Ministerio de Política Territorial e Administración Pública (MPT)<sup>6</sup>. Esta decisión en canto ao liderado administrativo non parece moi afortunada, e desde logo non se corresponde coa decisión adoptada en canto á responsabilidade sobre a transposición da Directiva Servizos (DS), que como salientaremos, conflúe coa iniciativa de redución de cargas administrativas nun sector fundamental da economía, que abarca arredor de 2/3 do PIB, aínda que siga outro camiño e empregue outras técnicas e instrumentos, tal e como recoñece o MPT, ao destacar como unha das principais aportacións á redución de cargas administrativas da Administración Xeral do Estado transformar réximes de autorización en declaracións responsables. **Transformación, por certo, forzada pola devandita Directiva, e non pola graza ou magnificencia do lexislador.**

España, como irónicamente non podía ser menos, expresou o seu desexo de superar o obxectivo de reducir as cargas administrativas nun 25%. O Grupo de Alto Nivel (GAN) creado por Acordo do Consello de Ministros de 4 de maio de 2007, elaborou un Plan de Acción para a redución de cargas administrativas, que foi aprobado por Acordo do Consello de Ministros de 20 de xuño de 2008, elevando o obxectivo de redución non ao 25%, senón ao 30% das cargas administrativas. En modestia non hai quen nos gañe. Se se conseguisen

6 [http://www.mpt.gob.es/es/areas/funcion\\_publica/iniciativas.html](http://www.mpt.gob.es/es/areas/funcion_publica/iniciativas.html)



alcanzar os obxectivos previstos, o aforro de custos para as empresas españolas rondaría os 15.000 millóns de euros.

O curioso do balance que realiza o MPT sobre as cargas administrativas máis frecuentes ás que se enfrontan as PEMEs españolas<sup>7</sup> —dito sexa tamén ironicamente—, é que gardan unha íntima relación coa DS, na parte máis central do ‘red tape’ español. E, claro, entón xa non se pode falar dun exercicio voluntario ou voluntarista, senón dunha estrita e moi acreditada obriga xurídico-comunitaria.

Como exemplo das devanditas cargas administrativas máis usuais, o MPT selecciona estas:

- *Presentar unha solicitude para obter a autorización de apertura do meu supermercado.*
- *Presentar unha declaración responsable para iniciar a actividade de reparación de vehículos no meu taller.*
- *Recompilar e presentar os mesmos documentos cada vez que solicito unha subvención.*
- *Formalizar en documento público a compra do local onde montarai o meu negocio.*
- *Conservar as miñas facturas para o pagamento de tributos e levar un libro de rexistro.*
- *Informar a terceiros e á Administración sobre o consumo enerxético dos electrodomésticos que vendo colocando as correspondentes etiquetas.*
- *Presentar informes ou memorias e facer as inspeccións de calidade, das instalacións e da maquinaria do meu taller.*

Por iso non é de estrañar que entre os logros apuntados polo MPT<sup>8</sup>, mereza unha mención de honra “*Transformar réximes de autorización por réximes de declaración responsable (Lei 17/2009, de 23 de novembro e modificación da Lei 30/1992, de 26 de novembro)*” (sic), ou o que é o mesmo, transpoñer a DS, como, por outro lado, é ineludible obriga de todo Estado da Unión.

Agora ben, se somos rigorosos —igual que se esixe na malentendida memoria económica dun proxecto normativo—, sería aconsellable realizar algo parecido a un *contraste de hipótese* ou *proba de significación*, como os que se efectúan nos saberes empíricos. A este fin, e considerando a existencia dun Convenio de colaboración MPT-Consello Superior de Cámaras de Comercio-CEOE-CEPYME desde 2008, non estaría de máis analizar os seus informes dos últimos exercicios.

Centrándonos nas cargas xerais ou transversais que atinxen aos emprendedores, xa no informe CEOE-CEPYME de 2009, constan as seguintes recomendacións:

- Eliminación na práctica da obriga de aportar fotocopia do DNI.
- Reducir prazos para obter licenzas de actividade empresarial.

7 [http://www.mpt.gob.es/dms/es/areas/funcion\\_publica/iniciativas/normativa-es/parrafo/2/03\\_Cargas\\_mas\\_frecuentes\\_PYMES.pdf](http://www.mpt.gob.es/dms/es/areas/funcion_publica/iniciativas/normativa-es/parrafo/2/03_Cargas_mas_frecuentes_PYMES.pdf)

8 [http://www.mpt.gob.es/dms/es/areas/funcion\\_publica/iniciativas/normativa-es/parrafo/2/04\\_Principales\\_reducciones\\_cargas\\_en\\_normas.pdf](http://www.mpt.gob.es/dms/es/areas/funcion_publica/iniciativas/normativa-es/parrafo/2/04_Principales_reducciones_cargas_en_normas.pdf)

- Tramitación electrónica das licenzas de actividade empresarial.
- Evitar duplicidades nos requisitos de información esixidos polas diferentes AA.PP. na tramitación de licenzas de actividade empresarial.
- Aprobar licenzas provisionais de funcionamento mentres non se realizan as visitas técnicas de comprobación.
- Deseño dun documento (administrativo) único de información ás AA.PP.

Destas recomendacións para afrontar as seis cargas administrativas máis usuais segundo os empresarios, a primeira carga xa non debera ser tal en 2009, a teor do Real Decreto 522/2006, de 28 de abril, polo que se suprime a aportación de fotocopias de documentos de identidade nos procedementos administrativos da Administración Xeral do Estado e dos seus organismos públicos vinculados ou dependentes, polo menos para a AGE, e que debera ser mimeticamente copiado polas restantes AA.PP. Pero no que atinxe ás cinco cargas restantes, todas entran no terreo da DS, operativa desde o día dos santos inocentes de 2009, polo menos no que concirne a 2/3 da actividade económica empresarial rexidos pola devandita norma comunitaria, e que pode ser extrapolable ao terzo restante, porque unha vez culminado o cambio de procedementos e sistemas de comunicación *Administración-Administrado*, o coste da súa extensión resulta ínfimo. De feito, a inclusión desa posibilidade na Lei 17/2009 —Lei *paraugas* de transposición da DS— é contundente, ao engadir áreas que en puridade non entrarían na DS, pero que poden sumarse pola loable aposta e vontade estatal de modernizar as nosas AA.PP. e reducir os custos para as empresas:

*“Disposición adicional segunda. Inclusión doutros trámites no portelo único.*

*O portelo único poderá incorporar trámites non incluídos no ámbito de aplicación desta Lei, entre eles os que se realizan ante a Axencia Estatal de Administración Tributaria e a Tesorería Xeral da Seguridade Social, e aqueles outros que se consideren necesarios.”*

Tanto é así que, se se exerce esta opción —e é xurídica, económica e politicamente posible, xa que tanto a AEAT como a TXSS, como boas recadadoras, son entidades perfectamente adaptadas á tramitación telemática—, decantaríase un xiro radical no *modus operandi* das AA.PP. españolas, sumándose todas a esta nova cultura, fose por emulación, por vergonza allea ou por presión das organizacións empresariais.

Con todo, un excelente froito da iniciativa ‘*Smart Regulation*’, emprendida pola Comisión Europea e seguida por España, foi a aprobación do *Real Decreto 1083/2009, de 3 de xullo, polo que se regula a memoria da análise de impacto normativo*. Cuestión á marxe á a súa correcta aplicación. Entre os seus logros hai un intelectual de enorme calado: a nítida diferenciación, á fin, entre o impacto económico e o impacto orzamentario.

A plasmación neste Real Decreto do persistente erro histórico na doutrina xurisprudencial española e na propia inercia administrativa, de confundir o orzamentario co económico, como se a parte o fose todo, amosa certo propósito de emenda na súa exposición de motivos, que logo se trasladará ao articulado:

*“Na regulación do seu contido prestouse especial atención á valoración do impacto económico das propostas, **entendida como un concepto máis amplo que a esti-***

**mación do custo orzamentario e facendo fincapé no impacto sobre a competencia, (...)”.**

E xa na parte dispositiva:

“Artigo 2. Estructura e contido da memoria da análise de impacto normativo.

1. A memoria da análise de impacto normativo deberá conter os seguintes apartados: (...)

d) **Impacto económico e orzamentario**, que comprenderá o impacto sobre os sectores, colectivos ou axentes afectados pola norma, **incluído o efecto sobre a competencia, así como a detección e medición das cargas administrativas.**”

**Só cando o impacto económico da norma se estime nulo ou inapreciable poderá prescindirse da avaliación económica**, e polo tanto do seu reflexo na competencia económica, limitándose entón a memoria abreviada á constatación do simple impacto orzamentario, ademais doutros (artigo 3).

Evidentemente esa excepción abre unha porta, ou un portal, á picaresca nacional, á xustificación tautolóxica e puramente ritual na explicación burocrática de por que se prevé nulo ou inapreciable o impacto económico dunha disposición. Porén, grazas aos avances da sociedade da información, e á accesibilidade e transparencia que propicia, será verdadeiramente digno da retórica ciceroniana ver como se xustifica que unha norma non precisa avaliar os custos das cargas administrativas que pode provocar ou inducir, cando outra norma equivalente da Unión Europea, ou dos seus Estados máis serios e rigorosos, si obriga a esa avaliación económica, e ademais con todo luxo de detalles. *Acta non verba*.

Mentres non se comprenda en España que unha correcta xeneralización das xenuinas memorias económicas é imprescindible para axudar á economía produtiva, e en especial ás PEMEs e emprendedores en xeral, pouco se poderá conseguir con outro Real Decreto que introduce a súa propia *'loophole'* ou escapatoria. O importante é cambiar de cultura regulatoria, e non legislar por legislar que imos mudar a nosa cultura regulatoria. A xeneralización desas verdadeiras memorias económicas resulta ademais proveitosa para contrarrestar o poder dos *lobbies* e grupos de presión máis poderosos e mellor conectados, así como para poñer couto á discrecionalidade que, como os vampiros, é incompatible coa luz solar, e que por tanto raia ou se enreda coa arbitrariedade.

Certo é que os números tamén se poden manipular, como sentenciou Disraeli, segundo glosou Mark Twain, ao legarnos a memorable frase: *'There are three kinds of lies: lies, damned lies, and statistics'*. Pero máis certo é que os números, a diferenza dos adxectivos, son ben fáciles de cotexar entre países e administracións, polo que se se sostén, p.e., que unha norma para regular os controis de eficiencia enerxética dos establecementos comerciais inducirá unhas cargas administrativas cun custo de dez millóns de euros anuais en España, mentres en Irlanda se estima en cinco millóns para a norma equivalente, en Dinamarca de doce millóns e en Bélxica de vinte millóns, algo haberá que explicar a maiores sobre a calidade da memoria, non vaia ser que nin se recolla correctamente o número de establecementos comerciais afectados. Logo, ao mellor, talvez haxa que asumir medidas antieconómicas, porque hai bens e valores



axioloxicamente superiores, que os hai e en abundancia —aínda que moitos economistas patolóxicos o dubiden—, pero o dereito a saber canto custan as cousas non se pode negar nunha sociedade democrática e madura.

Con todo, como diría o estoico Lucio Anneo Séneca, *errare humanum est, sed perseverare diabolicum*. Claro que os datos de partida poden estar incompletos, os modelos construídos ser inconsistentes, os cálculos efectuados resultar erróneos e as proxeccións anunciadas devir mendaces. A economía non é unha ciencia, nin natural nin exacta. É unha técnica que se vai perfeccionando de modo paulatino. Unha técnica con menos de tres séculos de traxectoria académica fronte a, por exemplo, os máis de vinte da arte xurídica. Por iso precisa completar a súa análise *ex ante* cunha monitorización *ex post*, que se nutra coa información subministrada polos emprendedores na súa contabilidade, coas súas facturas e reaccións, e, sobre todo, que se enriqueza mediante a comparación de datos reais con outros países e administracións da UE. Para conseguir este desexable fluxo de información unha das ferramentas máis útiles será, cando funcione xa a pleno rendemento, o **“portelo único”** (*point of single contact —psc—*), que por certo xa debera estar funcionando ao 100%, segundo a Directiva Servizos.

### **A autorevisión está ben, pero o contraste externo está mellor: O “portelo único” da DS (PUDS) como “punto único de resposta” (PUR).**

As palabras crean realidades novas. As palabras condicionan as nosas ideas e modulan o noso pensamento. Por iso, denominar con palabras vellas fenómenos novos pode provocar que o novo se confunda co obsoleto e o caduco.

Antes de que existise a Directiva Servizos (DS) xa se falaba en España de *“portelo único”*. Talvez o exemplo máis coñecido sexa o caso do *“portelo único empresarial”*<sup>9</sup>, e o seu logro máis celebrado fose a creación da Sociedade Limitada Nova Empresa<sup>10</sup>, coa súa constitución e rexistro nun prazo de 48 horas, grazas ao concurso do Centro de Información e Rede de Creación de Empresas (CIRCE), da DG PEME do Ministerio de Industria, Turismo e Comercio, xunto ás Cámaras de Comercio. Con este precedente, e outros que proliferaron por España adiante en concellos, CC.AA. ou colexios profesionais, non é de estrañar que moitos, ao oír que a DS obrigaba a crear un *“portelo único”*, pensasen que eles xa eran a vangarda da modernidade administrativa. Lamentablemente non é así. O *“portelo único”* dunha entidade ou Administración para recibir e tratar os sus asuntos non é en absoluto o *“portelo único”* do que fala a DS —chamémolo *“PUDS”*—, nin moito menos o é un rexistro administrativo único, ou a conexión e coordinación de varios rexistros de diversas AA.PP. **O PUDS é unha nova institución xurídica, que pouco ou nada ten que ver con aqueles pomposos “portelos únicos”.**

O lexislador español que traspuxo a DS tampouco axudou moito a comprender este galimatías, xa que el mesmo denominou *“portelo único colexial”* ao sistema de acceso telemático aos colexios profesionais, que por lóxica só serve para que os colexiados, ou os que pretendan facer xestións co concreto colexio profesional, accedan ao devandito colexio. Se un fontaneiro pretende obter información ou cursar unha declaración responsable da

9 <http://www.ventanillaempresarial.org/>

10 Lei 7/2003, de 1 de abril, que modifica a Lei 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidade Limitada



súa empresa ante o “*portelo único*” do colexio de xoieiros de Cantabria, ou do venerable colexio médico de Barcelona, iría moi desencamiñado. Se a iso lle unimos que tras máis de dous anos desde a data límite de transposición da DS —que serían cinco anos xa desde a súa publicación no DOUE— aínda non se concretou en España que profesións son de colexiación obrigatoria, comprenderase que o caos sexa absoluto e de difícil arranxo.

A RAE define o “*homónimo*” como a palabra que, sendo igual que outra na forma, ten distinta significación. Pola súa parte, “*sinónimo*” é para a Academia, “*dito dun vocábulo ou dunha expresión: Que ten unha mesma ou moi parecida significación que outro*”. E este é o noso problema. **O/os portelo/s único/s de antes non é/son idéntico/s, nin sequera igual/iguais, que o portelo único da DS (PUDS)**. Por iso, e non por snobismo, talvez pague a pena en España redenominar este último como “*punto único de resposta*” (**PUR**), para evitar equívocos, sexan interesados ou desinteresados.

Os matemáticos distinguen a igualdade da identidade. A maioría da poboación, non. O feito de que os xuristas-lingüistas da UE bautizasen ao PUR como “*portelo único*”, do mesmo modo que denominaron “*directivas*” ás “*directrices*” comunitarias, pode non ser neste caso tan inocuo como parece.

Nas diversas versións lingüísticas da DS, aos distintos PURs nacionais se lles denomina:

- Español: *Ventanilla única*.
- Inglés: *Points of single contact*.
- Francés: *Guichets uniques*.
- Alemán: *Einheitliche Ansprechpartner*.
- Italiano: *Sportello unico*.
- Neerlandés: *Eén-loket*.
- Sueco: *Gemensamma kontaktpunkter*.
- Portugués: *Balcão único*.
- Danés: *Kvikskranker*.
- Finés: *Keskityt asiointipisteet*.

Non deixa de resultar curioso que nunhas versións lingüísticas a mesma institución sexa denominada recorrendo a un obxecto tanxible, tradicional das súas oficinas de atención ao público (español, francés, italiano, neerlandés, portugués, danés ou finés), mentres noutros (inglés ou sueco) ese obxecto tradicional da burocracia —*portelo*— se converta nunha ubicación abstracta —*punto*—. Sexa como for, non se transmite correctamente a idea que late na DS. Ou por dicilo doutra forma: tras un portelo único, ou tras un xenérico punto de contacto, pode haber múltiples interlocutores administrativos que se asoman ao portelo ou ao punto para charlar por separado co administrado. Pero a cousa cambia cando o interlocutor é único e, ademais, debe ofrecer unha única resposta ao administrado, con independencia de como se organice a trastenda (*back-office*). Por iso, talvez a expresión máis afinada sexa a alemá, xa que aquí non se fala dun portelo (*Fenster*) nin dun punto (*Punkt*), senón que se

evoca o resultado: unha única resposta desde a perspectiva do cidadán (*Ansprech*). Outra cousa é que a estrutura do PUR xermano deixe moito que desexar, a causa da súa estrutura e formato, por ser tan diverso como os seus Länder e tan pouco intuitivo —e pouco amigo dos restantes idiomas da Unión, por certo—.

¿Por que é relevante o PUR para contrastar os custos das cargas administrativas? Evidentemente esta ferramenta non se incluíu na DS coa devandita finalidade, pero pode ser moi útil ao respecto se se desprega e funciona axeitadamente, sen necesidade de adaptalo ou ampliálo.

É obvio que os PURs nacionais non teñen por que colgar as memorias económicas das normas que crean cargas administrativas ás empresas en xeral e aos emprendedores en particular, aínda que poderían facelo sen maior problema e sería moi desexable. Pero o que si fan —ou deben facer— é informar en tempo real das cargas, requisitos ou condicións máis evidentes para o lícito exercicio dunha mesma actividade empresarial ou profesional de servizos en diversos municipios, CC.AA., Estados e AA.PP., en xeral, de toda a Unión. Deste fío deberan tirar os emprendedores, empresarios e profesionais, e sobre todo as súas asociacións sectoriais, para desfacer a inmensa madeixa burocrática na que se ven envoltos. Así, **coa debida información, doadamente recompilada e contrastada directamente por eles, poderían esixir cambios radicais na forma de regular as súas actividades**. E este é un poder que antes non tiñan, ou que só estaba ao alcance de grandes corporacións con músculo financeiro suficiente para encargarse estudos comparados a consultoras ou asesores especializados. É o poder da transparencia e o sentido común.

No momento en que un empresario pode comparar directamente que requisitos ou condicionantes se lle esixen polo feito de desenvolver a súa actividade nun territorio determinado, baixo xurisdición dunha concreta A.P. ou de varias AA.PP., fronte á alternativa de facelo en ou desde outro territorio, a relación de poder ou de suxeición transmútase de forma radical.

Dito noutros termos. Pensemos en que sucedería se un emprendedor que desexa iniciar a súa empresa nunha actividade que non requira un alto investimento en custos fixos, tivese doado acceso a información comparada por localidades. P.e., un adestrador canino. Dado que o interesado posúe experiencia amateur, detecta certa demanda —adestramento para servizos privados de seguridade, custodia de urbanizacións ou vivendas illadas, asistencia e compañía a persoas con discapacidade...—, e ademais pensa desenvolver a súa actividade a domicilio, co cal o aforro en custos de arranque é substancial. Isto último parécelle básico, pola minimización do risco que supón en caso de non fructificar convenientemente o negocio, e porque obter o financiamento bancario dunhas instalacións permanentes é moi difícil no momento actual, ademais de introducir rixidez á hora de seguir á demanda alá onde xurda ou se desprace.

Pois ben, o primeiro que precisa o emprendedor é verificar que condicionantes administrativos ha de observar. A actividade é perfectamente lícita. Tanto o é que está considerada actividade empresarial pola Axencia Tributaria, co epígrafe "979.4. Adestramento de animais e outros servizos de atencións a animais domésticos". É máis, o Real Decreto 1037/2011, de 15 de xullo<sup>11</sup>, polo que se complementa o Catálogo Nacional de Cualificacións Profesionais, mediante o establecemento de sete cualificacións profesionais da familia profesional

11 BOE n.º 209, de 31.8.2011.

"Seguridade e Medio Ambiente", regula a cualificación profesional de "adestramento de base e educación canina", acoutándoa deste modo:

*"Ámbito Profesional.*

*Desenvolve a súa actividade profesional tanto por conta propia como allea, no ámbito das pequenas, medianas e grandes empresas privadas, residencias, centros de adopción de animais abandonados, clínicas veterinarias, domicilios de particulares, así como, nas administracións públicas e/ou entidades, relacionadas coa cría, adestramento, venda, coidados e actividades deportivas e recreativas de cans. A súa actividade, con carácter xeral, desempeñase de forma autónoma, aínda que pode depender, circunstancialmente, dun superior xerárquico."*

Antes de nada, debe quedar claro, como dispón o artigo 1 dese Real Decreto, que as devanditas "cualificacións e a súa formación asociada correspondente teñen validez e son de aplicación en todo o territorio nacional e non constitúen unha regulación do exercicio profesional".

Buscando polos seus propios medios, dado que o "ventanilla única" española (VUDS) non lle facilita información adecuada, o emprendedor atópase con que se desexa, por engadido, traballar con certas razas caninas, deberá acatar especificamente a Lei 50/1999, de 23 de decembro<sup>12</sup>, sobre o Réxime Xurídico da Tenza de Animais Potencialmente Perigosos, onde se determina:

*"Artigo 4. Comercio. (...)*

*5. Todos os establecementos ou asociacións que alberguen animais potencialmente perigosos a que se refire a presente Lei, e se dediquen á súa explotación, cría, comercialización ou **adestramento**, incluídos os centros de adestramento, criadeiros, centros de recollida, residencias, centros recreativos e establecementos de venda deberán obter para o seu funcionamento a **autorización das autoridades competentes**, así como cumprir coas obrigas rexistras previstas no artigo 6 desta Lei.*

*Artigo 7. Adestramento.*

*1. Queda prohibido o adestramento de animais dirixido exclusivamente a acrecentar e reforzar a súa agresividade para as pelexas, e ataque en contra do disposto nesta Lei.*

*2. **O adestramento para garda e defensa deberá efectuarse por adestradores que estean en posesión dun certificado de capacitación expedido ou homologado pola autoridade administrativa competente.***

*3. **Os adestradores en posesión do certificado de capacitación deberán comunicar trimestralmente ao Rexistro Central informatizado a relación nominal de clientes que fixeron adestrar un animal potencialmente perigoso, con determinación da identificación deste, debendo anotarse esta circunstancia no Rexistro, na folia rexistral correspondente ao animal e indicando o tipo de adestramento recibido.***

<sup>12</sup> BOE n.º 307, de 24.12.1999.





**4. O certificado de capacitación será outorgado polas Administracións autonómicas, tendo en conta, polo menos, os seguintes aspectos:**

- a) Antecedentes e experiencia acreditada.
- b) Finalidade da tenza destes animais.
- c) **Disponibilidade de instalacións e aloxamentos axeitados desde o punto de vista hixiénico-sanitario, de protección animal e de seguridade cidadá.**
- d) Capacitación axeitada dos adestradores en consideración aos requisitos ou titulacións que se poidan establecer oficialmente.
- e) Ser maior de idade e non estar incapacitado.
- f) Falta de antecedentes penais por delitos de homicidio, lesións, torturas, contra a liberdade, ou contra a integridade moral, a liberdade sexual e a saúde pública, de asociación con banda armada ou de narcotráfico, así como ausencia de sancións por infraccións en materia de tenza de animais potencialmente perigosos.
- g) Certificado de aptitude psicolóxica.
- h) Compromiso de cumprimento de normas de manexo e de comunicación de datos.

Artigo 13. Infraccións e sancións.

1. Terán a consideración de infraccións administrativas moi graves as seguintes: (...)

- e) Adestrar animais potencialmente perigosos por quen careza do certificado de capacitación.

*Disposición adicional segunda. Certificado de capacitación de adestrador.*

*As Comunidades Autónomas determinarán, no prazo de seis meses, as probas, cursos ou acreditación de experiencia necesarios para a obtención do certificado de capacitación de adestrador."*

O caso é que ao emprendedor neste ramo —como lles sucede a moitos outros en diversos ramos que poderíamos enumerar— lle resulta materialmente imposible, ou moi custoso e difícil, coñecer toda a normativa que regula a súa actividade en todo o territorio nacional, para valorar así onde lle sae máis a conta iniciar a súa andaina profesional. E, polo tanto, descoñece onde debe acudir en cada sitio para que lle informen e, á fin, cumprila, dado que non se articularon os procedementos e asignado responsabilidades concretas dentro do magma das AA.PP. españolas. Compróbese buscando na VUDS española. Por desgracia, o lexislador todo o soluciona coa constante apelación ás ignotas "autoridades competentes".

Pero é máis, ao non precisar que se entende por "instalacións e aloxamentos axeitados desde o punto de vista hixiénico-sanitario, de protección animal e de seguridade cidadá", posibilitase que cada C.A. ou, mesmo, cada municipio, interprete o que estime oportuno, inducendo desigualdades económicas intolerables en algo tan mensurable como son os diversos custos de equipamentos que deberan ser idénticos, dependendo de onde se ubiquen.



¿Alguén se preocupou no seu día de avaliar con método e rigor os custos económicos das cargas administrativas introducidas? A falta de previsión e seguimento do ulterior desenvolvemento normativo —cun mero desenvolvemento parcial, mediante o Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo<sup>13</sup>—, que non se ocupa, 27 meses despois de aprobada a Lei, de precisar convenientemente o que concirne aos custos das instalacións “*axeitadas*”, é a proba irrefutable daquela carencia orixinaria.

De todos modos, se algunha C.A. ou Concello implementasen correcta e integramente o mandato do legislador estatal sobre as “*instalacións axeitadas*”, e esa información se envorcasse de maneira precisa no PUR español, a mera comparativa dos requisitos entre as CC.AA. ou concellos, e dos custos explícitos trasladados ao emprendedor —v.gr. taxas—, máis os custos tácitos —v.gr. tempos máximos e medios de tramitación, efectos do silencio administrativo...—, permitirían casar a adecuación das hipotéticas memorias económicas *ex ante* coa realidade económica *ex post*, facilitando á vez a iniciativa ao emprendedor.

A mesma indolencia valorativa das AA.PP. pode atoparse en negocios sometidos a unha estrita regulación, pero cuxo contraste se antolla imposible a causa da absoluta falta de información, como poderían ser os negocios inseridos na así denominada “*División 9 (outros servizos)*”, da Sección 1, das actividades tipificadas pola Axencia Tributaria para ser debidamente censadas no ámbito fiscal (p.e. 921.3 exterminio de animais danifios e desinfección; 922.2 servizos especializados de limpeza; 934 ensinanza fóra de establecemento permanente; 966.2 zoolóxicos e similares; 979.3 axencias matrimoniais e outros servizos; ...).

Algo semellante se podería predicar doutras actividades empresariais ou profesionais perfectamente lícitas en diversos Estados da UE, e que polo tanto, en hipóteses, poden ofertarse en España mediante servizo transfronteirizo mentres non estea expresamente prohibida ou suxeita a autorización previa, cun réxime legal notificado a Bruxelas. Pensemos no caso de compra-venda de produtos de xoiería de segunda man, fóra de establecemento permanente e coas debidas medidas de seguridade, ou a taxación a domicilio de bens mobles singulares, con ou sen intermediación, entre unha multitude de supostos. Quen queira desenvolver unha desas novas actividades en España, actividades que supoñen outra forma de facer o mesmo que tradicionalmente estaba regulado no noso país, non atopará un punto único de resposta das AA.PP. que lle transmita seguridade xurídica sobre a licitude da súa iniciativa empresarial. Véxase o que sucede cos establecementos de compra-venda de ouro, que proliferan como fungos en España: a regulación versa sobre os “*establecementos*”, non sobre a “*compra-venda*” en puridade, como se no se puidese facer fóra deses establecementos, aínda que se realizase coas garantías e controis que fose mester.

En calquera caso, todo emprendedor debe ter a garantía absoluta de que o que non se atope no PUR español é tan lícito como o que estea inserido nel, sempre que non sexa obxecto de restrición penal, e iso por varios motivos:

- a) A oferta e a demanda varían máis rapidamente nas sociedades economicamente maduras que nas sociedades en transición económica.
- b) A aparición de novos modelos de negocio que estimulan a competencia (bens e servizos substitutivos) non pode verse retardada pola incerteza xurídico-administrativa, xa

13 BOE n.º 74, de 27.3.2002.

que non axuda a xerar novos xacementos de emprego nin a conter a inflación, o que resulta básico para incrementar a nosa competitividade internacional.

C) Deben afianzarse na práctica os seguintes principios:

- c.1) O que non está prohibido, está permitido.
- c.2) O que non está regulado, está liberalizado.

Se o PUR español funcionase, polo menos, como prevé a Lei *paraugas*, 17/2009, de 23 de novembro, *sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio*, sería dunha inestimable axuda para que os emprendedores puidesen cotexar a racionalidade económica do que se lles esixe, tanto entre AA.PP. españolas, como entre estas e as restantes dos outros Estados e AA.PP. da UE. Para iso **sería de agradecer** —aínda que non sexa legalmente esixible— **que os xestores do PUR español colocasen nel a información traducida dos requisitos e trámites que esixen outros países. Talvez así contribuísen a fomentar a realización de “tenteos” transfronteirizos dos nosos profesionais, ademais de reducir as súas trabas administrativas domésticas.**

En efecto, na devandita Lei 17/2009 (Lei *paraugas* da DS) requírese como obriga de facer e de resultado ao “portelo único” (PUDS) española:

*“Artigo 18. Portelo único.*

*Os prestadores de servizos poderán acceder, electronicamente e a distancia a través do portelo único, tanto á información sobre os procedementos necesarios para o acceso a unha actividade de servizos e o seu exercicio, como á realización dos trámites preceptivos para iso, incluíndo as declaracións, notificacións ou solicitudes necesarias para obter unha autorización, así como as solicitudes de inscrición en rexistros, listaxes oficiais, asociacións, colexios profesionais e consellos xerais e autonómicos de colexios profesionais.*

**2. As Administracións Públicas garantirán que os prestadores de servizos poidan, a través do portelo único:**

**a) Obter toda a información e formularios necesarios para o acceso á súa actividade e o seu exercicio.**

**b) Presentar toda a documentación e solicitudes necesarias.**

**c) Coñecer o estado de tramitación dos procedementos en que teñan a condición de interesado e recibir a correspondente notificación dos actos de trámite preceptivos e a resolución dos mesmos polo órgano administrativo competente.**

*3. Así mesmo, as Administracións Públicas adoptarán as medidas necesarias e incorporarán nos seus respectivos ámbitos as tecnoloxías precisas para garantir a interoperabilidade dos distintos sistemas.”*

Ese “**garantirán**” imposto ás AA.PP. para que os emprendedores de novos servizos poidan obter “**toda**” a información e formularios, e presentar “**toda**” a documentación, non está condicionado por nada. Nin sequera está condicionado polo truco da Disposición final

terceira da Lei 11/2007, de 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos Servizos Públicos, é dicir, sempre que o permitan as dispoñibilidades orzamentarias, nin tampouco polo novo truco introducido pola Lei 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostible<sup>14</sup>. Ese “*garantirán*” é operativo desde o 27 de decembro de 2009, co efecto benéfico engadido de que, unha vez que se materialice para os emprendedores de novos servizos, o custo de estender o sistema á práctica totalidade de emprendedores noutros sectores ou ámbitos será tan residual e ridículo que só motivos inconcensables —celo burocrático, arbitrariedade, poder gris...— poderían xustificar a súa exclusión desa nova cultura administrativa e cívica.

Non contento con ese mandato unívoco e incondicionado, enfatiza e precisa por engadido o lexislador na Lei *paraugas* da DS:

*“Artigo 19. Garantías de información a través do portelo único.*

**1. Os prestadores e os destinatarios teñen o dereito a obter, a través do portelo único e por medios electrónicos, a seguinte información, que deberá ser clara e inequívoca:**

a) Os **requisitos aplicables aos prestadores** establecidos en territorio español, en especial os **relativos aos trámites necesarios** para acceder ás actividades de servizos e o seu exercicio, así como os **datos das autoridades competentes** que permitan poñerse en contacto directamente con elas.

b) Os medios e condicións de acceso aos rexistros e **bases de datos públicos relativos aos prestadores e aos servizos**.

c) As **vías de reclamación e os recursos** que poderán interpoñerse en caso de litixio entre as autoridades competentes e o prestador ou o destinatario, ou entre un prestador e un destinatario, ou entre prestadores.

d) Os **datos das asociacións sectoriais de prestadores de servizos** e as organizacións de consumidores que presten asistencia aos prestadores e destinatarios dos servizos.

**2. As Administracións Públicas adoptarán medidas para que no portelo único poida accederse á información contemplada neste artigo en castelán, nas linguas cooficiais do Estado e nalgunha outra lingua de traballo comunitaria.**

**3. Así mesmo, facilitarase que os prestadores e os destinatarios poidan obter por medios electrónicos e a distancia, en particular a través dos portelos únicos doutros Estados membros, o acceso a:**

14 Disposición adicional sétima.

Modificación da Lei 11/2007, de 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos Servizos Públicos.

Un. Adiciónase un novo apartado 5 á disposición final terceira da Lei 11/2007, de 22 de xuño, de acceso electrónico dos cidadáns aos Servizos Públicos, que queda redactado nos seguintes termos:

5. As Comunidades Autónomas e as Entidades integradas na Administración Local nas que non poidan ser exercidos a partir do 31 de decembro de 2009 os dereitos recoñecidos no artigo 6 da presente Lei, en relación coa totalidade dos procedementos e actuacións da súa competencia, deberán aprobar e facer públicos os programas e calendarios de traballo precisos para iso, atendendo ás respectivas previsións orzamentarias, con mención particularizada das fases nas que os diversos dereitos serán esixibles polos cidadáns.

Os anteriores programas poderán referirse a unha pluralidade de municipios cando se deban executar en aplicación dos supostos de colaboración previstos no apartado anterior.

Dous. Os programas mencionados no apartado anterior deberán ser obxecto de aprobación e publicación no prazo de seis meses desde a entrada en vigor da presente Lei.

a) Información xeral sobre os requisitos aplicables nos demais Estados membros ao acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio, e en especial, a información relacionada coa protección dos consumidores.

b) Información xeral sobre as vías de recurso dispoñibles en caso de litixio entre o prestador e o destinatario noutros Estados membros.

c) Datos das asociacións ou organizacións doutros Estados membros, incluídos os centros da Rede de centros europeos dos consumidores, que poden ofrecer aos prestadores ou destinatarios asistencia práctica.

4. O dereito á información contido neste artigo non esixe ás autoridades competentes que faciliten asesoramento xurídico en casos particulares.”

En consecuencia, o PUR español non só debe informar sobre se procede ou non tramitar solicitudes de autorización, declaracións responsables ou comunicacións previas, e ademais tramitalas para exercer unha actividade empresarial ou profesional, senón que tamén debería facilitar o acceso á información relevante para un emprendedor desde o punto de vista económico. Este é o sentido económico da referencia aos “requisitos”, xa que de feito pode haber actividades nas que se regulen requisitos a nivel estatal, autonómico ou local e non precisar cursar sequera unha mera comunicación. Pero aínda o é máis ao referirse ás “bases de datos públicos relativos aos prestadores e aos servizos”, cuxo sentido útil é que o emprendedor coñeza aos seus competidores e aos clientes potenciais —distribución xeográfica da competencia, dimensión dos competidores, ubicación de usuarios...—.

Por último, o PUR español debe configurarse como a liña de conexión natural e universal entre o emprendedor e o conglomerado de AA.PP. co que ha de relacionarse, sexa nacional ou non, residente ou non. Así se deduce da previsión do art. 28 da Lei *paraugas*:

*“Sen prexuízo do deber dos **prestadores** de atender os requirimentos de información formulados polas autoridades competentes, **deberán informar, a través do correspondiente portelo único, dos cambios que afecten ás condicións que determinaron o outorgamento da autorización.***

*A devandita información comunicarase na lingua ou linguas facilitadas no portelo único.”*

E tal liña de conexión entre emprendedor e AA.PP. impulsárase de verdade cando se tome a decisión política de substanciar o que a nivel xurídico e tecnolóxico xa é, hoxe, posible e desexable, como se trata da xa referida incorporación ao PUR (PUDS) dos trámites da Axencia Tributaria e da Tesourería Xeral da Seguridade Social, segundo a Disposición adicional segunda da mesma Lei *paraugas*.

Todo este sistema de control *ad intra*, en España, da discrecionalidade normativa e administrativa, así como de paralelo fomento da racionalidade económica, que é impulsada mercede ao contraste que poderían realizar directamente os emprendedores e as súas organizacións sectoriais, vén ademais reforzado pola supervisión executiva da Comisión Europea, que á súa vez, ten o deber e a capacidade de cotexar os procedementos alternativos que tivesen empregado os restantes Estados e AA.PP. rexionais da Unión en cada modelo de negocio. Ao efectuar esa análise, a Comisión Europea desborda e supera o mero control de legalidade que lle correspondería a un Tribunal, xa que tamén debe avaliar se non existen



alternativas regulatorias máis eficientes. E, claro, se xa se demostrou noutra A.P. europea que iso é posible, será moi difícil que unha determinada A.P. española poida recibir un trato de favor fronte a unha "best practice" que xa tivese sido contrastada con éxito.

A vía para someterse ao exame de legalidade comunitaria e, sobre todo, de eficiencia económica, que dá sentido a unha "smarter regulation", a unha normativa máis intelixente, recóllese na Disposición adicional cuarta da Lei *paraugas*:

*"Disposición adicional cuarta. Notificación á Comisión Europea.*

*O órgano administrativo competente comunicará ao Ministerio de Asuntos Exteriores e de Cooperación, antes da súa aprobación e nos termos e polas vías que se establezan regulamentariamente, calquera proxecto de norma legal ou regulamentaria no que se prevexan requisitos do artigo 11.1 desta Lei, incorporando unha memoria xustificativa na que se motive a súa compatibilidade cos criterios do artigo 11.2, ou requisitos do artigo 12.2, incorporando unha memoria xustificativa na que se motive a súa compatibilidade cos criterios do artigo 12.3, para a súa posterior notificación á Comisión Europea."*

A razón non é outra que a asumida no artigo 6 da devandita Lei *paraugas*:

*"Artigo 6. Procedementos de autorización.*

*Os procedementos e trámites para a obtención das autorizacións a que se refire esta Lei deberán ter carácter regulado, ser claros e inequívocos, obxectivos e imparciais, transparentes, **proporcionados** ao obxectivo de interese xeral e darse a coñecer con antelación. En todo caso, deberán respectar as disposicións recollidas na Lei 30/1992, de 26 de novembro, de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e Procedemento Administrativo Común, así como garantir a aplicación xeral do silencio administrativo positivo e que os supostos de silencio administrativo negativo constitúan excepcións previstas nunha norma con rango de lei xustificadas por razóns imperiosas de interese xeral."*

O exame de proporcionalidade, é dicir, de racionalidade económica, varía moito cando o examinador non está sometido a ningún tipo de supeditación ao examinado e, sobre todo, cando o devandito examinador forxa o seu criterio unha vez que xa viu que resultados obtiveron os restantes examinados. É aí onde os números derrotan sen ambaxes aos adxectivos, e a matemática fai enmudecer á retórica.

Esta concepción do PUDS como "punto único de resposta" (PUR) obedece a unha interpretación sistémica e teleolóxica xa non só da DS, senón da *raison d'être* dun mercado interior e único dentro da UE. Lexislar e regulamentar sobre emprendemento, empresas e actividades profesionais nun ámbito europeo non pode facerse como cando un Ministerio pensaba no pequeno mercado español, ou unha Consellería autonómica no aínda máis pequeno mercado rexional.

Canto antes transformemos o PUDS española nun auténtico PUR e máis o enriquezamos, maiores serán os beneficios para os nosos emprendedores e para a nosa sociedade, mercede á dinámica que se porá en marcha de redución de cargas administrativas e custos asociados.

A Comisión Europea comparte en gran medida esta orientación, aínda que o faga de modo oficioso no seu “Manual sobre a transposición da Directiva de servizos”<sup>15</sup>. Non en vano, sostén (remarcado propio):

**“Tales portelos concíbense como interlocutores institucionais únicos desde a perspectiva do prestador de servizos, de modo que este non teña que poñerse en contacto con varias autoridades ou órganos competentes para solicitar toda a información pertinente e completar o necesario para o exercicio das súas actividades de servizo. Os Estados membros han de poñer os portelos únicos a disposición de todos os prestadores de servizos, independentemente de que estes se atopen establecidos no seu territorio ou no doutro Estado membro. Loxicamente, tal obriga procede tan só en relación cos sectores incluídos no ámbito de aplicación da Directiva, pero **é posible que os Estados membros decidan considerar a súa ampliación á totalidade ou parte dos sectores excluídos. O mesmo razonamento aplícase en relación con certas cuestións excluídas da Directiva.** Por exemplo, é posible que os Estados membros consideren o establecemento do sistema de portelo único tamén para o cumprimento de determinados requisitos fiscais, como a asignación de números do IVE .**”

O establecemento de mecanismos deste tipo para as empresas é un obxectivo perseguido polos Estados membros desde hai anos e a obriga prevista na Directiva de servizos é, por tanto, acorde cos fins doutras iniciativas comunitarias e ten carácter complementario dos mesmos, en particular no que respecta ao compromiso asumido polo Consello Europeo de establecer portelos únicos para as empresas incipientes para finais de 2007. **Non obstante, a obriga legal contida na Directiva de servizos é máis ampla e comprende todo tipo de empresas (non só as incipientes), todos os destinatarios de servizos (con fins informativos) e todos os tipos de procedementos (non unicamente os que atinxen a empresas incipientes).**”

En canto á organización do que debésemos catalogar como “PUR”, di a Comisión:

**“Cada Estado membro é libre de decidir como organiza o sistema de «portelo único» no seu territorio, pero ha de asegurarse de que este se ofrece a todos os prestadores de servizos incluídos no ámbito de aplicación da Directiva no que respecta á **realización de todos os procedementos e trámites relativos aos servizos e cuestións incluídos.****”

O concepto de «portelo único» non significa que os Estados membros estean obrigados a establecer un único órgano centralizado no seu territorio. Poden optar por unha pluralidade de portelos. Porén, **tales centros deberán ser «únicos» desde o punto de vista do prestador (é dicir, debe brindarse a este a **oportunidade de realizar todos os procedementos a través dun só punto de contacto.** (...)**

Por outra parte, os Estados membros poden optar por constituir portelos únicos de carácter electrónico, evitando a implantación de infraestruturas físicas específicas ás que deban acudir os prestadores de servizos. Neste caso, ha de prestarse especial atención a unha estruturación clara da información e dos procedementos en sitios

15 Comisión Europea.  
Luxemburgo: Oficina de Publicacións Oficiais das Comunidades Europeas, 2007  
ISBN 978-92-79-05983-4



*web ou en ferramentas electrónicas similares, nos que se faciliten orientacións comprensibles referidas á totalidade dos procedementos e trámites que han de seguirse para o acceso ás actividades de servizo e para o seu exercicio. A través destes portelos únicos de formato electrónico débese facilitar aos prestadores a identificación de todos os procedementos e trámites aplicables ás súas solicitudes en concreto, así como a obtención dunha visión xeral uniforme das que se atopan en curso. En consecuencia, **non abondará con incluír unha mera relación ou compilación de vínculos de Internet nun sitio web central.** Así mesmo, se se crean portelos únicos de carácter electrónico, será necesario establecer unha liña de asistencia á que poidan recorrer os prestadores en caso de dificultade. (...)"*

Ata agora, por desgracia, en España non dispoñemos dun xenuino PUDS, máis alá da súa aparencia formal, nin moito menos dun PUR que compita en canto a prestacións obrigatorias, complementarias e voluntarias cos seus homólogos do resto da UE. Tanto é así que calquera Ministerio, Consellería ou Concello españois poden modificar disposicións, ordes ou ordenanzas, ademais de cambiar modelos e formularios, sen que se vexan obrigados á súa inserción nn PUDS. Ou por dicilo noutras palabras, se calquera Concello español precisa publicar as súas ordenanzas nun boletín oficial para que estas teñan validez xurídica, con todo deixar de comunicalas e de proporcionar un resumo intelixible ao xestor do PUDS adoce de calquera consecuencia xurídica, fose o simple aprazamento da súa vixencia, fose a súa anulabilidade ou a súa nulidade, ou calquera outra consecuencia relevante, como sería a inaplicabilidade que prevé o Dereito Comunitario respecto das normas nacionais que colisionen coas da Unión. Desta maneira baléirase de substancia a de por si vacua e atemporal precisión da Disposición transitoria sexta da Lei 25/2009, de 22 de decembro, de *modificación de diversas leis para a súa adaptación á Lei sobre o libre acceso ás actividades de servizos e o seu exercicio* (Lei ómnibus estatal), que establece:

*"Disposición transitoria sexta. Aprobación do sistema de xestión do portelo único.*

*Co obxectivo de que a información administrativa no portelo único prevista no artigo 3 desta Lei sexa clara e inequívoca e estea actualizada, acordarase na Conferencia Sectorial de Administración Pública, previo informe da Comisión Nacional de Administración Local, o sistema de xestión do portelo único."*

Esa é, por certo, a mesma Conferencia Sectorial á que o artigo 6 da Lei de Economía Sostible encomendou en 2011 acordar e impulsar os criterios para promover a aplicación dos principios de boa regulación. Claro que, xa se sabe, "*promover a aplicación*" equivale a miúdo a non aplicar, pura e simplemente.

O lóxico, o razoable, ata o recomendable, tería sido que a devandita Conferencia Sectorial de Administración Pública houbera traballado intensamente durante 2010 para articular o sistema de xestión do PUDS, sen que iso desmerecese a idoneidade de aprobar tamén un Real Decreto que dese suficiente entidade xurídico-vinculante á obriga formal de que todas as AA.PP. informasen, puntual e correctamente, ao xestor do PUDS, para que este estivese permanentemente actualizado, en tempo real, e fose mellorando paulatinamente os seus niveis de excelencia fronte aos PUR competidores doutros Estados da Unión. Porén, o lamentable, o inxustificable, o insólito, é que a referida Conferencia Sectorial de Administración Pública se reuniu 0 (cero) veces ao longo de 2010, precisamente o ano clave do despegue e o ano en que máis urxente era o esforzo racionalizador, para reducir de verdade e significativamente as cargas administrativas a unhas empresas asfixiadas en España pola



falta de crédito, unha España campioa absoluta de desemprego a nivel europeo. Como acredita oficialmente o Ministerio de Política Territorial<sup>16</sup>, nada se fixo durante 2010 en canto á gobernanza do PUDS, polo menos por parte do órgano colexiado ao que o lexislador español encomendou tan importante responsabilidade.

Agora non vale a pena lamentarse polo leite derramado. O que importa é facer as cousas mellor. Un inminente PUR competitivo, chámese nominalmente “*portelo único*” ou non, podería introducir información transcendente no que concirne á redución de cargas administrativas, máxime se incorporase información economicamente relevante como:

- Tempo medio de obtención de resposta administrativa, e non só o tempo máximo legal e as consecuencias xurídicas do silencio.
- Importe das taxas a pagar (chama poderosamente a atención que esta información brille pola súa ausencia na inmensa maioría dos trámites incluídos no PUDS española que levan asociada unha taxa).
- Informes económicos confeccionados *ex ante* durante a preparación de cada norma e memorias económicas de contraste, elaboradas *ex post*, tras cada exercicio de aplicación da norma xa en vigor.
- Información verificada e contrastada, volcada en español, sobre como regulan a mesma actividade outros Estados ou AA.PP. da Unión, o que sería de especial importancia para as CC.AA. que fagan fronteira con Portugal ou Francia.

Desta forma, aínda que o lexislador comunitario non o tivese pretendido, o PUR sería o complemento perfecto para atacar con contundencia as cargas administrativas economicamente irracionais, e para auxiliar aos redactores de borradores, anteproxectos e proxectos normativos. É o bo que ten ver mundo, aínda que sexa desde a pantalla do ordenador, e non limitarse a memorizar códigos e disposicións endogámicas. As taras da endogamia, é sabido, cúranse relacionándose fóra do pequeno reducto de costume. Así apréndense novas formas de organizarse e de facer as cousas, en vez de seguir a ruta por camiños estériles no económico.

## Conclusión

A aquilatada avaliación económica dos proxectos normativos é moi necesaria para reducir as cargas administrativas e os seus parellos custos, que lastran a iniciativa empresarial. Nun tempo no que o acceso ao crédito bancario resulta difícil e no que a competencia internacional non mingua, tentar reducir eses custos é unha das poucas pancas autónomas ao alcance das AA.PP. para reactivar o emprego. Por conseguinte, a xeneralización da devandita avaliación é urxente e imprescindible, debendo converterse no piar central dunha nova cultura de técnica normativa e de xestión administrativa.

Porén, as ferramentas de avaliación económica *ex ante* aínda han de ser perfeccionadas e, en todo caso, ao operar sobre factores que a miúdo dependen da vontade dos operadores económicos, sempre han de someter os seus resultados ao contraste empírico *ex post*, para

16 [http://www.mpt.gob.es/dms/es/areas/politica\\_autonomica/coop\\_multilateral\\_ccaa\\_ue/cooperacion\\_multilateral/Conf\\_Sectoriales/Documentacion/Conf\\_Sect\\_Reuniones/parrafo/01/conferencias-sectoriales-2010.pdf](http://www.mpt.gob.es/dms/es/areas/politica_autonomica/coop_multilateral_ccaa_ue/cooperacion_multilateral/Conf_Sectoriales/Documentacion/Conf_Sect_Reuniones/parrafo/01/conferencias-sectoriales-2010.pdf)

efectuar as correccións precisas na loita contra a expansión irracional dos custos artificialmente inducidos a emprendedores, empresarios e profesionais.

Neste ámbito, o “*portelo único*” da Directiva Servizos (PUDS) debe reinventarse como un “*punto único de resposta*” (PUR) ao servizo dos operadores económicos, tanto desde a vertente da oferta como desde o da demanda. A súa transformación permitiría, ademais, que os redactores de proxectos normativos tivesen ao seu alcance un instrumento de extraordinaria utilidade, dado que non hai ningún redactor omnisciente. O PUR permitiría non só detectar mellor todos os requisitos e cargas que conflúen nunha actividade produtiva ou de servizos, sinón que tamén facilitaría a comparación con outras solucións a considerar, máxime se se convertiron en boas prácticas xa asentadas noutras AA.PP. europeas.

Desde esta perspectiva, dada a súa situación estrutural —escaso tecido propio en sectores con longo percorrido de valor, como a biotecnoloxía, a industria farmacéutica, novos materiais, maquinaria de precisión...— e o seu reflexo no emprego —gran destrución de postos de traballo por décima de caída do PIB—, **España non pode conformarse con ser un país que se limite a facer o mesmo que os demais en canto ao despregamento do PUDS. Debe facelo moito mellor, construíndo un PUR que supere os mínimos esixidos pola DS**, ideado para detectar as cargas administrativas ineficientes e os seus custos, ademais de servir para informar integramente e tramitar na súa totalidade canto precisen os emprendedores, empresarios e profesionais para arrincar, ampliar ou reorientar os seus negocios, sen que iso merme a seguridade xurídica nin lesione os dereitos de usuarios e consumidores, igualmente amparados pola DS.

Esta tarefa non é responsabilidade de programadores informáticos. Éo, primordialmente, de economistas e xuristas das AA.PP., traballando en sintonía coas entidades sectoriais que aglutinen aos operadores privados, e tentando non facer todo á vez, senón **comezando polos modelos de negocio máis usuais, segundo os datos da Axencia Tributaria**. Conforme se avance na busca de solucións alternativas para reducir as cargas que pesan sobre eses negocios, tamén será máis sinxelo atopar adaptacións útiles para os negocios máis inusuais e paracos desexables novos negocios, que deben xurdir constantemente nunha economía madura e en permanente evolución.

A diferenza do que sucede noutros ámbitos, fóra do alcance dos poderes públicos nacionais, neste, no que atinxe a mellorar a regulación, facéndoa de forma máis intelixente, querer si é poder.



# Os convenios urbanísticos

**Resumo:** *(Convenios Urbanísticos: Concepto. Límites. Maiores cargas das establecidas legalmente. Tipos de Convenio. Carácter vinculante. Consecuencias indemnizatorias derivadas da desvinculación de Convenios Urbanísticos formalizados. Viabilidade de monetización vía convenio do aproveitamento lucrativo correspondente á Administración. Impugnabilidade dos Convenios Urbanísticos).*

**Palabras clave:** *(Convenio Urbanístico. Negocio Xurídico. Nulidade de pleno dereito. Maiores cargas. Prexudicados. Convenios de Plan. Convenios de Execución. Carácter vinculante. Consecuencias indemnizatorias. Aproveitamento lucrativo. Monetización. Impugnación).*

**Abstract:** *(Planning agreement: Concept. Limits: Loads over legally established.: Types of planning agreement: Binding: Compensatory consequences arising from the declouping of formalized planning agreements. Viability of monetization by agreement of de lucrative use for de Administration. Contestability of planning agreements).*

**Key words:** *(Planning agreement. Void contract. Nullity. Higher loads. Injured. Planning agreements. Implementation agreements. Binding. Compensatory effects. Profitable explotation. Monetization. Contestation).*

**Índice:** *1. Consideracións xerais. 1.1. Introducción. 1.2. Breve referencia histórica. 2. Concepto de convenio urbanístico. 3. Obxecto e límites dos convenios urbanísticos. 4. Clasificación dos convenios urbanísticos. 4.1. Convenio de plan. 4.2. Convenio de execución. 4.3. Convenio de expropiación. 4.4. Convenio entre administracións públicas. 5. Impugnabilidade dos convenios urbanísticos. 6. Aspectos rexistrals.*

# 1 Consideracións xerais

## 1.1 Introducción

A regulación legal dos Convenios urbanísticos veu precedida dunha longa configuración xurisprudencial. É a xurisprudencia a que, analizando a casuística de convenios que se sometían ao seu control xurisdiccional, sentou as bases da normativa urbanística autonómica que foi xurdindo nos últimos anos, corrixindo o afastamento da norma na que incorreron, en non poucos casos, os representantes políticos ao empregar a técnica convencional.

Porén, aínda cando as distintas normativas autonómicas establecen en moitos aspectos a mesma regulación, ningunha parece outorgar unha natureza precisa a esta figura xurídica; é como se o lexislador tivese certo reparo en entrar a fondo na súa regulación para concretar e detallar o seu obxecto e finalidade, algo que se antolla como esencial para darlle un xiro á percepción negativa xeralizada que calou na opinión pública sobre os convenios urbanísticos, sobre todo nos últimos anos nos que se teñen asociado coa especulación e o pelotazo urbanístico, sen dúbida por ter sido empregado, en non poucas ocasións, en beneficio de intereses espurios e privados de toda sorte e non ao servizo do interese xeral para o que foron concibidos.

Unha característica fundamental dos Convenios Urbanísticos é que con eles se desborda a manifestación unilateral da acción administrativa xa que habilitan a concertación de vontades entre a administración e entidades de natureza pública e privada para a consecución de fins de interese público.

E froito desa concertación xeráronse ao longo dos anos convenios que regulan dereitos e obrigas de moi distinto contido.

Para a análise posterior desta figura xurídica, resulta enormemente ilustrativa a opinión sobre os convenios de plan de PARADA VÁZQUEZ<sup>1</sup>:

Neste mesmo sentido, considera BOCANEGRA<sup>2</sup> que o urbanismo é unha función pública reservada ao Plan (algo que todos aceptamos desde sempre como un axioma), o cal, vén sinxelamente desmentido pola realidade.

1 Neste sentido, sinala que: "Era previsible que a moda negocial ou contractual que esta introducíndose ad nauseam no Dereito público (substituíndo ao tradicional modo operativo da Administración dos procedementos unilaterais) cara o convenio e que xa está legalizado na lexislación do procedemento administrativa chegase tamén, e con que présas!, á actividade urbanística. Primeiro foi a xurisprudencia, como veremos, a que sancionou a validez dos convenios urbanísticos, malia que o seu obxecto versase sobre algo tan innegociable como é a planificación urbanística (art. 1.255 do Código Civil). Certo que o fixo dunha forma indirecta, recoñecendo a validez non sobre os efectos inmediatos do negocio, a ordenación urbanística e a conseguinte clasificación ou calificación dos terreos, posto que sempre se deixa a salvo que o efecto do convenio se articule e refrende a través dunha modificación do plan, senón de forma indirecta, ao recoñecerse efectos xurídicos reflexos a ese acto rigorosamente nulo desde a perspectiva tanto civil como administrativa, tales como a devolución das cantidades percibidas polo municipio en caso de non axustarse ao plan, etc. En definitiva, os convenios urbanísticos, moi próximos á figura penal do soborno ou a prevaricación (**"ofrézoche Concello tanto de aproveitamento urbanístico se me dás tales edificabilidades sobre estes terreos"**), e por iso absolutamente incompatibles coa filosofía que debe inspirar a planificación urbanística, onde só se deben contemplar os intereses xerais, a cuxo servizo a Lei articulou asépticos e exquisitos procedementos de aprobación e modificación e que, por mor dos convenios, estanse a converter en comparsas rituais para lexitimar o previamente acordado".- (Parada Vázquez., Ramón.- **Ordenamentos Urbanísticos, valoración, crítica y perspectiva de futuro**. - Ed. Marcial Pons, 1998.- Páxs. 75 a 80).

2 Di Bocanegra que "O urbanismo é unha función pública, certamente, pero os poderes públicos non son capaces de exercitar, co que o Plan, a idea de Plan, queda, á súa vez, absolutamente desnaturalizada, como sabe ben calquera que teña contacto con estes temas máis alá dos libros, ou calquera que saiba, simplemente, mirar unha cidade ou a ordenación do espazo. Iso poderá ser saudado con alegría ou acertadamente criticado por contrario ao Ordenamento xurídico, pero o certo é que, hoxe, nin os poderes públicos alcanzan a conducir os procesos urbanos nin o Plan a cumprir a función que lle corresponde. Non quero dicir eu, desde logo, que os convenios urbanísticos sexan os únicos responsables desta situación (aí están, por exemplo, ademais, as estradas ou o establecemento de grandes superficies comerciais, capaces



É máis, existen autores que consideran que esa consecuencia deriva directamente da tradicional escaseza das facendas locais e a liberdade que tiveron os Concellos para decidir unilateralmente sobre o plan, destacando entre eles Vera Jurado e Idofonso Huertas<sup>3</sup>.

Así as cousas, malia o que acontece nos últimos anos, da utilización perversa dos convenios urbanísticos polos Concellos, de que tiveren coadxuvado ao urbanismo desmedido, de que servisen como mecanismo de presión dos grupos inmobiliarios para clasificar solo, cómpre potenciar os efectos indubidablemente positivos que se derivan dos Convenios urbanísticos como canle ou instrumento para poder dar saída ás non poucas dificultades que planean sobre o urbanismo pola constante colisión do interese xeral e privado, polo seu efecto dinamizador en orde á modificación do plan e a viabilizar a xestión e execución urbanística.

O urbanismo é, entre outras cousas, un negocio xurídico e o convenio un medio axeitado para dar saída á inoperancia do plan xeral.

É posible que, como apunta un sector da doutrina, sexa necesaria unha regulación precisa que arbitre as medidas para que a planificación urbanística plasmada no plan xeral non se vexa desfigurada pola aprobación sobrevida de convenios de plan que se canalicen a través de sucesivas modificacións puntuais.

Por outra banda, como indica CANO MURCIA<sup>4</sup> *“O convenio urbanístico, e dentro deles, o do plan, que ata agora era a panacea para promover a iniciativa privada pode converterse a partir de agora, e de feito xa está ocorrendo, nun “modus operandi” ao que se lle vai poñendo cerco, de tal maneira que quedará, deberá quedar, reducido a uns momentos temporais moi concretos e determinados. Referímonos aos convenios que teñan lugar durante a revisión do plan. Excepcionalmente e en supostos moi taxados teñen que admitirse os convenios de plan cando non se está ante a revisión de plan”*.

Quizais a normativa legal debería arbitrar os supostos nos que sería factible canalizar un convenio vía modificación puntual, establecendo a regra xeral de que os mesmos sexan incorporados á revisión do plan e formando parte da programación xeral de todo o territorio.

Aínda que o que vou dicir é predicable da regulación legal urbanística con carácter xeral e non exclusivamente dos convenios urbanísticos, urxe a aprobación da normativa regulamentaria para dotar dunha maior precisión á norma e, ao cabo, dunha maior seguridade xurídica das operacións que se concerten por vía convencional.

Por referírmonos ao caso da nosa Comunidade Autónoma, son moitos anos os que pasaron desde que se prevé a aprobación dos regulamentos de plan, xestión e disciplina urbanís-

---

de volatilizar, literalmente, por si mesmos, un ou varios Plans urbanísticos). Si que son, porén, os convenios urbanísticos, colaboradores directos e inmediatos na produción do fenómeno que se apunta. A súa absoluta cotianidade, perfectamente coherente coa incapacidade dos poderes públicos para dirixir por si mesmos con instrumentos públicos a ordenación urbana, contribuíu decisivamente a desfacer literalmente a idea de Plan como un dos conceptos centrais do noso Dereito urbanístico” (Bocanegra.- Los Convenios Urbanísticos. Estudios de Derecho urbanístico, de Huergo Lora, A.- Ed. Civitas.-Madrid, 1998.-Prólogo).

3 Así, din estes autores que o deterioro da idea de Plan, como concepto básico do urbanismo, se deriva en boa parte “da endémica escaseza das facendas locais para facer fronte aos procesos de urbanización e á gran liberdade unilateral dos entes locais para elaborar o plan, o que por un lado imposibilita a actuación exclusivamente pública, pero por outro, anima aos particulares a negociar e chegar a acordos coa Administración” (Vera Jurado, D. e Idofonso Huertas, R.- **La Ordenación Urbanística en el Derecho Urbanístico de Andalucía**.- Ed. Tirant lo Blanch.- Valencia, 2003.- Páx, 87).

4 Cano Murcia, Antonio.- Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico, 6ª Edición.- Ed. Aranzadi.- Pamplona, 2006.- Prólogo á sexta edición.- Páx. 28.



tica na Lei 1/1997, de 24 de marzo, do solo de Galicia, pero só dispoñemos na actualidade do Regulamento de Disciplina Urbanística aprobado en desenvolvemento daquela.

Hoxe seguimos aplicando na nosa Comunidade Autónoma, Galicia, os regulamentos de plan e xestión aprobados baixo a vixencia do Texto Refundido da Lei do Solo, de 9 de abril de 1976, algo que polo tempo transcorrido, parece sinxelamente incompreensible.

## 1.2 Breve referencia histórica

Aínda que xa se produce unha auténtica práctica convencional con anterioridade a esta Lei no século XIX, sobre todo coa necesidade de crecemento dos límites antigos das cidades a través da técnica de “Ensanche de Poboacións” (práctica posta de manifesto en numerosa xurisprudencia, entre outras, sentenzas do Tribunal Supremo de 12 de xullo de 1903 e 12 de febreiro de 1904), é a Lei do Solo, de 12 de maio de 1956, a que senta as bases do dereito urbanístico español. Esta proclama por vez primeira o urbanismo como función pública, prevé a creación dos patrimonios municipais de Solo, a institucionalización do Plan, a equidistribución de cargas e beneficios e, ademais, numerosas referencias á posibilidade da formalización de convenios ou acordos entre a Administración e os particulares.

Esta Lei estrutura un sistema en dúas fases: planificación pública e xestión desta planificación, colocando ao poder público en primeiro lugar, como garante dos intereses xerais sobre os particulares.

Así, o propietario afectado polo proceso urbanizador pode convir coa administración pero sen efectos vinculantes sobre a planificación, algo que se mantén de xeito constante ata os nosos días nos textos legais que se foron aprobando desde entón.

Dous son os obxectivos que perseguían os convenios urbanísticos naquela época: i) facilitar á Administración (xeralmente os Concellos) o acceso á titularidade de terreos de particulares afectados por unha determinada programación, evitando deste xeito acudir á expropiación, ou ii) promover a participación dos particulares en obras de urbanización.

A Lei de 1956 foi reformada o 2 de maio de 1975, aprobándose un Texto Refundido o 9 de abril de 1976. Estes corpos legais non varían de maneira substancial a técnica convencional, se ben establecen a técnica do aproveitamento medio que é un dos piares da práctica convencional.

O Texto Refundido de 1992 da Lei do Solo 8/1990, contén continuas referencias á técnica convencional. Non obstante, tras a famosa sentenza do Tribunal Constitucional n.º 61/1997, de 20 de marzo, que declara inconstitucional a maior parte do articulado do Texto Refundido de 1992, ditouse a Lei 6/1998, de 13 de abril, do réxime do solo e valoracións, que se ben non regulaba os convenios urbanísticos, prevía a posibilidade de convir o pagamento en especie do prezo xusto nas expropiacións urbanísticas.

A Lei 6/1998 foi substituída pola Lei 8/2007, de 28 de maio e esta, á súa vez, polo Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de xuño, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei do solo.

Estas normas lexislan dentro dos límites do art. 149 da Constitución sobre aquelas cuestións que teñen por finalidade garantir a igualdade en todo o territorio español, sen entrar na regulación urbanística de competencia exclusiva e plena das Comunidades Autónomas.

Así, o Texto Refundido de 2008 incorpora dúas cuestións que resultan de obrigada observancia polas leis urbanísticas autonómicas relativas na materia que estamos analizando:

- O art. 11.1 establece a necesidade de sometemento dos convenios ao trámite de información pública nos termos e prazos que estableza a lexislación autonómica competente. Este requisito legal ten a súa razón de ser no dereito de participación cidadá que recoñece o art. 9.2 da Constitución.

E ten como reverso da moeda o deber da Administración de poñer a disposición dos cidadáns copias completas dos convenios urbanísticos. Así se prevé na Disposición Adicional novena 2 da Lei 8/2007 pola que se adiciona o art. 70 ter á Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das Bases de Réxime Local.

- O art. 16.3 establece que o convenio que o promotor celebre coa administración non poderá establecer obrigas ou prestacións adicionais máis gravosas das que procedan legalmente en prexuízo dos propietarios afectados, sendo nula de pleno dereito a cláusula que contraveña esa limitación.

Existe unha coincidencia xeral das lexislacións autonómicas nestes dous aspectos. No caso da Comunidade Autónoma galega, a Lei 9/2002, de 31 de decembro, de ordenación urbanística do solo e ordenación do medio rural (LOUGA) prevé no seu art. 233.2 que a negociación, a formalización e o cumprimento dos convenios urbanísticos se rexerán polos principios de transparencia e publicidade.

O apartado 3) do meritado artigo contempla a nulidade de pleno dereito das estipulacións contidas nos convenios que contraveñan ou infrinxan de xeito obxectivo, en calquera forma, as normas imperativas legais ou regulamentarias, en consonancia coa regulación legal estatal.

En definitiva, foi o lexislador autonómico quen foi configurando o alcance, obxecto, natureza e procedemento dos convenios urbanísticos.

## 2 Concepto de convenio urbanístico

Os convenios urbanísticos son, en liñas xerais, todos os convenios administrativos celebrados entre a Administración e persoas ou entidades públicas ou privadas no ámbito da actuación urbanística.

Partimos da premisa de que se trata dun negocio xurídico, isto é, un acordo de vontades no ámbito do Dereito urbanístico<sup>5</sup> no que de forma consensuada se busca unha alternativa ao exercicio unilateral das potestades urbanísticas por parte da Administración.

Nese sentido, o Convenio Urbanístico pódese definir como un acordo de vontades entre a Administración e persoas físicas, xurídicas, públicas ou privadas, titulares de dereitos urbanísticos (promotores, empresas urbanísticas, xuntas de compensación, veciños particu-

<sup>5</sup> Memento Práctico Lefebvre. Urbanismo 2005-2006. Páx. 91.



lares...) que teñen o seu funcionamento no principio de participación dos particulares co urbanismo e a capacidade negocial da Administración.

Así os considera Cano Murcia<sup>6</sup>, que estima que son: *“celebrados coa finalidade de completar á Lei, naqueles supostos nos que a regulación legal estea inacabada ou prevé expresamente a chamada ao convenio, resolvendo desta forma os problemas que as insuficiencias da lexislación urbanística formula e dando satisfacción á participación dos cidadáns na definición da súa digna calidade de vida.”*

Os contratos que realiza a Administración Pública poden incardinarse dentro do marco do Dereito Administrativo ou das normas do dereito común (xa sexan de Dereito Civil ou Dereito Mercantil).

Así como nos contratos clásicos (civís e administrativos) a Administración pretende obter bens ou servizos que os particulares lle poden reportar a cambio dun prezo (obras públicas, servizos de distinta natureza...), o convenio urbanístico é unha técnica de administración directa, como indica SÁNCHEZ GOYANES<sup>7</sup>.

Outra definición, baseada na dificultade de definir a súa natureza xurídica, é a que ofrece Ochoa Gómez<sup>8</sup>.

Por outra banda, os convenios administrativos poden ter como parte a dúas Administracións Públicas (convenios inter-administrativos) ou a unha ou máis Administracións Públicas e a un ou máis particulares (convenios administrativos con particulares).

Cando nos atopamos ante formalización de acordos entre a Administración e persoas físicas ou xurídicas, públicas ou privadas, cuxo obxecto afecta a determinada actuación urbanística (promotores, Xuntas de Compensación, veciños particulares.) atopámonos ante un convenio urbanístico.

A lexislación urbanística non afrontou de xeito directo a definición dos convenios urbanísticos e preferiu abordar a cuestión dun xeito indirecto, empregando expresións que nos levan a deducir o concepto. Polo que se refire á Comunidade Autónoma galega, esta limítase a indicar a súa natureza e alcance.

En efecto, a LOUGA (ao igual que as demais leis urbanísticas autonómicas) di no seu art. 233.1 baixo o epígrafe *“Concepto, alcance e natureza”* que *“A administración autonómica e os municipios, así como as súas organizacións adscritas e dependentes e as demais organizacións por eles creadas conforme esta Lei, poderán celebrar, conxunta ou separadamente, e sempre no ámbito das súas respectivas esferas de competencias, convenios urbanísticos entre si e con persoas públicas ou privadas, en orde á súa colaboración e máis eficaz desenvolvemento da actividade urbanística”*.

6 Cano Murcia, Antonio. - **Teoría y práctica del Convenio Urbanístico, 3ª edición.** - Ed. Aranzadi. - Páx. 24.

7 Que di que: *“os convenios urbanísticos serven fundamentalmente para completar determinacións legais na materia, pactando novas ordenacións e fixando os termos e condicións da xestión e execución do plan en vigor”*. (Sánchez Goyanes, Enrique. - **Los Convenios Urbanísticos. Derecho Urbanístico de Cantabria**). Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, S.A. - Páx. 651).

8 Di esta autora que o convenio urbanístico é *“un instrumento continxente de acción concertada da Administración Pública cun ou varios suxeitos de dereito en orde ao desenvolvemento de calquera faceta da realidade urbanística e das competencias que tipicamente a integran, e cuxo réxime xurídico –máis ou menos delimitado por unha norma específica- queda determinado pola converxencia do contido das potestades típicas nesta orde administrativa con elementos propios do concerto de vontades (contractuais ou non), debidamente modulados en función do concreto marco institucional en que se moven”*. (Ochoa Gómez, María Pilar. - **Los Convenios Urbanísticos. Límites de la figura redentora del urbanismo.** - Ed. La Ley. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados. - Madrid, 2006. - Páx. 55).



É esa Xurisprudencia a que se encargou de ofrecernos unha definición concreta de convenio urbanístico; véxase, por exemplo, a sentenza do Tribunal Supremo de 15 de febreiro de 1994<sup>9</sup>.

A natureza xurídico administrativa dos convenios urbanísticos foi recoñecida expresamente polas diferentes lexislacións autonómicas. No caso da Comunidade Autónoma galega, así se remarca no art. 233.4 da LOUGA.

### 3 Obxecto e límites dos convenios urbanísticos

Practicamente calquera actuación urbanística pode ir precedida da subscripción dun convenio urbanístico, de maneira que as situacións previstas expresamente nas diferentes lexislacións urbanísticas autonómicas non esgotan as posibilidades que poden constituir o obxecto dun convenio.

A cobertura legal dos convenios urbanísticos atopámola no art. 25.2 da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público, que consagra o principio de liberdade de pactos da Administración ao establecer que *“poderá concertar os contratos, pactos e condicións que teña por conveniente, sempre que non sexan contrarios ao interese público, ao ordenamento xurídico ou aos principios de boa administración”*.

A LOUGA recolle de forma expresa as actuacións que poden ser obxecto do convenio urbanístico (plan e xestión), que son:

- Formación, modificación ou revisión do plan urbanístico (art. 234 a) e 235.3).
- Determinación dos termos e condicións da xestión e execución do plan e demais instrumentos existentes (art. 234 b) e 236.1).

Como vemos, o obxecto dos convenios urbanísticos é moi amplo, sendo a consecuencia derivada da infracción da normativa legal, a nulidade de pleno dereito.

O alcance, precisamente, da previsión legal de nulidade de pleno dereito do art. 16.3 do Texto Refundido da Lei do Solo de 2008, carrega consecuencias importantes respecto da marxe de manobra da administración na negociación dun convenio urbanístico.

Segundo este precepto, os convenios ou negocios xurídicos que o promotor da actuación celebre coa Administración correspondente, non poderán establecer obrigas ou prestacións adicionais nin máis gravosas que as que procedan legalmente *“en prexuízo dos propietarios afectados”*. A cláusula que contraveña estas regras será nula de pleno dereito. Tal e como está redactado o precepto non é posible impoñer vía convenio maiores cargas das que están establecidas legalmente. ¿Non era esa unha das utilidades primordiais dos Convenios?

A Xurisprudencia chegou a considerar contratos atípicos aqueles nos que un particular se comprometía a realizar cesións por riba das mínimas legalmente establecidas (STSX Cataluña de 31 de marzo de 2001), pero hai un gran paso entre que esas cesións non sexan unha

9 A STS de 15 de febreiro de 1994 declara: “instrumentos facilitadores da actuación urbanística, constitúen unha práctica que tende a complementar as determinacións legais na materia, posibilitando o acordo das partes afectadas, contribuíndo a facilitar a xestión, eliminando “ab initio” os puntos de fricción e os obstáculos que unha determinada actuación urbanística poida orixinar; e sen que sexa dable atribuír ás mesmas a constitución dun sistema de execución do Plan, sen que poida substituír en cada caso o Plan elixido”.

imposición de natureza normativa e que non poidan ser obxecto de acordo pola administración e os particulares.

A cuestión pode pasar por analizar o que significa a frase “*en prexuízo dos afectados*”. A Lei asocia o prexuízo dos afectados directamente á existencia de prestacións máis gravosas das legais, pero se se trata de convir a cesión dun 20% do aproveitamento lucrativo dun determinado sector a cambio dunha reclasificación de rústico a urbanizable, ¿qué é máis prexudicial para os afectados? Parece que os “prexudicados” pola maior cesión tamén estarían “beneficiados” polo Convenio.

Na miña opinión, o prexuízo mirado illadamente e desde a perspectiva das cargas prodúcese, pero nunha visión en conxunto (tendo en conta tamén o beneficio que reporta) a cuestión suscita maiores dúbidas. A práctica convencional pode perder interese desde a perspectiva municipal coa nova regulación. O máis coherente sería interpretar que as maiores cargas as ten que asumir integramente fronte á Administración o asinante do Convenio (pois non ostenta a condición de terceiro) aínda que da literalidade da norma non se desprende esta posibilidade, que non deixa dúbida de que as cesións por enriba das legalmente establecidas respecto dos terceiros non é xa unha finalidade lexítima ou plausible.

Outro dos límites aos que están sometidos os convenios constitúeo a prohibición de reservas de dispensación que deriva directamente do principio de legalidade. A LOUGA prevé expresamente no art. 234 b) a prohibición de dispensa de plan respecto dos convenios urbanísticos para a execución do plan.

## 4 Clasificación dos convenios urbanísticos

Non resulta doado encadrar as actuacións urbanísticas que poden ser obxecto de convenios urbanísticos dada a multiplicidade de casos que poden articular o obxecto convencional e a complexidade dos supostos que contemplan.

Está a clásica distinción que se formulou a doutrina entre convenios típicos (os que están previstos normativamente) e convenios atípicos (os que non están regulados normativamente pero non por iso ilegais) se ben esta distinción, no que aos convenios urbanísticos se refire, perde parte da súa transcendencia unha vez que se foron regulando nas distintas lexislacións autonómicas.

Un exemplo de contrato típico era o convenio sobre prezo xusto que contempla o art. 24 da Lei de Expropiación Forzosa.

Tamén se poden clasificar os convenios segundo i) os suxeitos intervinientes no proceso de concertación e ii) o ámbito da actividade urbanística sobre a que incidan.

- i) Segundo os suxeitos intervinientes no proceso de concertación podemos distinguir entre convenios formalizados entre administracións públicas (convenios inter administrativos) e os formalizados entre a Administración e os particulares.
- ii) Segundo o ámbito da actividade urbanística sobre a que incidan, podemos clasificalos en dous grandes grupos: os de plan, que teñen como obxectivo primordial a modificación do plan, e os de xestión ou execución do plan vixente, que buscan unha axilización da xestión e execución do plan e nacen unha vez concluída a fase de plan.



Isto non significa que o convenio para a xestión ou execución teña que tramitarse de maneira separada e unha vez que se tramite e aprobe o plan, pois é perfectamente factible a súa tramitación simultánea ou conxunta quedando demorada a súa eficacia a un momento posterior á aprobación do plan.

Non obstante, tal vez os que mellor analizaron sistematicamente as diferentes formas de convenios urbanísticos fosen BUSTILLO BOLADO e CUERNO LLATA<sup>10</sup>.

A LOUGA contempla os dous tipos de convenio:

- Os convenios urbanísticos de plan (art. 235)
- Os convenios urbanísticos para a execución do plan (art. 246)

Aínda que non se atopan expresamente contemplados na LOUGA, poderíamos incluír unha variante dos dous anteriores referida aos convenios urbanísticos que conteñen aspectos no seu texto que afectan ao plan e á xestión (denominados noutras lexislacións autonómicas como convenios mixtos). Por exemplo, é moi frecuente que os convenios de plan conteñan previsións en aspectos propios da reparcelación (por exemplo, determinación do sistema de actuación, previsións sobre a cesión do aproveitamento urbanístico que corresponde ao Concello...).

Outra clase de convenios urbanísticos que poderíamos considerar como unha terceira categoría, serían os expropiatorios, que son os que se alcanzan durante a tramitación dun proceso de expropiación urbanística para o pagamento en especie do prezo xusto, que trataremos máis adiante.

Finalmente habería unha cuarta categoría que sería a integrada polos convenios urbanísticos entre Administracións públicas que presentan unha serie de singularidades con respecto aos subscritos entre unha Administración Pública e os particulares.

## 4.1 Convenios de plan

Os convenios de plan son unha práctica habitual na administración para a preparación dunha modificación ou revisión do plan en vigor.

O carácter innegociable da potestade de plan derívase do art. 235 a) da LOUGA ao establecer que en ningún caso vincularán ou condicionarán en calquera forma o exercicio polas administracións públicas, incluídas as que sexan parte neles, da potestade de plan. A posibilidade de disposición da potestade de plan por vía contractual, vén sendo excluída de maneira constante pola xurisprudencia desde a sentenza do Tribunal Supremo de 30 de abril de 1990 (RX1990, 2694). Máis significativa se cabe é a STS de 15 de marzo de 1997<sup>11</sup>.

10 Clasifícanos da seguinte forma: "Urbanismo concertado (concurso para Programas de Actuación Urbanística: arts. 177 a 184). Convenios expropiatorios (art. 217). Convenios para xestión indirecta de Expropiacións (art. 213). Convenios para a constitución de servidumes (art. 211). Convenios para a transferencia do exceso de aproveitamento (art. 151). Convenios sobre gastos de urbanización (art. 155, 2) e no sistema de cooperación (art. 163, 3). Convenios para instrumentar a intervención mediadora da Administración nas transferencias de aproveitamento urbanístico en actuacións asistemáticas (art. 194). Convenios para a cesión de terreos do Patrimonio Municipal do solo (art. 282 e ss) e Convenios sobre condicións de conservación de urbanización nos plans e proxectos redactados por particulares. (Bustillo Bolado, R.O. e Cuerno Llata, J.R. - **Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares**. Ed. Aranzadi.- Pamplona, 1996.- Páxs. 119 a 144).

11 Di esta sentenza: "As esixencias do interese público que xustifican a potestade do plan, implican que a súa actuación non pode atopar límite nos convenios que a Administración conclúe cos administrados, polo que aínda que o Concello tivese celebrado contrato no que

Este carácter obrigatorio e vinculante é absolutamente predicable dos convenios urbanísticos para a execución do plan, pois pola súa propia natureza e obxecto non poden incluír previsións sobre potestade de plan.

A Administración pode convir cos particulares dentro dos límites legais pero a potestade de plan ten que responder en todo caso ao interese xeral e segundo os principios de boa administración para obter a ordenación urbanística posible, e iso con independencia das consecuencias indemnizatorias que poida carrexar a desvinculación por parte da Administración ou os particulares de convenios urbanísticos que tiveren formalizado o cambio de plan. E, nese sentido pronúnciase Ochoa Gómez<sup>12</sup>, se ben con matizacións.

## 4.2 Convenios de execución

Se ben a Xurisprudencia se mostrou unánime en rexeitar o carácter vinculante dos pactos incluídos nos convenios urbanísticos onde se compromete a potestade pública, declara non obstante de xeito constante o carácter obrigatorio do pactado entre as partes ao consideralos negocios xurídicos bilaterais (Sentenza do Tribunal Supremo de 13 de xullo de 1984).

Especial mención ten, non obstante, a previsión legal do art. 236.2 da LOUGA na nova redacción operada pola Lei 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urxentes de modificación da Lei 9/2002, de 30 de decembro. Segundo este precepto os convenios nos que se acorden os termos do cumprimento dos deberes legais de cesión pola súa substitución polo pagamento de cantidade en metálico cando non poidan cumprirse con solo destinado a vivenda sometida a algún réxime de protección pública en virtude da reserva correspondente, e especificamente, a dos terreos en que se localice o 10% do aproveitamento tipo do ámbito de referencia, deberán incluír como anexo, a valoración pertinente practicada polos servizos administrativos que teñan atribuída tal función con carácter xeral ante a correspondente administración.

Como o acordo sobre unha contraprestación económica directa a favor do Concello, en substitución do aproveitamento urbanístico que lle corresponde, require dunha valoración pericial obxectiva para garantir a equivalencia entre o valor do solo e o valor monetario, o lexislador autonómico coidouse de prever expresamente que a valoración pertinente deberá ser practicada polos servizos administrativos que teñan atribuída esa función.

Pero a nova redacción do precepto transcrito contén un cambio que nos leva a ter que reformularnos os casos nos que é factible a monetarización do aproveitamento lucrativo vía convenio.

Nunha primeira aproximación, atopámonos con que o art. 237.2 establece que o 10% do aproveitamento lucrativo se pode monetarizar en diñeiro, algo que non estaba previsto especificamente na redacción do precepto anterior á reforma de 2010, pero ao mesmo tempo

---

*se obrigaba a unha determinada clasificación dos terreos cun determinado aproveitamento, se posteriormente considera que o interese público require unha clasificación ou aproveitamento distinto, pode alterar o plan sen que o convenio sexa obstáculo. A xustificación de liberdade na posibilidade de desligarse do acordado —que non existe no campo do Dereito Civil— ten a súa xustificación en que o urbanismo é unha función pública e, como tal, indispoñible e irrenunciabile” (STS de 15 de marzo de 1997).*

12 Di esta autora: “Sempre que razóns de interese público avalen a súa decisión, a organización pública poderá apartarse dos compromisos asumidos (...), mais en ningún caso, a mera alegación *ex post facto* do principio de indispoñibilidade aproveitará a aquela para deixar ao seu arbitrio a eficacia do convido (se o cumpre e cando o cumpre) ou para desvincularse sen máis dos compromisos adquiridos” (Ochoa Gómez, María Pilar. - Op. Cit. en (8)- Páx. 202)

faise constar que a substitución por metálico é posible *“cando non poida cumprirse co solo destinado a vivenda sometida a algún réxime de protección pública”*.

É dicir, malia que se especifica a posibilidade de monetarizar o 10% do aproveitamento, esta posibilidade queda subordinada aos supostos nos que non é posible cumprir con aquela finalidade de destinar o solo a vivenda de protección oficial. En realidade, a regra xeral nunca deixou de ser, malia os sucesivos cambios legislativos, a de entrega de solo (véxanse os deberes legais dos propietarios no solo urbano non consolidado e urbanizable), pero non é menos certo que coa redacción anterior á reforma de 2010 era factible entender -malia que o 10% non estiver nominalmente expresado no precepto-, que a substitución en metálico podería levarse a cabo antes da aprobación do proxecto de equidistribución e por razóns de interese xeral a través da subscrición e perfeccionamento do correspondente convenio.

Porén, a redacción actual parece recuperar o espírito do antigo art. 157.5 da Lei 1/1997, de 24 de marzo, do solo de Galicia, que prevía a posibilidade de transmitir o prezo resultante do valor do aproveitamento urbanístico cando o solo non resultaba *“axeitado aos fins do patrimonio municipal do solo”*, se ben concretado a cando non pode cumprirse co solo destinado a vivenda sometida a protección oficial.

En definitiva, a posibilidade de convir a monetarización viuse seriamente limitada con motivo da modificación introducida pola reforma de 2010 no art. 236.2, se ben esa restrición sería predicable soamente dos polígonos ou sectores de uso residencial e non dos destinados a outros usos (industrial, terciario...).

A propia Lei do Solo de 2007 introduce unha importante limitación á posibilidade de monetarizar cando exista a posibilidade de entregar solo destinado á construción de vivendas protexidas, xa que especifica no seu artigo 16, que a lexislación sobre ordenación territorial e urbanística poderá determinar os casos e condicións en que caiba substituír a entrega de solo por outra forma de cumprimento do deber: *“agás cando poida cumprirse con solo destinado a vivenda sometida a algún réxime de protección pública en virtude da reserva a que se refire a letra b) do artigo 10. Esta porcentaxe non formará parte da porcentaxe de vivenda protexida que deben realizar os privados sobre as reservas do artigo 10”*.

## 4.3 Convenio de expropiación

O art. 30.1 do Texto Refundido da Lei do Solo de 2008 contempla, en caso de expropiacións urbanísticas e, mediando acordo co expropiado, que o pagamento do prezo xusto se poida realizar en especie, completando desta forma no ámbito urbanístico a regulación contida na propia Lei de Expropiación Forzosa.

## 4.4 Convenio entre administracións públicas

A LOUGA outorga unha marxe de manobra ampla ás Administracións públicas para a formalización de común acordo de convenios urbanísticos de plan, para a formación, modificación ou revisión do plan urbanístico, non sendo de aplicación nestes casos, as regras que o art. 235.4 establece para os convenios que a administración subscriba con particulares.



Porén, respecto dos convenios urbanísticos para a execución do plan, a regulación non varía respecto da prevista para aqueles casos nos que participan persoas privadas.

En todo caso, este tipo de convenios fundaméntanse no contido aberto e a pluralidade de fins de interese público que poden alcanzarse con esta clase de convenios urbanísticos nos que destaca a presenza de intereses comúns e de competencias de administración concorrentes, tal e como expón Ávila Oliver<sup>13</sup>.

## 5 Impugnabilidade dos convenios urbanísticos

En primeiro lugar, cómpre lembrar que o art. 237.1 da LOUGA esixe que unha vez negociado e subscrito o convenio, sexa sometido a información pública mediante anuncio inserido no Diario Oficial de Galicia e nun dos xornais de maior difusión na provincia e durante un período mínimo de vinte días. É dicir, a Lei regula un procedemento que cómpre tramitar para que o convenio subscrito alcance eficacia con transcendencia xurídica. Por conseguinte, non abonda con que se subscriba, pois cómpre que o acordo de vontades siga un procedemento necesario no que ademais se permite a participación de terceiros que poden realizar alegacións e propoñer cantas emendas ou correccións consideren necesarias e que poden afectar ao contido mesmo do convenio asinado. O apartado 3) do meritado artigo, prevé que tras o período de información pública, o órgano que negociou o convenio deberá, á vista das alegacións, elaborar unha proposta de texto definitivo do convenio, do que se dará vista ás persoas que negociasen ou subscribisen o texto orixinal, para a súa aceptación, reparos, ou no seu caso, renuncia. Ademais, o texto definitivo do convenio será notificado ás persoas interesadas a efectos da súa sinatura, sendo tras o seu perfeccionamento cando existirá un acto firme en vía administrativa e, como tal, susceptible de impugnación xurisdiccional.

En segundo lugar, cabe formularse que xurisdición é a competente para dilucidar a legalidade dos convenios urbanísticos. Dada a súa natureza xurídico administrativa, non cabe dúbida que é competente a xurisdición contencioso-administrativa (STS de 30 de outubro de 1997). Agora ben, desde un punto de vista procedemental podemos atoparnos ante dúas situacións das que depende que o acto a impugnar sexa distinto.

En efecto, depende de se a negociación do convenio coincide cun plan que se atopa en tramitación ou non. No suposto de que o plan estea en tramitación, o art. 237.2 da LOUGA esixe que o texto íntegro do convenio sexa incorporado ao plan xeral. Se o convenio se incorpora ao plan desaparece como tal, sendo no seu caso o acto de aprobación definitiva do plan o que debe ser obxecto de impugnación<sup>14</sup>.

Por outra banda, está a posibilidade de que a tramitación do convenio se leve de forma independente ao plan xeral. Neste caso a impugnación será autónoma do plan. Como di a sentenza de Tribunal Supremo de 24 de xuño de 2000, o convenio urbanístico é un acto substantivo que resulta independente do procedemento de modificación ou revisión do plan en sentido estrito, podendo ser impugnado de forma independente e separada deste.

13 Como di este autor: "esta concorrencia de intereses respectivos leva consigo que ambas as dúas Administracións aparezan en posición xurídica de igualdade" (Ávila Oliver, J. L. - **Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas**. - Ed. Civitas. - Madrid, 2002.-Páxs. 86-92).

14 Como di a STS de 15 de decembro de 1993: "en canto os convenios se incorporan a un Plan e son aprobados no conxunto deste, gozan e corren a mesma sorte que o Plan, non sendo nulos máis que cando as súas determinacións o son".

## 6 Aspectos rexistrals

Tendo en conta o disposto no art. 51.8 do Texto Refundido de 2008 é inscribible no Rexistro da Propiedade calquera acto administrativo que en desenvolvemento dos instrumentos de ordenación ou execución urbanísticos modifique, desde o momento de levarse a cabo ou no futuro, o dominio ou calquera outro dereito real sobre as fincas determinadas ou a descrición destas. O Convenio é inscribible como regra xeral mediante escritura pública pero tamén por certificación administrativa segundo se deriva do art. 52.

Unha excepción desta última posibilidade prodúcese en Canarias, onde o artigo 109.1 do Texto Refundido das Leis de Ordenación do Territorio de Canarias e de Espazos Naturais de Canarias, aprobado por Decreto Lexislativo 1/2000, de 8 de maio, expón que os convenios urbanísticos non serán inscribibles en virtude de certificación administrativa, esixindo o outorgamento de escritura pública.

Tamén é destacable como en Castela León, o seu Regulamento de Urbanismo, aprobado por Decreto 22/2004, de 29 de xaneiro, establece que *“os compromisos adquiridos en convenios urbanísticos polos propietarios de terreos e demais inmobles vinculan aos terceiros adquirentes dos devanditos bens, cando tales compromisos fosen inscritos no Rexistro da Propiedade, conforme ao previsto na súa normativa específica”*.

Así pois, o Regulamento de Castela e León nin establece nin veta a posibilidade de inscribir os convenios urbanísticos, senón que se limita a remitirse á normativa reguladora do Rexistro da Propiedade.

En calquera caso, como xa apuntamos, a regra xeral é que é posible inscribir as cesións de terreos por particulares ao Concello en convenio urbanístico, sempre que así se recolla en documento público administrativo.

Sendo de destacar que a esa mesma conclusión chega a Dirección Xeral dos Rexistros e o Notariado (DXRN) na súa Resolución de 22 de febreiro de 2007, se ben exclúe o caso particular dunha transmisión de inmobles por tratarse da Comunidade Autónoma de Canarias.

Porén, esta Resolución non resolve se son ou non inscribibles no Rexistro da Propiedade os convenios urbanísticos en que non se producen tales cesións.

Para resolver esta cuestión faise necesario acudir ás normas xerais de Dereito Rexistral, que só permiten a inscrición dos títulos polos que se transmita o dominio de fincas determinadas ou se constitúan, transmitan, modifiquen ou extingan dereitos reais sobre elas (artigo 2 da Lei Hipotecaria), o que se reitera en materia urbanística no artigo 1.8 do Real Decreto 1093/1997<sup>15</sup>.

Debemos sinalar, por último, que a precitada Resolución da DXRN, de 22 de febreiro de 2007, expón como os convenios urbanísticos son inscribibles no Rexistro da Propiedade sempre que, ademais de cumprir coas esixencias da lexislación local e urbanística que lle son propias, así como coas impostas pola lexislación hipotecaria, teñan un obxecto que

15 O devandito artigo di: *“serán inscribibles no Rexistro da Propiedade, ademais dos actos expresamente regulados neste Real Decreto: ...8. Calquera outro acto administrativo que, en desenvolvemento do plan ou dos seus instrumentos modifique, desde logo ou no futuro, o dominio ou calquera outro dereito real sobre fincas determinadas ou a descrición destas”* (Apartado 8, do artigo 1 do Real Decreto 1093/1997, de 4 de xullo, polo que se aproban as normas complementarias ao Regulamento para a execución da Lei Hipotecaria sobre inscrición no Rexistro da Propiedade de actos de natureza urbanística).

sexa "susceptible de inscrición conforme ao artigo 2 da Lei Hipotecaria e 1 do Real Decreto 1093/1997, de 4 de xullo".

Santiago de Compostela, xaneiro de 2011

## Bibliografía

ÁVILA OLIVER, E.- Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.- Ed. Cívitas.- Madrid, 2002.

BUSTILLO BOLADO e CUERNO LLATA Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares. Ed. Aranzadi. Pamplona 1996

CANO MURCIA, ANTONIO. Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico. 3ª e 6ª Edición. Ed. Aranzadi.

HUERGO LORA, A.- Los convenios urbanísticos. Estudios de Derecho Urbanístico.- Ed. Cívitas.- Madrid, 1998.

MEMENTO PRÁCTICO LEFEBVRE. Urbanismo 2005-2006.

OCHOA GÓMEZ, María del Pilar.- Los convenios urbanísticos. Límites de la figura redentora del urbanismo.- Ed. La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados.- Madrid, 2004.

PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN.- Libro de AACC "Ordenamientos Urbanísticos. Valoración crítica y perspectiva de futuro" Ed. Marcial Pons, 1998.

SÁNCHEZ GOYANES, ENRIQUE "Los Convenios Urbanísticos. Derecho Urbanístico de Cantabria". El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados. S. A.

## Lexislación

REAL DECRETO LEXISLATIVO 2/2008, de 20 de xuño, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei do Solo.

LEI 6/ 1998, de 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións.

REAL DECRETO LEXISLATIVO 1/1992, de 5 de xuño, polo que se aproba o Texto Refundido da Lei sobre o Réxime do Solo e Ordenación Urbana.

DECRETO 1346/1976, de 9 de abril, que aproba o Texto Refundido da Lei sobre Réxime do Solo e Ordenación Urbana.

LEI de 12 de maio de 1956, sobre réxime do solo e ordenación urbana.

LEI 9/2002, de 30 de decembro, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia.

LEI 1/1997, de 24 de marzo, do solo de Galicia.



# Xurisprudencia

## Do Tribunal Supremo

13 de xullo de 1984.

30 de abril de 1990.

15 de decembro de 1993.

15 de febreiro de 1994.

15 de marzo de 1997.

24 de xuño de 2000.

15 de febreiro de 2001.

15 de maio de 2003.

17 de novembro de 2005.

## Dos tribunais superiores de xustiza

Galicia:

15 de maio de 2003.

17 de novembro de 2005.

Baleares:

2 de marzo de 2001.

Andalucía:

12 de xuño de 2001.

Estremadura:

24 de xullo de 2002.



**Resumo:** *A civilización romana asimilou o modelo urbanístico grego de convivencia social, e ordenou o territorio do Imperio conforme á evolución da civitas e do cidadán; para iso, as autoridades públicas puxeron en práctica variados tipos de cidade, e tras cada un deles existía unha ideoloxía política, e unhas aspiracións cidadás. A súa experiencia, na que podemos referir luces e sombras, ha de servirmos de reflexión ante os grandes retos que se formulan nas cidades actuais, aos cales se alude nalgúns epígrafes deste artigo. O Dereito actual, ao igual que o fixo o Dereito romano, trata de ordenar o territorio, e de reconducir a construción privada conforme a principios de interese público.*

**Palabras clave:** *Roma, Urbanitas, lei do solo, rede de cidades, modelo urbano, barreiras arquitectónicas.*

**Abstract:** *The Roman civilization assimilated the Greek urban model of social coexistence, and ordered the territory of the Empire according to the evolution of the civitas and the citizen; for it the public authorities implemented various types of town, and behind each one of them was a political ideology, and citizens' aspirations. His experience, which we refer to light and shadow, has to be for reflection face the great challenges in today's cities, referred in some sections of this article. The current law, as did the Roman law, tray to order the territory, and redirect the private construction in accordance with principles of public interest.*

**Key words:** *Rome, Urbanitas, land law, network of cities, urban model, architectural barriers*

**Índice:** *1. Introducción 2. O modelo Cosano 3. A cidade romana e a urbanización itálica 4. O modelo Ostiense 5. As provincias 6. Constantinopla: unha fundación infraplanificada urbanisticamente 7. A cidade actual paradigma da ausencia da urbanitas 7.1. Quebra da cidade monocéntrica 7.2. Decadencia de grandes parcelas urbanas no centro das cidades 7.3. Predominio de intereses empresariais 7.4. Articulación dunha rede global de cidades 7.5. Criterios de ecoloxía e sostenibilidade na planificación urbana 7.6. Fortalecemento do poder municipal cívico 7.7. Inmigración e perda de identidade local 7.8. Promoción da cidade a través do concepto de saúde pública 8. Notas conclusivas.*



# 1 Introducción

A cidade nunha concepción ampla do termo, desde as súas orixes ata a actualidade, pode comprenderse como o territorio urbanizado que concentra a unha agrupación humana con identidade propia, e dotado de resortes económicos, sociais e políticos. Nesta definición reconécese tanto a *polis* grega e a *civitas* romana, como as cidades actuais, e mesmo as do Oriente antigo e a Idade Media. Agora ben, a maduración da vida en sociedade levou a gregos e a romanos a concibir un modelo de cidade orientada ao Dereito e á política, e onde a planificación e a arquitectura foron instrumentos de desenvolvemento e consolidación de tales parámetros<sup>1</sup>.

Máis aínda, as formas democráticas de convivencia social no mundo grego foron decisivas na consolidación dun modelo cualificado tradicionalmente como 'modelo clásico', e no que os cidadáns ricos se comprometeron en pro do enriquecemento do patrimonio público monumental<sup>2</sup>. Xa desde o s. V a.C., nos novos asentamentos gregos plasmouse unha nova planificación (xónico-hipodámica), que constituiu un verdadeiro fito urbanístico. Porén, pouco a pouco as cidades-estado comezaron a debilitarse como consecuencia das transformacións nas relacións campo-cidade, ou a proliferación de latifundios e de facendas agrícolas no mundo helenístico<sup>3</sup>; pero todos estes fenómenos, como se poderá observar, apareceron tamén séculos despois no Imperio romano.

Agora ben desde a fundación de Roma ata a súa consolidación como cidade eterna (*urbs aeterna*) transcorreron moitos séculos e cambios políticos moi importantes. A infeliz elección do espazo sobre o cal se articularía esta *civitas*, segundo os xeógrafos antigos, só co tempo revelou todas as súas potencialidades favorables<sup>4</sup>. A finais do s. VI a. C. coa instauración dunha República aristocrática en Roma, favoreceuse a constitución dunha comunidade cidadá; pero aínda os romanos non viron a necesidade de proporcionar á súa cidade un plano regular. Non obstante, na mesma época a veciña cidade etrusca de Veyes tiña xa un trazado bastante regular mediante un eixe lonxitudinal adaptado á situación xeográfica da colina; a influencia grega en Etruria chega no s. V cando os etruscos fundaron cidades cunha rede de rúas en ángulo recto na súa 'zona de colonización' da chaira do Po. Interesante é o caso de Marzabotto, preto de Bolonia, co seu plano en forma de reixa de corte hipodámico: dúas ou tres rúas grandes son cortadas en ángulo recto por algunhas outras rúas e numerosas ruelas; faltaba, porén, o eixe en cruz de *decumanus* e *cardus*, característico da posterior planificación romana de cidades, coa súa axialidade e centralización<sup>5</sup>.

Mentres tanto en Roma aplicábase a Lei das XII Táboas, e nela se incluía unha orientación urbanística. Así, na súa táboa X prescribiuse que "non se enterre nin se queime cadáver na cidade"; por iso, se difundiu xa desde finais do s. IV/III a.C. a tumba xentilicia romana erixida nun fondo extraurbano ou lonxano de Roma, a modo de hortos ou hórreos, nas vías de acceso á cidade, e con formatos variados: *columbaria*, económicas tumbas con sinxelas lápidas (*poticuli*), tumbas dos *collegia funeraticia*, *mausolea* e *cenotaphia*<sup>6</sup>.

1 MUÑOZ JIMÉNEZ, J.M., *La ciudad como obra de arte. Las claves del urbanismo en la Antigua Grecia* Madrid, 1996.

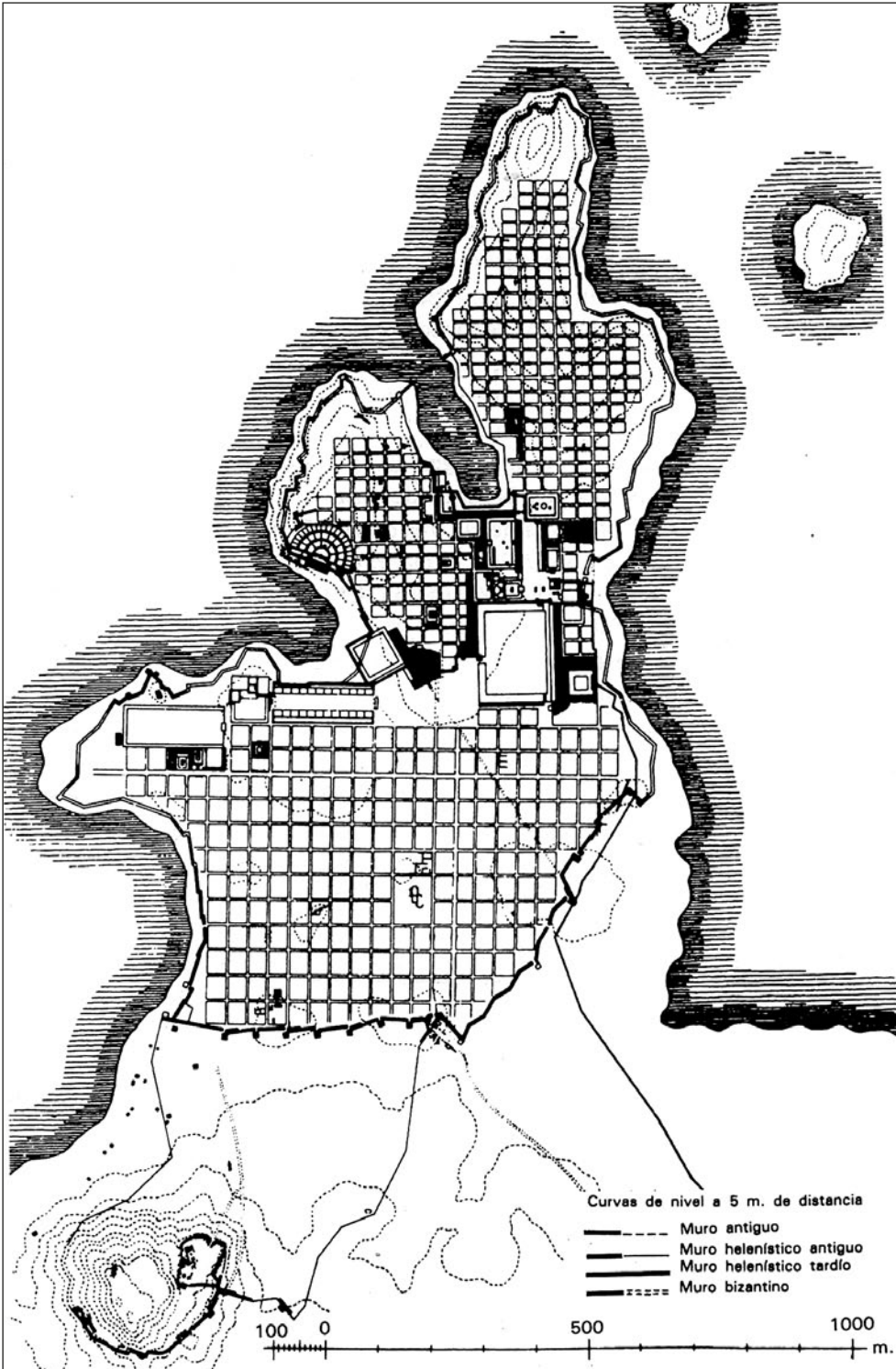
2 KOLB, F., *La ciudad en la Antigüedad*, Madrid 1992, pp. 142-143.

3 AMOURETTI, M.-C., "L'agriculture de Grèce antique. Bilan des recherches de dernière décennie", *Topoi. Orient-Occident*, 4 (1994) pp. 69-94.

4 PRONTER A.F., "Visión de la grande ville: da Erodoto a Strabone", *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París 2000, p. 28. Estrabón, V, 3, 2; V, 3, 7.

5 AA.VV., *Le città degli Etruschi*, I, Firenze 1990.

6 CASTILLO PASCUAL, M.J., *Espazo en orden: El modelo gromático-romano de ordenación del territorio*, La Rioja 1996, p. 120, refire que o Esquilino e os *horti* veciños eran lugares de enterramento da xente humilde, a *miseria plebs* (HOR. Sat. 1, 8, 10).



Planificación urbana xónica. Plano de Mileto (KOLB, p. 117)



Fóra da urbe, a política de colonización (romana e latina) veu marcada por finalidades político-militares e económico-sociais, dando saída á crecente presión demográfica<sup>7</sup> e de abastecemento. As porcións de terra pública asignadas aos soldados na República eran a miúdo tan pequenas como para suxerir que a produción de calquera ben 'tipo horto intensivo' fora prevista; consecuentemente os militares veteranos construían a súa casa, conforme a estes condicionantes espaciais e de tradición agrícola<sup>8</sup>.

Naturalmente, a diferenza entre a *urbs* e o medio (*ager*) atenuouse co tempo. Como moito desde o século IV a. C., mesmo na mesma Roma, o límite sagrado xa non delimitaba unha oposición entre campo e cidade, pois os chamados muros servianos abarcaban novos barrios máis alá do *pomerium*; e aínda que este límite sagrado se foi ampliando aquí e alá, non o fixo ao mesmo tempo que a área de asentamento. Xa a mediados da época republicana, Roma quedou constituída por unha comunidade cidadá cuxos membros habitaban e cultivaban un territorio determinado. Non había separación entre unha poboación dominante da cidade e unha man de obra agraria dependente; e ao igual que en Grecia, a distribución dos cidadáns en grupos políticos (tribus) alcanzaba tanto ao campo como á cidade.

## 2 O modelo cosano

No ano 273 a. C. fúndase a colonia latina de Cosa —a decimoquinta desde a creación de Cales—. A política colonizadora promovida polos romanos, polos seus efectos integradores e harmónicos non tivo precedentes no mundo antigo. Antes de que o territorio e a cidade estean listos para recibir aos seus habitantes, un triunvirato de comisionados e o seu equipo de técnicos coidadosamente delimitan e distribúen os espazos públicos e privados, ademais de asegurar a construción dos depósitos de auga necesarios para o subministro da poboación e dos campos. Cada colono (en tanto a súa función principal é a de cultivar) recibe unha casa e un lote de terra para dedicalo á agricultura, e probablemente gando para pastar. E é que este réxime agrario resulta esencial, non só para a economía da colonia, senón tamén para o benestar da federación no marco da República romana. As vivendas dentro das murallas son parceladas: 300 lotes de 2.955 pés cadrados, isto é, 275 metros cadrados cada un, onde construír unha casa con horto<sup>9</sup>.

As parcelas urbanas orixinais, delimitadas polas casas construídas sobre elas, son tiras estreitas que abarcan o ancho de cada bloque, de rúa a rúa, e orientadas do sureste ao noroeste. Cada unha delas está dividida máis ou menos por igual entre a vivenda e o horto. Por razóns de luz, temperatura e hixiene, a vivenda ocupa a metade sureste máis arriba da parcela: Recibe o máximo de luz, á par que é tépeda no inverno e fresca no verán; igualmente ten unha drenaxe natural cara o horto sito na parte inferior. Polo tanto, a metade superior da parcela dispónse en terraza por un muro de retención ata a altura da rúa de arriba, mentres que o horto está rudamente cortado ao nivel da rúa de abaixo. Debaixo da terraza e dentro dos alicerces de cada vivenda constrúese unha cisterna para o almacenamento da auga de chuvia recollida dos tellados e o seu pozo negro para as augas residuais do fogar.

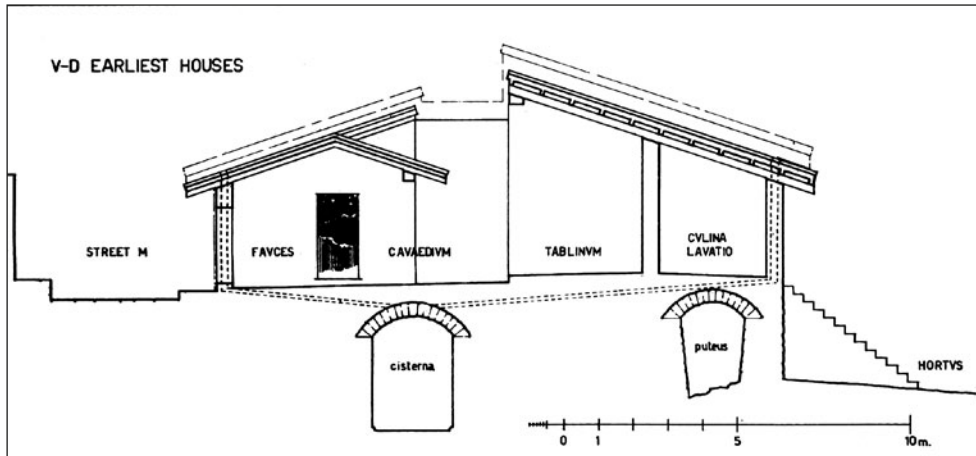
Os planos proven unha casa sólida para unha única familia cun espazo aberto, un salón-comedor, cociña, baño e dous ou tres dormitorios. Unha habitación pode engadirse como

7 DE MARTINO, F., *Historia económica de la Roma antigua I*, Madrid 1985, pp. 25-64.

8 PURCELL, N., "The roman garden as a domestic building", *Roman domestic buildings*, Exeter 1996, p. 122.

9 BROWN, F.E., *Cosa. The making of a roman town*, Michigan 1980, pp. 1-30; 64-68.

corte; un pequeno pórtico para ensombrecer parte do patio, a cociña ou o baño, podía expandirse na habitación adxacente. Pero as funcións fixas e o espazo permanecen inmutables. Os patios interiores deséñanse, non con propósito de recoller auga, senón para a luz. A auga de chuvia caída sobre os tellados é conducida polos beirados cara o chan mediante canlóns sobre o portal, descargando debaixo en cuncas ou mediante condutos verticais, que abocan a unha cisterna.



Na esquina V-D, unha sección dunha das casas máis antigas (BROWN, *Cosa cit.*, p. 129)

O inevitable empobrecemento dalgúns cidadáns e o enriquecemento doutros, e a extinción e proliferación de familias provoca que algunhas casas e os seus hortos se modifiquen, e que outras cambien de mans no s. II a. C., probablemente en conxunción coa chegada de novos colonos. Isto, indubidablemente, agrava a falta de espazo axeitado para edificios dentro do apertado perímetro amurallado. Aproximadamente nesta época, os propietarios dalgunhas casas abandonan os seus hortos, construíndo neles vivendas. Estas parcelas son aparentemente usadas por membros das súas aumentadas familias, comunicando as novas casas coas antigas aproveitando as escaleiras que antigamente conducían aos hortos. As novas casas, construídas na metade inferior da orixinaria parcela, dan ao noroeste, o que cambia radicalmente a orientación respecto á ordenación do plano orixinal. Unha xeración máis tarde, ou mesmo despois, outras casas lindantes entre si, fan habitacións; a necesidade de espazo para vivir lévaos a sacrificar unha parte dos seus hortos. Así, o propietario de cada casa move a súa cociña, baño e despensa cara a parte posterior, enriba do pozo negro, e converte as antigas facilidades noutros usos. Unha das adicións que se incorporan é un soto ao nivel do xardín, quedando o teito daquel á altura do resto da vivenda.

Agora ben, unha vez máis os cambios que se producen a finais do s. II, principios do I a. C., implican novas remodelacións. A casa divídese en tres unidades funcionais. A primeira pode ser chamada 'unidade de representación', consistente nunha imponente entrada desde a rúa e un patio aberto cara unha ampla exedra (recibidor), flanqueada por unha sala de recepción máis íntima e pechada; o devandito portal é retranqueado e fixado con bancos. Ao lado, o vestíbulo interior serve de aloxamento ao porteiro. Un gran portal desde o patio conduce á segunda unidade, que pola súa función se denomina 'unidade doméstica', e que comprende un patio interior con fonte-cisterna, unha cociña, despensa e baño. A terceira

unidade está composta por un gran espazo cuberto co seu propio portal á rúa —probablemente unha corte ou tenda— e, detrás del, outro espazoso patio.

### 3 A cidade de roma e a urbanización itálica

A cidade de Roma no s. II a. C. dá o paso decisivo para converterse en gran cidade, e así por exemplo, se pavimentan as rúas; pero tamén xorden os correspondentes problemas de vivenda e abastecemento, entre eles a necesidade de construír sistematicamente de forma vertical. As construcións públicas en tempos dos Gracos realizáanse para o abastecemento da poboación urbana, e así se constitúen *horrea*; estas máis tarde, con Sila, Pompeyo e César, serven fundamentalmente como medio de propaganda política<sup>10</sup>. Co substrato urbano e agrario da cultura romana, despois das guerras contra Mitridates, por influencia oriental, comeza a propagarse o gusto polos parques e xardíns<sup>11</sup>. E a palabra *hortus* tornárase equívoca, empregada tanto no seu sentido tradicional como para designar o espazo urbano destinado a plantas ornamentais. As referencias máis antigas sobre ‘os hortos de pracer’ en Roma veñen dadas polos filohelénicos P. Cornelio Escipión Emiliano Africano ‘o menor’ e Décimo Xuño Bruto Augur a finais do século II a. C. E así, a aristocracia romana, comprometida coas súas tradicións republicanas só construír os seus pazos no centro da cidade. Outra acepción de *horti* nesta época identifícaos con suntuosas vilas de recreo de vexetación abundante, xa na cidade, xa no campo. Fórmase así un barrio xunto ao Tíber, apartado do trazado caótico e amoreado da cidade, e cuxa alta densidade de vilas urbanas privadas lle confire un valor habitacional especial<sup>12</sup>. Os *horti*, como as vilas, proverán dun pretexto moral cómodo para os seus propietarios; eles, como expresa Laurence, viven como deuses —non nun pazo— senón en arboredos sagrados, con covas artificiais, ninfas, fontes, céspede, grupos de árbores, ..., lonxe do foro, pero non demasiado lonxe. Estas vilas, pois, son auténticos monumentos urbanos.

En consecuencia, este simbiótico desenvolvemento das zonas verdes (xardíns, pazos, hortos e suburbanos) favorece a baixa densidade urbanística, e leva a Laurence a reconsiderar a tradicional imaxe da Roma antiga como unha metrópole poboacionalmente saturada<sup>13</sup>. O ideal cosmopolita, querido na reflexión dos cínicos e dos estoicos, indubidablemente reflicte unha época na que os procesos de integración étnica son unha manifestación peculiar da civilización helenística. Porén, aínda no s. II a. C., persiste esa concepción tradicional da cidade que propicia o rexeitamento ás fusiões étnicas<sup>14</sup>.

10 KOLB, F., *La ciudad en la Antigüedad cit.*, p. 156-158.

11 PLU. Luc. 39. LAFAYE, G., *Daremborg-Saglio III*, 1 (París, 1900), p. 277. Moi ilustrativa ao respecto é a publicación *Horti romani. Atti do convegno, Roma 4-6 maggio 1995*, Roma, 1998, pp. 1-250. GRIMAL, P., *Rome et l'amour. Des femmes, des jardins, da sagesse*, París, 2007, pp. 511-597.

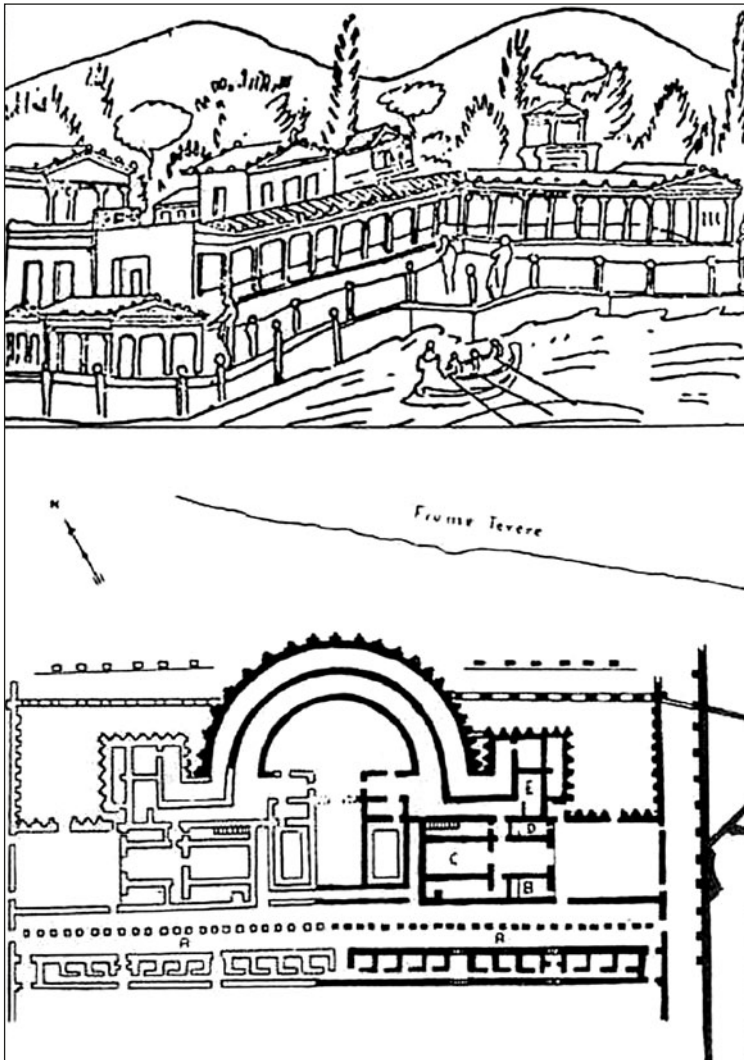
12 BELFIORE, E., “Il verde storico nella costruzione della forma urbana: permanente e declino” *Roma. Il verde e la città: giardini e suazi verdi nella costruzione Della forma urbana*, Roma, 2002, pp. 193-220.

13 LAURENCE, R., “Writing the roman metropolis”, *Roman urbanism. Beyond the consumer city*, London-New York, 1997, p. 4.

14 PRONTERA, F., *Visión da grande ville cit.*, p. 26. A afirmación de que todos os homes en canto tales son, ou deberían ser cidadáns dun mesmo mundo (Zenón) redimensiona a tradicional separación entre cidade e pobos diversos, pero non autoriza a reter que a condición dunha megalópole, coa súa poboación multiétnica, puidese constituír o exemplo positivo deste ideal.







Alzado e plano dunha vila marítima (BELFIORE, E., *Il verde storico cit.*, p. 193).

No sistema instaurado por Roma establécese unha xerarquía de cidades fundada no estatus dos habitantes, e non no tamaño do emprazamento<sup>15</sup>. Nesta liña, os romanos crearon e desenvolveron ao longo dos séculos unha rede formal de cohesión dos vastos territorios do Imperio; e iso pode servir de reflexión para o s. XXI, cando a idea de rede —conxunto de nodos interconectados por fluxos— parece presentarse como un concepto novidoso<sup>16</sup>.

15 GROS, P., “La construction d’un espace méditerranéen et les premières mégapoles (VIIIe siècle av. J.-C.-VIIe siècle ap. J.-C.)”, *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, pp. 65-80. “Do arcaísmo grego ata o fin do Imperio romano, a megalópole en tanto forma extrema de aglomeración urbana non foi obxecto de ningunha análise particular no mundo clásico. A noción de megalópole, coa súa lóxica propia, non é soamente estraña ao pensamento político grego, senón á mesma noción de pole” (desde o punto de vista económico, político, estético...). A concepción romana do recinto amurallado e as esixencias do Dereito augural, así como as fundacións coloniais, exclúen por principio a idea mesma de megalópole.

16 PRECEDO LEDO, A., “La ciudad en el territorio: Nuevas redes, nuevas realidades”, *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León, 2003, p. 15.

Xa no s. I a. C. Vitrubio, na súa obra sobre “a Arquitectura”, vertebrou o labor edilicio en diversas áreas:

“A construción divídese en dúas: a edificación de murallas e obras públicas, e a outra a dos particulares. Os edificios públicos divídense en tres clases; unha pertence á defensa, outra á relixión, e outra á comodidade. Para a defensa son os muros, torres e portas; inventado todo para rexeitar en todos os tempos as invasións dos inimigos. Á relixión pertence a erección de Templos e edificios sagrados aos deuses inmortais: e á comodidade, a situación dos lugares de uso público, como portos, prazas, pórticos, baños, teatros, paseos e outros semellantes, que pola mesma razón se colocan en paraxes públicas”<sup>17</sup>.

Nesta centuria os alicientes e as comodidades da vida cidadá contrastan coas do agricultor no campo; de aí, a crecente diáspora da poboación rural. A poboación de Roma ronda entre os 600.000-700.000 habitantes; de 800.000-1.200.000 habitantes no Alto Imperio<sup>18</sup>. Quizais sexa, pois, esta concentración poboacional (a cidade supera as murallas) a que motiva a organización augustea de Roma en catorce rexións, subdivididas en barrios menores (*vici*), para facilitar a súa administración, e que se reflicte nos arrabaldes (*continentia*), cun dobre resultado. Dunha parte, afecta aos arrabalces mesmos, e, doutra, actúa sobre a zona dos mil pasos. Pouco queda fóra da cidade dos antigos asentamentos, dado que non existen vastos barrios nas aforas habitados por unha poboación numerosa, senón só certo número de edificios para vivendas<sup>19</sup>. En varios aspectos Augusto conecta con César, mesmo no seu intento de sanear a cidade; ademais, institúe unha tropa de *vigiles*; converte o mármore en material habitual para a construción de edificios públicos, fai novas canalizacións de auga, regula o curso do Tíber para atender ao aprovisionamento da auga, crea varios servizos administrativos para a conservación de edificios e lugares públicos, de cloacas, etc., e preocúpase pola hixiene pública e as posibilidades de formación e pasatempo. Malia todos estes esforzos urbanísticos, o crecemento tumultuoso e caótico da cidade impacta fortemente aos visitantes<sup>20</sup>. As *domi* e as vilas atópanse nos cumes das colinas, de clima máis san, sobre todo no Celio e o Esquilino. As construcións para vivenda da masa de poboación son quinteiros de casas de varias alturas<sup>21</sup>; sen dúbida contribuiu a este desenvolvemento a especulación do solo evidentemente activa en Roma.

17 VITR. 1, 3, 22.

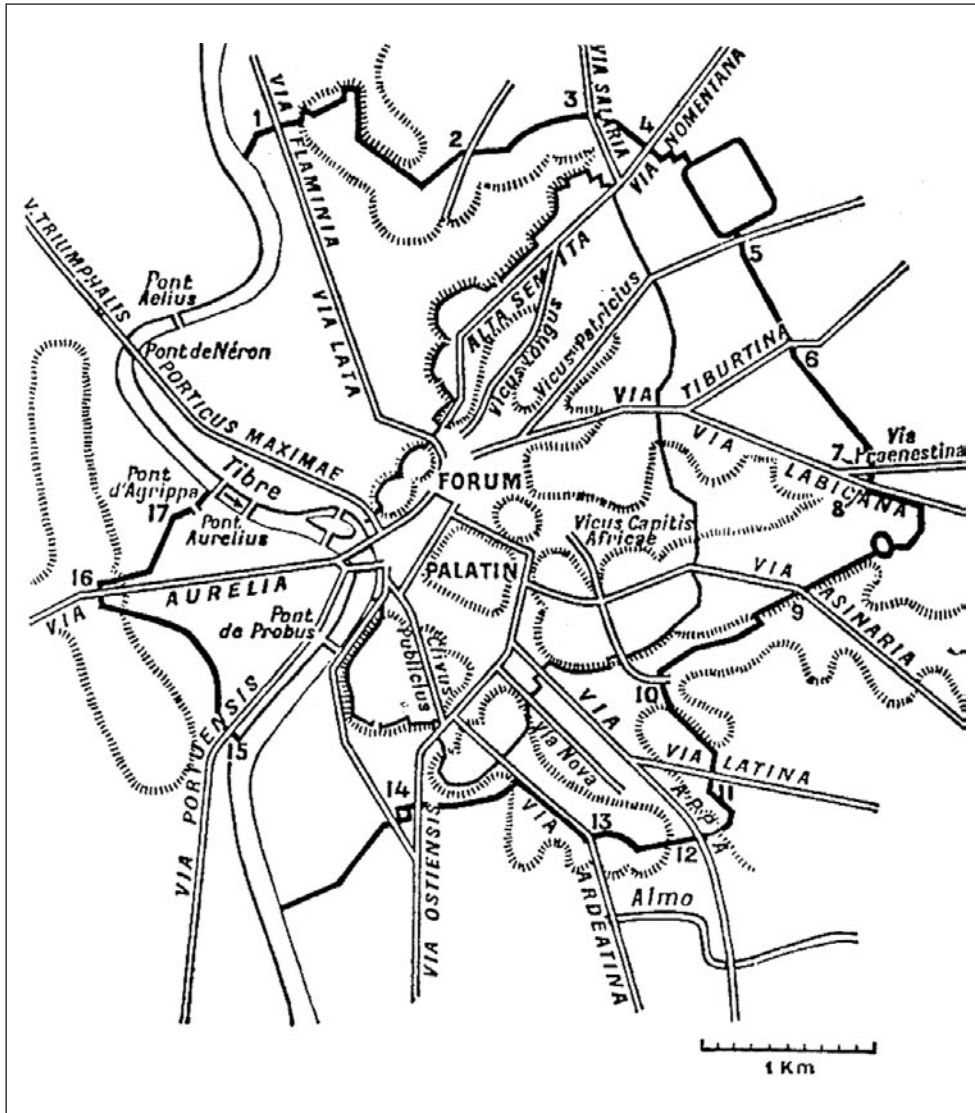
18 NICOLET, CL., “Rome, ou la victoire du temps”, *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, p. 280. Tamén ao respecto, COARELLI, E., “Roma, la città come cosmo”, *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, pp. 288-310; LO CASCIÒ, E., “Registrazioni di tipo censuale e stime Della popolazione delle Mégapoles nell’antichità: Il caso di Roma imperiale”, *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, pp. 628-659.

19 HOMO, L., *La Roma imperial y el urbanismo de la Antigüedad*, México, 1956, pp. 81-82; 85. KOLB, F., *La ciudad en la Antigüedad cit.*, p. 161, xa a finais da República eran as *insulae* obxecto de investimento lucrativo e na súa maior parte se atopaban en mans da aristocracia senatorial e dos cabaleiros, que para a explotación destes inmobles se servían sobre todo de intermediarios, en xeral escravos ou libertos.

20 Dionisio de Halicarnaso, *Ant. Rom.* 4, 13, 4 e Estrabón, *Geogr.* 5, 3, 7.

21 KOLB, F., *La ciudad en la Antigüedad cit.*, pp. 160; 162, refire que Augusto cifrou en 70 pés romanos (uns 18 ou 20,7 m.) a altura máxima das fachadas das rúas, e Traxano en 60 no s. II d. C. As rúas tiñan unha anchura media de 4,5 a 5 m, que só no caso das arterias principais chegaba de 6,5 a 7 m.





Rede de rúas da Roma imperial (NICOLET,CL., "Rome, ou la victoire du temps", *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, p. 285).

Outro fito a destacar no planeamento de Roma é realizado polos arquitectos de Nerón. Tras o grande incendio de Roma no ano 64 d. C., confiscase unha gran parte da superficie que ardeu; a súa finalidade é a construción da *Domus Aurea*, e a creación dun novo tipo de barrio residencial, menos susceptible de arder e que, por iso, precisa máis espazo. É o único intento sistemático de importar en Roma unha planificación urbana moderna, habitual xa había tempo noutras cidades do Imperio. O barrio de Nerón presenta rúas rectas, amplas e con columnatas, un mellor abastecemento de augas e unha altura reducida dos edificios. As casas teñen muros exteriores separados e os pisos baixos constrúense só con materiais resistentes ao lume. As medidas supoñen unha maior seguridade e comodidade na vivenda.



Neste período o consumo desmedido de auga requirido polos espazos verdes urbanos é un efecto negativo máis do luxo. Frontino, na súa obra sobre os acuedutos, advirte que descubriu campos empapados de auga e cabanas (*tabernæ*), mesmo cenáculos; en fin, toda clase de lupanares provistos de fontes que manan sen cesar<sup>22</sup>; de aí, a oportunidade de dotar de políticas imperiais de aprovisionamento hídrico na Roma imperial percíbese claramente a disposición espacial dalgúns dos grandes xardíns (*horti*) e dos pequenos hortos sitos na *collis hortulorum*<sup>23</sup>.

A tradición dos Foros imperiais é continuada polos Flavios. No s. II d. C. na colina do Palatino vai desenvolvéndose unha nova forma arquitectónica (mansión do soberano de Roma). Os Flavios, con efectos propagandísticos, destrúen todo o conxunto da *Domus Aurea*, e ofrecen, no seu lugar, edificios accesibles ao público: o Coliseo e as Termas de Tito. Xa Domiciano crea o primeiro pazo auténtico no sentido en que agora o entendemos, cunha fachada en forma de templo, unha sala de audiencia e para xuízos, e un salón do trono, en cuxa ábsida recibía o Emperador.

Ao chegar ao s. III d. C. si se visualiza claramente o progresivo despoboamento do campo, coa disgregación do modelo produtivo-habitacional da vila, que tamén afecta aos fundos suburbanos, aínda que de forma desigual segundo as zonas xeográficas<sup>24</sup>. E no s. IV d. C., Roma pasa de ser unha cidade de edificios para o culto pagán a unha cidade da Igrexa<sup>25</sup>. En teoría a organización e conservación dos edificios en Roma sobrevive as guerras góticas e a conquista bizantina no s. VI d. C.<sup>26</sup>; Procopio conta respecto ao asedio de Roma no 537 d. C. que os esforzos de preservación dos templos pagáns non foron vans<sup>27</sup>. Roma afundiuse finalmente ao nivel dunha cidade de provincias, o que se percibe nas actuacións urbanísticas que se realizan, e é que o Imperio no 565 d. C. ten outras grandes cidades: Cartago, Rávena, Roma, Nápoles, Siracusa, Tesalónica, Atenas, Éfeso, Nicæa, Cherson, Trebizond, Ankara, Cesárea, Melitene, Seleucia, Antioquía, Emesa, Damasco, Jerusalén e Alexandría<sup>28</sup>.

A situación mellórase sensiblemente cos ostrogodos polo considerable interese nos edificios cidadáns: pagos dentro dun fondo xeral de restauración (principalmente das *arca vinaria*<sup>29</sup>), produción de ladrillos, lousas, e morteiro para a reparación de edificios públicos, e unha concesión especial para a restauración de edificios. Pero mesmo nestes anos non hai novos edificios, e a restauración limítase aos edificios importantes nas áreas centrais. Nunha carta Casiodoro escribe que no 510/511 d. C. Teodorico ordena protexer os templos e outros edi-

22 FRONTIN. aq. 76, 2; 75, 3. BRUUN, C., "Il funzionamento degli acquedotti romani", *Roma Imperiale. Unha metropoli antica*, Roma, 2002, pp. 161-162.

23 LUGLI, G., *Forma urbis romae imperatorum temporibus*, Roma, 1993.

24 DI GENNARO, F., DELL'ERA, F., "Dati archeologici di età tardoantica dal territorio dell'insula *inter duo flumina*", *Suburbium: il suburbio di Roma dalla crisi dosistema delle ville a Gregorio Magno*, Rome, 2003, p. 119; DI GENNARO, F., GRIESBACH, J., "Le sepolture all'interno delle ville con particolare riferimento al territorio di Roma", *Suburbium cit.*, pp. 23 ss.

25 KOLB, F., *La ciudad en la Antigüedad cit.*, p. 169.

26 WARD-PERKINS, B., *From classical Antiquity to the Middle ages. Urban public buiding in northern and central Italy ad 300-850*, Oxford, 1984, pp. 37-46; 89.

27 Procop. De Biso Gothico I, 25, 18-25. Igualmente respecto a este ánimo de conservación, véxase a Nov. Constitución 1, 25 (554), e na reedificación da Ponte Salaria no 565, despois dos danos das guerras (CIL VI, 1199 = ILS 832).

28 WARD-PERKINS, B., *From classical Antiquity cit.*, p. 48, señala que desde mediados dos. V y durante el s. VI d.C. los tradicionales edificios profanos están ya en ruinas en Italia. Los edificios públicos que han sobrevivido están concentrados fundamentalmente en los esenciales, principalmente murallas cidadás y son llevados a cabo principalmente a través de los servicios de trabajo bajo el control dogobierno central y de sus agentes locales (los gobernadores). El patronazgo constructivo tradicional, local y privado ha muerto efectivamente.

29 Anon. Vales. 67 establece que 200 monedas dofondo de vino se destinen á reparación dopalacio y la restauración de los edificios públicos da cidade de Roma.

ficios públicos da expoliación, malia o bronce e o chumbo que conteñen<sup>30</sup>. O rei ostrogodo Teodorico destaca pola súa política edilicia<sup>31</sup>; el constrúe ou repara en Rávena, Pavia e Verona, non só as murallas, senón tamén as antigas estruturas públicas, tales como pórticos, acuedutos, baños e anfiteatros, e con iso pretende conferir lexitimidade ao seu goberno. Ao final do período ostrogodo Procopio visita Roma, e queda sorprendido do grao de conservación de certos monumentos, aínda que tamén refire que as estrugas crecen nos edificios arruinados por toda a cidade<sup>32</sup>. O seu desexo de asociarse co glorioso pasado de Roma chega mesmo aos métodos construtivos; deste modo ordena que os antigos materiais sexan restaurados, e as novas obras deben imitar o traballo dos antigos<sup>33</sup>. A reutilización de antigas pedras<sup>34</sup>, segundo La Rocca, parece atribuírse, non a problemas económicos, ou incapacidade para obter novas, senón á continua chamada á antiga tradición<sup>35</sup>. Respecto aos baños, que gozaran de grande importancia na antiga sociedade romana, como instalacións para o pracer, o cristianismo dótao de novas funcións<sup>36</sup>.

## 4 O modelo ostiense

Para explicar este modelo céntrome novamente na época imperial. Tal e como se reflicte nos escritos de Marcial, Xuvenal e nos textos dos xuristas clásicos conservados nos *Digesta* de Xustiniano, a vivenda romana ten pouco en común coa casa pompeiana; porén esta última amósase nos nosos días como o prototipo de casa romana. Evidentemente Ostia non é outra Pompeia. Son dúas cidades radicalmente diferentes en historia e en carácter.

Polo que se refire a Pompeia, esta tivera unha longa vida antes de sentir o impacto de Roma. No s. VI a. C. brevemente estivo dentro da órbita etrusca, e cando o poder de Etruria se estendeu a Campania, a súa influencia non foi nin profunda nin duradeira. A súa temperá construción está conectada coas culturas samnitas e grega. A invasión samnita, a finais do s. V a. C., ou principios do s. IV a. C., aportou o elemento dominante na súa poboación; as colonias gregas tamén imprimiron o seu carácter nas construcións. Así, os seus edificios tiñan un compoñente nativo itálico e elementos gregos, e a romanización posterior á guerra social non supuxo cambios substanciais<sup>37</sup>.

Respecto a Ostia, primeiramente polas súas salinas, e, xa desde a República, como porto natural da cidade de Roma, vai adquirindo unha importancia crecente co paso do tempo. A nivel edilicio, as escavacións arqueolóxicas demostran que Ostia, en época republicana, e a principios do Imperio, é en certo modo similar a Pompeia: conservada tal como estaba

30 Theodor., *Variae* III, 31.

31 Anon. Vales. 70-71: "*Amator fabricarum et restaurator civium*".

32 Procop. De Biso Gothico, IV, 22,5-6; III,17,13.

33 Cassiodorus, *Variae* 7,5,5.

34 Cuenta Casiodoro que cuando Teodorico autoriza aos habitantes de Catania construción das murallas de su cidade con piedras provenientes do antigo anfiteatro, la razón que él da es que las ciudades no deben exhibir máis sus vergonzosas ruinas y que las nuevas murallas deben dar nueva dignidad a lo que no da ningún beneficio (Cassiodorus, *Variae* 3,49,3).

35 LA ROCCA, C., "Public building and urban change in northern Italy in the early mediaeval period", *The city in late antiquity*, London-New York 1992, p. 166.

36 WARD-PERKINS, B., *From classical Antiquity cit.*, pp. 126-144, destaca que para os Pais da Igrexa só hai un motivo para a construción dos baños, a hixiene. Non este, en determinados círculos, florece a idea ascética da auga só para beber ou para o baño básico; no oeste non só se permite isto senón que se concibe para as grandes festas da igrexa como ritual; baños para os bispos e os cregos, e baños para os pobres. Os ostrogodos reparan o acueduto de Rávena, Verona e Parma, entre outros.

37 MEIGGS, R., *Roman Ostia*, Oxford, 1985, pp. 11-12.



no 79 d. C. cando se produce a erupción do Vesubio: casas de planta baixa, con peristilo, e/ou horto.

A diferenza de Roma, Pompeia ou Herculano, a cidade de Ostia representa un modelo de cidade. O seu planeamento busca rematar coa conxestión cidadá e a ameaza de incendios e derrubamentos de edificios. Tamén se observa, despois do s. I d. C., a ausencia de mansións privadas, o que parece suxerir que os comerciantes ricos e os magnates mercantís prefiren residir en Roma ou nas vilas costeiras diseminadas ao longo do litoral latino, deixando a xestión dos seus negocios confiada a libertos. Mesmo os apartamentos de clase alta son modestos<sup>38</sup>. Porén, a paisaxe urbana preservada en Ostia data a partir do s. II d. C., e responde á filosofía arquitectónica da *nova urbs* impulsada por Nerón na cidade de Roma, tras o grande incendio do 64 d. C.: Tanto Roma como Ostia teñen as mesmas necesidades de expansión vertical. Xa Cicerón fixo uso da palabra '*insula*', como contraposición a '*domus*', significando con elas dous estilos de vida: a *insula* é un bloque ancho e normalmente alto, dividido en apartamentos separados, que poden ser individualmente alugados, e usualmente provistos de balcóns e tabernas a nivel da rúa (deste modo cada unha das máis grandes *insulae* en Ostia acomodan certamente máis de cen inquilinos); pola contra, a *domus* é unha casa deseñada na súa orixe para unha única familia. Agora ben, respecto ao modelo de *insula* aprécianse algunhas variantes nos estudos arqueolóxicos. Así, moitos dos quinteiros de edificios en Ostia están divididos en apartamentos claramente diferenciados, con algúns dos servizos comúns, como a cisterna, as latrinas ou os xardíns. Nesta liña, as chamadas '*casas-xardín*' dispoñen de dous grandes bloques de apartamentos entre os *horti*<sup>39</sup>.

Clarke explica que a Casa das Musas ten unha saída a estes *horti*. Ambos os dous complexos edilicios proxéctanse como construcións de luxo, polo que o destino desta zona verde sería máis de lecer que de consumo<sup>40</sup>. Actualmente a este tipo de 'verde' coñéceselle como "xardíns en condominio", e ten un certo desenvolvemento dada a súa configuración de valor osixenante da urbe<sup>41</sup>. Aínda que o patio da 'Casa de Diana' e o da 'Casa dos *Triclinia*' son esenciais para dar luminosidade aos edificios en que se atopan, no primeiro a súa colocación é meramente utilitaria, e no segundo dá un aire aristocrático ao edificio; este ten a aparencia dun peristilo, e dado o desaproveitamento do espazo, viría acompañada de altas rendas.

Aínda en época flavia se constrúen casas privadas con atrio. Mesmo no Baixo Imperio a área central adoita estar pavimentada con mosaicos ou deixada como horto. Unha última referencia a Ostia vai ligada ao horto suburbano. A parte noroeste do plano da cidade (illa norte do río) e a parte sur é comparativamente terra de boa agricultura, proverbial pola súa fertilidade, mesmo en época postclásica. A terra é a máis apropiada para a produción de vexetais e hortalizas e froitas; o seu destino é o mercado local e Roma, o que representa probablemente a forma máis lucrativa da agricultura ostiense. Porén, tal horticultura de mercado non promove o crecemento de grandes propiedades, preservándose o modelo de pequenas posesións, con traballadores que na súa maioría viven na cidade e saen diariamente ás súas tarefas agrícolas<sup>42</sup>.

38 MCKAY, A.G., *Houses, villas, and palaces in the roman world*, Ithaca-New York, 1998, pp. 92-99.

39 MEIGGS, R., *Roman Ostia cit.*, pp. 1-15; 240; 237; 253.

40 CLARKE, J.R., *The houses of roman Italy, 100 B.C.-A.D. 250. Ritual, space, and decoration*, California, 1991, p. 270.

41 ALLODI, M.-SNIDER, V., *Dal giardino dell'Eden al verde della metropoli. Dal giardino di ieri al ruolo doverde nelle città di oggi*, Milano, 1992, p. 58.

42 MEIGGS, R., *Roman Ostia cit.*, pp. 243; 253; 262-263.

## 5 As provincias

Fóra da península itálica evolucionábase cara un modelo de grandes *poleis*, en prexuízo das numerosas *poleis* menores e dos seus asentamentos rurais. Para o Oriente grego a romanización supón a expansión da súa poboación e da área do seu asentamento, así como a elevación do nivel de vida: construcións monumentais e de utilidade pública orientadas á salubridade, abastecemento, vida social e formación. Así mesmo, no transcurso da época imperial as provincias occidentais do Imperio contan cunha rede de asentamentos. Sorprendentemente as concentracións humanas máis grandes en Occidente hai que buscalas entre os conxuntos inorgánicos e espontáneos de barracas (*canabae*) que se establecen nas fronteiras do Rin e do Danubio, como mercados fixos e importantes, inmediatamente próximas aos campamentos permanentes de lexionarios; nunca chegan a ser cidades, nin sequera *vici*, pero, escapando a todas as definicións de *urbanitas*, están dotadas de importantes infraestruturas. En Oriente si é doado atopar grandes cidades; mesmo se atopan no norte de África en época dos Severos<sup>43</sup>.

Pero xa desde a metade do s. III d. C. aparecen os primeiros indicios de problemas económicos, con fenómenos habituais en case todo o Imperio: forte diminución das inscricións, reciclaxe de materiais antigos (*spolia*), desaparición das antigas familias aristocráticas, abandono de edificios públicos, falta de donativos para actividades everxéticas da aristocracia cidadá, perda do significado ideolóxico dos edificios públicos. Pola contra esta aristocracia dedica eses recursos económicos á construción de fastosas vilas ou no embelecemento de edificios eclesiásticos. As necesidades de defensa animan aos emperadores á construción de murallas, cuxa falta é un signo de decadencia ou de anomalía; e principalmente as cidades fortificadas son as que sobreviviron. Durante os s. III e IV d. C. o territorio romano desmembrábase considerablemente, perdendo a súa cohesión, á par que —entre outras consideracións— decae a vida municipal, poténcianse as vilas e aumentan os *agri deserti*. Desde a segunda metade do s. III d. C., moitas das provincias do Oeste amosan unha caída nos niveis de ocupación rural, e en xeral o Imperio romano sofre diminucións de poboación, mesmo desaparición dalgúns cidades pola redución das rutas dos mercados internacionais. A maioría da poboación vive en territorios rurais arredor de centros urbanos fronte á pulsión que supoñen as grandes propiedades fundiarias coas súas vilas<sup>44</sup>. Con todo, moitas cidades do norte de África conservan o seu esplendor.

Xa desde o s. V d. C. tanto no Leste como no Oeste do Imperio son destacables os edificios da Igrexa. A arte bizantina é funcional, sendo principalmente relixiosa; segundo Grant é un medio moi efectivo de delinear as relacións entre Deus, o Emperador e a humanidade; noutras palabras, a principal arte no Imperio é relixiosa. E esta arte exprésase particularmente na creación de Igrexas, que seguen fundamentalmente o modelo das antigas mercado-basílicas<sup>45</sup>. Todas as cidades dispoñen de impresionantes fortificacións, e no caso de Xustiniana Prima e Nicopole constrúense ex novo en lugares provistos de defensas naturais. Porén ningunha destas novas fundacións ten unha planificada cuadrícula urbana de rúas ou *insulae* regulares.

43 GROS, P., "La construction d'un espace méditerranéen et les premières mégapoles (VIIe siècle av. J.-C.-VIe siècle ap. J.-C.)", *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, p. 77.

44 WHITTAKER, C.R.-GARNSEY, P., "Rural life in the later roman empire (cap. 9)", *The Cambridge ancient history*, 13 (1998) pp. 277-311. GARCÍA MAC GAW, C.G., "La ciudad-estado y las relaciones de producción esclavista en el imperio Romano", *La ciudad en el Mediterráneo Antiguo*, Buenos Aires, 2007, pp. 87-124.

45 GRANT, M., *From Rome to Byzantium: The fifth century A.D.*, London, 1998, pp. 81-82.

## 6 Constantinopla: unha fundación infraplanificada urbanisticamente

O proxecto político de Constantino ten unha dimensión cronolóxica marcada por dous intervalos -o primeiro abrangue desde o acto da *consecratio* ata o 11 de maio do 330 (data da *dedicatio*), e o segundo, desde a devandita data ata o 337, ano da súa morte (os privilexios desta cidade veñen xa implícitos, tanto no feito de honrar nominalmente ao Emperador, como, principalmente, na súa vontade —por razóns estratéxicas<sup>46</sup>— de residir alí). O nacemento desta cidade perturba un equilibrio anterior, e o seu desenvolvemento faise en detrimento de cidades máis modestas e dunha rede urbana preexistente<sup>47</sup>. Constantino prevé unha capital de 100.000 a 150.000 habitantes no territorio comprendido dentro das novas murallas (700 hectáreas)<sup>48</sup>. E para conseguir este obxectivo, incentiva con diversas medidas a chegada masiva de emigrantes e de parte da aristocracia romana<sup>49</sup>; o Emperador, pois, establece as grandes liñas do seu plan e dos principais monumentos<sup>50</sup>, no marco dun fenómeno urbano de amplitude excepcional<sup>51</sup>, pero que algúns ríscan de caótico<sup>52</sup>.

Xa ás alturas do s. V d. C., Constantinopla é un polo case único de mobilidade social no Imperio; desde mediados do s. IV d. C., as medidas de incitación son suspendidas<sup>53</sup>, para tratar de evitar unha nova afluencia de poboación, que compromete perigosamente o equilibrio (esencialmente fiscal) entre Constantinopla e as cidades de provincias. Pero os emperadores non teñen nin iniciativas nin medios para controlar esta evolución demográfica e social da cidade de Constantinopla<sup>54</sup>. Agatías comenta criticamente o urbanismo da cidade que agrava o caos cidadán en caso de catástrofe natural: “En todas partes as casas da cidade están tan xuntas e pegadas unhas a outras que sería moi raro ver algún espazo libre, despegado e sen obstáculo ningún”<sup>55</sup>. Por esta situación, a terra para o cultivo dispónse entre unha fileira defensiva das murallas de Teodosio en Constantinopla e a seguinte<sup>56</sup>; con todo, resulta especialmente difícil nas zonas da cidade densamente edificadas<sup>57</sup>.

46 Zosimo, *Nueva Historia*, II, 30; Zonaras, *Historia*, III, 5. Respecto á súa condición de lugar estratéxico (política e militarmente), cómodo e ben centrado, desde onde gobernar todo o imperio romano, véxase BRÉHIER, L., “Constantin et la fondation de Constantinople”, *Revue historique* 119 (1915) pp. 268-272.

47 DRAGON, E., “Constantinople”, *Mégapoles méditerranéennes. Géographie urbaine rétrospective*, París, 2000, pp. 376-397.

48 DRAGON, E., *Naissance d'une capitale. Constantinople et ses institutions de 330 a 451*, París, 1974, *Constantinople cit.*, p. 524.

49 CTh. 14,13= C.11, 20 (365).

50 DRAGON, E., *Naissance d'une capitale cit.*, p. 33, estima que gran parte das tarefas construtivas se realizan no intervalo que media desde a cerimonia de consagración da cidade, ata o 11 de maio do 330, en que se fai a festa da *dedicatio*.

51 CHASTAGNOL, A., *L'évolution politique, sociale et économique du monde romain de Dioclétien à Julien (284-363)* p. 333.

52 Zosimo, *Nueva Historia*, II, 32.

53 Constantino para refundar a cidade, que ocupará o lugar da antiga Roma (*Roma vetus*), dotaráa non só das prerrogativas propias da capital político-administrativa, senón tamén de medidas incentivadoras para o seu despeque poboacional.

54 DRAGON, G., *Naissance d'une capitale cit.*, pp. 517; 521.

55 Agathias, *Historiae* V, 3, 6. ORTEGA VILLARO, *Agatías, Historias, introd., trad., y notas*, Madrid, 2008.

56 WARD-PERKINS, B., “Constantinople, imperial capital of the fifth and sixth centuries”, *Sedes regiae (ann. 400-800)*, Barcelona, 2000, pp. 63-79, explica que as terras das murallas teñen un dique amplo de auga, xestionada a través da parte superior da cadea amurallada, unha triple liña de murallas de grande altura e un grande espazo pechado de grandes torres dominándoo todo desde arriba. Polo que se refire á presenza destes hortos no interior mesmo das cidades é atestado polas cidades secundarias. MAAS, M., *Age of Justinian*, Cambridge, 2005, p.70, sinala que as hortalizas se producían durante todo o ano, crecendo fundamentalmente nos hortos existentes entre as murallas de Constantino e Teodosio, así como máis alá delas.

57 KODER, J., “Fresh vegetables for the capital”, *Constantinople and its hinterland*, Cambridge, 1995, p. 50.





En termos de poboación Roma albergara en torno a un millón de habitantes, pero o seu número quizais decrece durante o século III e IV d. C., e quizai cae dramaticamente durante o s. V e VI d. C., ata a cifra probable de 100.000 habitantes, no 600 d. C. Doutro lado, Constantinopla en torno ao 500 d. C., alberga unha poboación aproximada de medio millón; pero indubidablemente desde finais do s. V d. C. e durante o s. VI Constantinopla é a máis populosa cidade de todo o mundo romano, e eríxese como a gran capital do Imperio; en contraste, moitos dos centros urbanos sobreviven case como cidades-estado en provincias grazas a grandes mercados ou portos. A riqueza da agricultura e gandería, así como a vida social canalízanse cara a metrópole, nunha sociedade na que o transporte é moi caro. Os programas edilicios requiren de aportacións do Estado bizantino<sup>58</sup>. Agora ben, a nova capital nunca chega a competir con Roma no número e tamaño dos seus edificios<sup>59</sup>.

## 7 A cidade actual paradigma da ausencia da *urbanitas*

Se continuásemos o fío condutor que seguimos coa época romana, observaríamos que as nosas cidades foron, ao longo dos distintos periodos históricos, obxecto dunha transformación continua. Agora ben, o dinámico e convulso s. XX esgotou e quebrou o soño inspirador de aqueles grandes deseños do s. XIX, e como froito complexo diso preséntase a cidade actual.

Ademais, a nosa recente lexislación urbanística agravou os problemas de desorganización do territorio, ao confundir flexibilidade na ordenación con total liberdade da iniciativa privada. De aí que nun intento de reconducir a situación se dite a Lei do Solo 8/2007, de 28 de maio. O obxecto desta lei diríxese tanto ao cumprimento dos deberes constitucionais relacionados co solo en todo o territorio estatal (art. 33, 1-2; 47; 139,1; 148, 1,3º; 149), como a establecer as bases económicas e medioambientais do seu réxime xurídico, a súa valoración e a responsabilidade patrimonial das Administracións públicas na materia; loitando contra a especulación e segundo o principio de desenvolvemento sostible<sup>60</sup>. Esta lei foi derogada polo novo texto refundido, Real Decreto 2/2008, de 20 de xuño, aínda que se manteñen no material as referencias e contidos.

No título deste apartado exprésase a cidade actual como unha ausencia de *urbanitas*, o que non quere dicir que non exista un modelo urbanístico; de tal modelo só esbozarei unha descrición básica conforme a grandes ítems:

### 7.1 Quebra da cidade monocéntrica

A cidade tradicional, compacta e complexa polo seu significado ancestral deixa de ser formal e nodal en pro da pluricentralidade ou difusión da centralidade (cidade difusa; cidade

58 HALDON, J.F., *Byzantium in the seventh century. The transformation of a culture*, Cambridge, 1997, pp. 443-447.

59 WARD-PERKINS, B., *Constantinople cit.*, p. 66.

60 CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J. C., *Ciudad, cambio climático y sostenibilidad*, Sevilla, 2008, pp. 31-33, indican que tras a sentenza do Tribunal Constitucional de 20 marzo 1997 se dita a lei de 13 de abril de 1998 sobre réxime do solo e valoración. A devandita disposición considera o solo como un produto máis sometido ás leis da competencia, convertindo a vivenda en obxecto de especulación. E nesta liña incide o Decreto lei 4/2000, de medidas urxentes no sector inmobiliario e transportes. Máis aínda, en 2001 unha nova sentenza do Tribunal Constitucional, que impactou de cheo na lei de 1998 e forzou a súa notable modificación a través da lei 10/2003, de 20 de maio. Á par, as Comunidades Autónomas procuraban fomentar unha lexislación á altura das responsabilidades asignadas pola sentenza de 1997 do Tribunal Constitucional. Cada unha fíxoo ao seu ritmo e ao seu modo; e no único que coincidiron foi no intento de reducir o histórico protagonismo municipal no quefacer urbanístico.

rede); así, a cidade formal clásica convértese en simple urbanización, en cidade oca de contactos, contido e información diferenciada, e cuxas formas pasan a ter unha función basicamente decorativa. Deste modo un crecemento centrífugo impónse seguindo o modelo funcionalista de ocupación do solo inspirado na Carta de Atenas dos anos 30; tal modelo une unha rixida compartimentación a unha localización segundo a función, por zonas (zoning), que necesita boas conexións de transporte e de comunicación, enerxía ou permeabilidade do contacto 'campo-cidade'<sup>61</sup>. Algúns autores falan do termo 'barrio-cidade', como instrumento moi útil para elevar a calidade de vida destas cidades consolidadas de certo tamaño; con esta figura do que se trata é de establecer áreas operativas cunha poboación comprendida entre 20.000 e 50.000 habitantes, con dotación de equipamentos públicos e espazos libres, e un diámetro que non supere en ningún caso os 2 kilómetros, logrando que o percorrido a pé da distancia máxima dentro de cada barrio-cidade sexa 30 minutos<sup>62</sup>. Así se consegue un aumento de complexidade de pequena escala e unha simplificación de grande escala. Pero cómpre que iso se faga programadamente, planificando as accións e iniciativas que poidan combater os efectos negativos; así por exemplo, introducindo un corrector ecolóxico palíase a insostible dilapidación urbanística das urbanizacións residenciais da periferia, desconxestionando funcionalmente o centro comercial e de negocios, e dotando a ese sector de personalidade funcional propia e de sentido dentro do tecido da cidade<sup>63</sup>.

Este proceso de concentración agudízase na megacidade, na que múltiples elementos engaden complexidade á realidade urbana; en Occidente as megacidades preséntanse planificadas, con graves problemas de tráfico, conxestionadas, opulentas e deshumanizadas, cun crecemento case nulo, mentres que nas cidades do mundo menos desenvolvido son caóticas, amoreadas, insalubres e cheas de necesidades cada día máis incitantes polo constante aumento da poboación que vive nelas<sup>64</sup>.

## 7.2 Decadencia de grandes espazos urbanos no centro das cidades

Aínda que certos criterios de conservación e rehabilitación son xa aplicados tradicionalmente nas cidades históricas, estas requiren do consorcio municipal e empresarial para unha reestruturación que cree vida urbana: xa sexa dotándoas dunha grande accesibilidade de comunicacións e de servizos (oficinas, comercio, actividades lúdicas e ofertas culturais, ...), xa simplemente xerando unha arquitectura excepcional, que rompe as regras do xogo

61 RULLÁN SALAMANCA, O., "Economía y sostenibilidad de las ciudades: entre la desregulación y la planificación", *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León, 2003, p. 162. MELLADO RUIZ, L., "La reordenación territorial del urbanismo desagregado: articulación de las previsiones urbanísticas y territoriales en el ordenamiento andaluz", *El derecho urbanístico del s. XXI. Urbanismo y estado de las autonomías*, Madrid, 2008, pp. 344-389.

62 CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J.C., *Ciudad cit.*, pp. 40, 42-43, indica que "hoxe en día é posible incorporar datos demográficos, imaxes obtidas por satélite e outros parámetros medioambientais para canalizar a expansión urbana dunha localidade ou grupo de localidades cara as zonas máis favorables e evitar as máis desfavorables. Iso pode implicar a necesidade de construír novas infraestruturas para a sostiabilidade na cidade consolidada —sistemas públicos de transporte enerxeticamente eficientes, redes de carrís-bicí, infraestruturas que faciliten o uso de enerxías renovables, criterios de climatización sostible, xestión axeitada dos residuos sólidos urbanos, medidas de aforo de auga, incremento de espazos libres e zonas axardinadas, etc.

63 VILAGRASA IBARZ, J., "Ciudad y sociedad. ¿Relaciones en transformación?", *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León, 2003, p. 331; RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, p. 165; SÁINZ GUERRA, J. L., "La remodelación de la ciudad europea", *La remodelación de la ciudad europea*, Valladolid, 2007, p. 21.

64 LÁZARO Y TORRES, M. L.-GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M.J.-IZQUIERDO ÁLVAREZ, S., "Reflexiones sobre la terminología para designar a las ciudades que encabezan la jerarquía mundial", *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León, 2003, pp. 64-70.

urbanístico, aumentando a rendibilidade; ou creando 'parques temáticos'<sup>65</sup>. Porén unha museización dos cascos históricos leva consigo certos efectos contraproducentes, que ás veces tamén se exportan aos espazos rurais, transformándoos en paisaxes fixos e inertes, que como expresa Hernández Ramírez, 'están obrigados a parecerse ao que se cre que foron'<sup>66</sup>. Outra práctica que vitalizaría os centros das cidades sería unha promoción do aluguer de vivendas<sup>67</sup>.

### 7.3 Predeominio de intereses empresariais no desenvolvemento urbano

Fronte a unha planificación urbana e rexional deféndese o avance da empresa sobre a administración (Privatizacións, externalización de servizos, concesións, creación de empresas públicas, etc.)<sup>68</sup>. Os grandes grupos de investimento buscan rendibilidade económica e financeira nos valores urbanos; e para iso, coa complicidade dos concellos, cambian os plans urbanísticos ao seu gusto (por ex., os 'convenios urbanísticos'). Así esta política dos anti-planificación provocou que a cidade comece a non funcionar<sup>69</sup>. Por iso ha de buscarse un equilibrio entre o mercado e as intervencións públicas, compaxinando crecemento económico, capacidade emprendedora e innovación, á par que cohesión social e benestar colectivo<sup>70</sup>.

### 7.4 Articulación dunha rede global de cidades

No contexto europeo, por exemplo, é moi posible que a gran cidade e os sistemas urbanos centrais sexan os únicos espazos relevantes na dinámica económica. E a escala planetaria estase construindo un selecto club de grandes cidades que se configuran en motor da economía e en promotores das novas tendencias sociais, tecnolóxicas e culturais (cidades globais). A municipalización vai ser decisiva en procesos de construción de supranacionalidades. Por iso, fronte ás antigas redes de produción de bens e servizos, cada cidade ha de aprender a competir e a cooperar coas demais para incorporarse aos novos circuitos internacionais (tecnolóxicos, políticos, económicos, científicos e técnicos, culturais ou de consumo). Deste modo pódese xerar riqueza, tecnoloxías e iniciativas empresariais aplicables ao territorio concreto, e garantir a calidade de vida presente e futura dos cidadáns. Por iso, a posición de cada cidade na rede global de cidades vai depender das características de cada comarca (cunha historia e un contexto político, económico e social determinado), facendo

65 SÁINZ GUERRA, J.L., *La remodelación de la ciudad europea cit.*, pp. 13-15. GARCÍA ECHEVARRÍA, S., "La empresa y su entorno urbano", *Ciudad e historia: la temporalidad de un espacio construido y vivido*, Madrid, 2008, pp. 135-173. VILAGRASA IBARZ, J., *Ciudad y sociedad cit.*, p. 339, indica que outra perda da identidade local se está perpetrando a partir da comercialización *folk*, e da canalización do patrimonio. Unha alternativa para o crecemento, para agudizar a iniciativa de emprendedores nas cidades de gran riqueza patrimonial e cultural foi, desde hai un tempo de forma redobrada, a comercialización do patrimonio. A busca de visitantes que atraídos polos tesouros históricos están dispostos a pagar. A cidade monumento converteuse nun parque temático e, como tal, nun produto hiperreal, que ofrece máis que a realidade, que inventa a realidade e faina dirixible ás masas.

66 HERNÁNDEZ RAMÍREZ, J., "Movimiento patrimonialista y construcción de la ciudad", *Ciudad e historia: la temporalidad de un espacio construido y vivido*, Madrid, 2008, p. 40.

67 CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J.C., *Ciudad cit.*, pp. 44-45 indica que unha das características da actual tenza de vivenda en España é a escasa porcentaxe de vivenda en aluguer, moi por debaixo da media europea", e que rompe a tendencia inversa de tempos pasados.

68 RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, pp. 151; 166, sinala que os plans pasan a ser instrumentos desregularizadores que preparan o terreo ao investimento, a calquera investimento. Estes plans achandan o territorio para poder competir mellor en busca de investimentos.

69 SÁINZ GUERRA, J.L., *La remodelación de la ciudad europea cit.*, p. 17.

70 VILAGRASA IBARZ, J., *Ciudad y sociedad cit.*, p. 347.

atractiva a explotación das 'vantaxes' dese territorio: nesa tan anunciada complementariedade entre o global e o local<sup>71</sup>.

## 7.5 Criterios de ecoloxía e sostibilidade na planificación urbana<sup>72</sup>

Xa máis da metade da poboación vive en zonas urbanas, e nelas concéntrase pobreza, á par que a esperanza de escapar dela; é calidade e contaminación<sup>73</sup>. As formulacións ecolóxicas do medio natural e agrario aplicadas á planificación (ecoloxía urbana) para a delimitación de 'unidades ambientais' son moi recentes, datan dos anos 90, e, como sinala Rullán Salamanca, apenas callaron aínda no discurso oficial de xestores e planificadores. Así, os Plans Xerais de Ordenación Urbana (PXOU) da lexislación urbanística e os Plans de Ordenación dos Recursos Naturais (PORN) da lexislación de espazos naturais determinan zonas e distribúenas de forma concéntrica (do centro á periferia os primeiros falan de solo urbano, urbanizable e non urbanizable<sup>74</sup>, mentres que os segundos, na mesma dirección, se refiren a zona central, zona tampón e zona de transición)<sup>75</sup>. Desde a Lei 4/1989, de 27 de marzo de Conservación dos Espazos Naturais e da Flora e Fauna silvestre, o medio 'natural' cualifícase nos territorios urbanos a través dos parques metropolitanos, parques urbanos e parques de barrio<sup>76</sup>. Esta lei foi derogada pola lei 42/2007, de 13 de decembro, do Patrimonio Natural e da Biodiversidade, co obxecto de intentar corrixir en parte algúns dos defectos da normativa previa anterior. É máis completa e sistemática, e pretende precisamente acabar co intento de compartimentalización ou 'atomización' dos espazos naturais (barreiras político-administrativas á Natureza), substituindo as fórmulas anteriores de xestión por novos mecanismos de protección integrada dos ecosistemas naturais.

Ademais, polo que se refire aos hortos, desde un enfoque urbanístico os seus valores definiron sempre a cidade máis alá do estrito sentido xeográfico<sup>77</sup>. Pero dado que o noso sistema xurídico non confire, a este ben inmobile urbano, cualificación propia algunha da que puidese extraerse unha regulación específica, queda a consideración dos Plans Xerais de Ordenación Urbana a posible adopción de medidas preventivas e/ou correctoras deste desequilibrio ambiental —que na práctica desgraciadamente sequera se formulan—<sup>78</sup>. Máis aínda, no Catálogo de Bens Culturais que dispón cada Comunidade Autónoma, os

71 PRECEDO LEDO, A., *La ciudad en el territorio cit.*, pp. 16; 32. CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J.C., *Ciudad cit.*, pp. 15-19.

72 RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, p. 159 refire que o termo sostibilidade é consagrado a finais dos 80 desde as Nacións Unidas a partir do chamado informe Brundtland. Un termo que debe á ambigüidade gran parte do seu éxito pois pode ser confundido doadamente co desenvolvemento autosostido que viñan manexando Rostov e outros economistas dedicados a promover o crecemento económico.

73 CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J.C., *Ciudad cit.*, pp. 15-16.

74 As clases de solo (urbano, urbanizable e non urbanizable) son válidas no ámbito autonómico, pero a nova lexislación estatal, aos sós efectos das competencias estatais, xa non clasifica o solo, senón que o delimita en dúas situacións básicas, rural e urbanizado.

75 RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, pp. 154-155; 161. Lei de 12 de maio de 1956, sobre Réxime do Solo e Ordenación Urbana; Lei 19/1975, de 2 de maio, de Reforma da Lei sobre Réxime do Solo e Ordenación Urbana; Lei 8/1990, de 25 de xullo, de Reforma do Réxime Urbanístico e Valoracións do Solo; Lei 6/1998, de 13 de abril, sobre Réxime do Solo e Valoracións.

76 RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, p. 155.

77 WISEMAN, T.P., "A stroll on the rampart", *Horti romani. Atti do convegno, Roma 4-6 maggio 1995*, Roma, 1998, p. 22. Para MAGUIRE, H., "Paradise withdrawn", *Byzantine Garden Culture*, *Dumbarton Oaks*, 2002, p. 31, os *horti* eran lugares que formaban parte da identidade da paisaxe.

78 BONUCCELLI, A., "Presentazioni", *Roma. Il verde e la città: giardini e suazi verdi nella costruzione Della forma urbana*, Roma, 2002, p. 13, explica que durante o boom económico concentráronse grandes cantidades de cemento, comprometendo irreversiblemente a memoria e o futuro. O 'verde' como parte estrutural do contexto urbano, representa unha ineludible necesidade e un ben colectivo, que debe coirdarse a través dun decisivo empeño institucional. En suma, a idea dunha cidade sostible, cun corpo organizado de espazos verdes, podería equilibrar a presión antrópica; conseguíndose así un positivo e coidado equilibrio ecolóxico.



hortos(-as) protexidos, como bens do patrimonio histórico-artístico, responden a caracterizacións arquitectónicas ou etnolóxicas excesivamente singulares, resultando, por tanto, un instrumento claramente insuficiente<sup>79</sup>. O ecosistema é invisible aos ollos da liña urbanística e formal da 'producción da cidade'<sup>80</sup>.

## 7.6 Fortalecemento do poder municipal cívico

A reforma financeira e competencial dos entes locais non debe gravitar sobre os cidadáns, senón que ha de ter o seu soporte no trasvase cara o mundo local de ingresos e funcións hoxe en mans das Administracións europea, estatais e rexionais<sup>81</sup>. Ademais, unha boa administración local ha de facer un uso eficiente das capacidades das novas tecnoloxías da información e da comunicación, pero tamén do seu propio capital intelectual e dos seus propios recursos humanos, que confía no coñecemento, as habilidades, a experiencia e bo xuízo da súa xente, dos empregados públicos. Agora ben, este 'cambio de modelo urbano' require da elaboración dunha 'folla de ruta estratéxica' capaz de impulsar a súa propia transformación. Como indican Carrillo Benito e Cuerda García, cómpre, por tanto, dotar a estas cidades dun Plan de Indicadores de Sostibilidade, con novas reflexións, capacidades e instrumentos para que sexan capaces de planificar a súa expansión, empregar sostiblemente os seus recursos, e ofrecer aos seus cidadáns os servizos esenciais que necesitan para vivir con dignidade. A incorporación das asociacións sociais, ambientais e económicas representativas dos cidadáns nos órganos de xestión dos servizos municipais, e a difusión dos resultados da xestión municipal, son instrumentos necesarios para achegar e implicar á cidadanía no desafío da sostibilidade. Nesta orde resulta fundamental que a ordenación urbanística municipal conteña un Plan de Indicadores de Sostibilidade (planificación estratéxica e planificación urbanística)<sup>82</sup>.

## 7.7 Inmigración e perda de identidade local

Un gran custo da urbanización é a perda de identidade local. As cidades tenden a reproducir en todas partes similares formas de vida, afogando os costumes arraigados nos lugares e conforme á tradición<sup>83</sup>. E a iso únese o fenómeno migratorio. A integración das minorías ha de facerse nas cidades e nos barrios posto que se demostrou que a creación de guetos raciais ou de bolsas de pobreza xeran conflitividade.

## 7.8 Promoción da cidade a través do concepto de saúde pública

"Cidade e saúde pública" é o tema dunha mesa redonda na que se formulan as múltiples vertentes deste ben colectivo: barreiras urbanísticas e de transporte, espazos para actividade deportiva e espazos verdes, edificios enfermos (oficinas herméticas, con ventilación

79 RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., *El huerto en la Roma antigua. Su problemática urbanística y agraria*, Madrid, 2008. Na Comunidade Autónoma Andaluza están catalogadas como BIC: a Casa-horta de San Vicente, a Horta Nobre, a Horta de San Lázaro e a Horta de Pedalajar. Todas elas exceden por diversas razóns do modelo de pequeno horto tradicional, tan estendido ata as últimas décadas deste século. Tamén ao respecto, AAVV., *Plazas y jardines en Andalucía* (Jornadas europeas de Patrimonio. Andalucía. Consejería de Cultura), Sevilla, 2004.

80 RULLÁN SALAMANCA, O., *Economía y sostenibilidad cit.*, p. 157.

81 Ao respecto, FERIA TORIBIO, J.M., "Indicadores de sostenibilidad: Un instrumento para la gestión urbana", *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León, 2003, pp. 241-253.

82 CARRILLO BENITO, E.-CUERDA GARCÍA-JUNCEDA, J.C., *Ciudad cit.*, pp. 21-29, 34-36.

83 VILAGRASA IBARZ, J., *Ciudad y sociedad cit.*, p. 338.



artificial, e lexionelose polo aire acondicionado), ruidos<sup>84</sup>. Así Olivera Poll, A., menciona a importancia dos efectos negativos da expansión espacial da cidade (suburbanización da vivenda, perifерización de grandes superficies comerciais, saída de colexios, etc.). E isto está provocando unha necesidade de motorización de poboación moi nova e moi anciá, o que leva consigo un aumento na accidentalidade por tráfico e nos niveis de contaminación. As barreiras son un factor de exclusión (da formación, do traballo, etc.), e de enfermidade (illante, crean depresión, sedentarismo e falta de exercicio físico, varices, obesidade, falta de control médico por imposibilidade de saír). A saúde refórzase tamén se o espazo vital potencia os sentimentos de autoestima, confianza e seguridade, e neste sentido maniféstase Martín Sánchez, V., cando expresa que ‘a saúde é intentar que a sociedade teña o maior estado de benestar físico, psíquico e social posible. O cambio nos factores demográficos, o avellentamento da poboación, leva tamén a que os problemas sexan novos e as súas solucións tamén o teñan que ser. E por outra parte, está claro que non se pode manter un incremento do gasto sanitario por enriba do crecemento económico de maneira indefinida’. Pola súa parte Olivera, A., céntrase na educación dos nenos como cidadáns, porque hai, por exemplo, sitios onde xogan e cousas ás que xogan que poden ser un factor de saúde terrible”. Finalmente Vilagrassa, J. indica que unha cidade saudable necesita de políticas claras e de moito diñeiro para implantalas.

## 8 Notas conclusivas

Expuxéronse aquí de maneira panorámica distintos modelos de cidade no mundo romano, pero sacrificando inevitablemente moitas referencias e aspectos igualmente interesantes para a súa integral comprensión. E igualmente a descrición da cidade actual, rica en matices e en casuística, someteuse á mesma idea de presentación global, o que quizais provoque en certos puntos unha análise demasiado forzada, pois moitas son as cuestións de calado. Así, por exemplo, o TR da Lei de solo de 2008, unha norma estatal que, por cuestións competenciais, non entra a regular cuestións propiamente urbanísticas, é dicir, as tres clases de solo que cita existen nas CC. AA., e concréntanse, para cada municipio, nos plans a partir das determinacións de cada lexislación urbanística (en Andalucía, a LOUA 7/2002), pero a Lei estatal non contén clases de solo. Por outro lado, o modelo de crecemento e ordenación concéntrica é evidente no caso dos instrumentos de ordenación urbanística (o máis importante, o PGOU), aínda que xa resulta tan claro respecto dos PORN, aínda que existen esas zonas de amortecemento, a funcionalidade é diferente. Non se trata de graos de protección, porque por exemplo, en urbanismo o único solo protexido é o non urbanizable, pero os outros dous son susceptibles de transformación. En síntese, a normativa de protección de espazos naturais si ten un evidente obxectivo de protección (menor conforme nos alonxamos do espazo protexido), pero a clasificación urbanística responde a outras motivacións (ordenación da cidade, determinación dos dereitos e deberes dos propietarios, cálculo do valor dos terreos, por exemplo, a efectos expropiatorios), aínda que é verdade que no solo non urbanizable prevalece a óptica da preservación das devanditas zonas. O obxectivo da nova Lei 42/2007, de intentar superar a visión “conservacionista” da anterior, por unha nova reformulación “integrada” dos espazos naturais. De feito, o novo TR2008 da Lei do

84 AA.VV., “Ciudad y salud pública”, *La ciudad. Nuevos procesos, nuevas respuestas*, León, 2003, pp. 471-488. Santana, A.P., refire que ‘hoxe, un pouco por todo o mundo, o espazo urbano é un espazo considerado como crítico, cando se asocia a valores como a calidade de vida, benestar e saúde das poboacións. Trátase do paradigma perdido da urbanidade. Na urbe dos nosos días concéntranse problemas de paro, polución, calidade dos aloxamentos, iniquidades, diferentes exclusións, crecendo os casos de patoloxías infecciosas (novos e vellos problemas de saúde), patoloxías crónicas e sociopatías. O espazo urbano raramente é lugar de encontro e seguridade’.

solo parte precisamente desa convicción de interacción entre o campo e a cidade, da progresiva imbricación de elementos, para que a cidade non “morra” ao rematar as casas, e só exista “campo” fóra da cidade. Búscase unha cidade polivalente, aberta, solar, “verde”, etc., porque o medio natural tamén é medio ambiente. Outra cousa é que isto se consiga de verdade, porque ao final, unha Lei pode dicir moitas cousas, e unha lei estatal xenérica máis aínda, pero o importante é a súa aplicación e todo iso depende dos plans urbanísticos, que non os fai o Estado, senón as CC. AA. a proposta dos municipios correspondentes. A mesma consideración en canto aos hortos, figura non contemplada na lexislación ou planificación urbanística, aínda que si susceptible de declaración como BIC, aínda que para iso hai que demostrar a singularidade, rareza, beleza, etc., do mesmo; e loxicamente iso é insuficiente para “ambientalizar” o medio urbano.

Así pódese concluir sinalando que malia todos estes inconvenientes ou debilidades, a presentación deste fío conductor preséntase suxerente. Esta cidade, que difusamente pretende ser o hábitat dos seus cidadáns, necesita dunha reflexión profunda respecto a conceptos básicos, tales como cidadanía e urbanidade. Agora ben, para iso ha de renovar e innovar — co pouso da súa propia historia— o modelo de cidade; e persoalmente creo que a experiencia romana neste campo pode suscitar claves, visións e principios enriquecedores e útiles.





# Condicións de eficiencia e eficacia da intervención estatal na economía, á luz da última doutrina social da igrexa

43 Regap

RODOLFO CARLOS BARRA

Profesor Ordinario de Dereito Administrativo,

Universidade Católica Argentina

e de Dereito Constitucional, Universidade Nacional de La Matanza

Regap

ESTUDOS E NOTAS

A tensión entre autoridade e liberdade non ten nin pode ter unha solución dunha vez e para sempre. En tanto que *tensión*, expresa un certo equilibrio entre dúas realidades consubstanciais do home; consubstanciais porque participan da súa substancia ou natureza: por un lado a súa realidade individual, única, e tamén así sagrada —cada ser humano individual é creado á imaxe e semellanza de Deus— e por outro a súa realidade comunitaria, xa que foi creado para estar co outro —“non é bo que o home estea só” reflexionou o Creador, nunha comprobación que vai desde o sexual ata o social, porque da unión co outro e diverso sexo xorde e se sustenta a sociedade. O ser humano é un en si e é un co outro. Así, e só así, *o ser humano é persoa*.

As parellas humanas procrean, multiplícanse. É a lei primeira da existencia: crecede e multiplícadevos, manda o Deus que é Pai. Así nacen os conxuntos humanos complexos, as sociedades, que por ser complexos requiren dun principio de orde, xa que é tamén lei da natureza *dar a cada un o seu*, principio de xustiza (a orde é unha expresión da xustiza) que non só require da constante e perpetua vontade individual, senón da garantía e forza dunha autoridade común.

Á sociedade insíreselle a autoridade (o que hoxe chamamos Estado), tamén intimamente consubstanciadas. É dicir, a autoridade é inherente á sociedade, aínda que de maneira gráfica e metafórica —diríamos de maneira modélica— poidamos dividila en dous campos hipotéticos: a Sociedade e o Estado. A primeira como campo da individualidade, sempre compartida, o segundo como campo da autoridade, aínda que sempre servizal con respecto á Sociedade e ao individuo e individuos que lle son base. Se o traducimos en regras de



dereito —que por outra parte son da esencia de toda organización— a Sociedade como ámbito do dereito privado, e o Estado como ámbito do dereito público. Ambos os dous ámbitos delimitados polo principio de subsidiariedade, sobre o que despois volverei.

O noso constituínte, que foi educado no neotomismo da escola de Suárez, seguramente a súa mellor expresión política, concretou tales principios nunha fórmula máis que intelixente: primeiro reconece que todos “os habitantes da Nación” (non tiña razón para referirse aos que non se atopaban alcanzados polo noso ordenamento) gozan de certos dereitos (art. 14) que só numera de maneira enunciativa (art. 33). Pero tales dereitos, os numerados e os non numerados, deben ser actuados “conforme ás leis que regulamenten o seu exercicio” (art. 14), é dicir, de acordo coa regulación formulada polas mesmas partes nunha convención (normas privadas interpartes) ou pola autoridade (normas públicas dispositivas e supletorias ou de dereito privado, ou imperativas e directas ou de dereito público).

Toda actividade normativa é unha actividade regulatoria dos dereitos, na medida que se presente a alteridade, ou a incidencia, “dalgún xeito” sobre a orde e a moral pública” xa que pola contra “están só reservadas a Deus, e exentas da autoridade dos maxistrados”, expresa a xenial fórmula do Presbítero Sáenz (outro suarista de Chuquisaca) logo recollida no cit. art. 19 CN.

Polo tanto todo dereito admite unha determinada regulación, con exclusión do dereito á vida, que só admite protección absoluta desde o inicio da vida humana. Pero, ¿canta regulación?, e, ¿que regulación?

A regulación debe ser conforme á norma superior (constitucional para a regulación legal, constitucional e legal para a regulación administrativa). Pero tamén debe ser eficiente e eficaz.

A eficiencia na utilización dos recursos e a eficacia na obtención da finalidade querida con tal investimento de recursos é unha responsabilidade de todo o Goberno, entendido este como o sector de condución do ordenamento e integrado polos tres denominados poderes ou órganos constitucionais.

A comunidade política é ordenamento —que engloba ou inclúe moitos outros ordenamentos menores (Santi Romano)— e o ordenamento é unha organización dotada de calidade xurídica.

A organización supón unha determinada ubicación dos elementos que a conforman, xa sexan humanos, materiais, espirituais. Todos eles son á vez recursos e produtos, *inputs* e *outputs* nun circuito organizativo de ciclo continuo. O recurso xera un produto e este convértese nun recurso, e así permanentemente.

Naturalmente considerar ás mulleres e homes que integran o ordenamento como recursos e produtos pode facerse só desde unha perspectiva analóxica. É que ese “recurso” e “produto” é, antes que nada e en razón da súa esencial dignidade, *o suxeito principio e fin de toda a organización social* (cfr., Concilio Vaticano IIº, Constitución Pastoral “*Gaudium et spes*”, n.º 25). De todas as maneiras, a actuación dos individuos integrantes do ordenamento, xa sexa considerándoos en xeral como tamén, en especial, aos afectados ao goberno do mesmo (os servidores públicos) debe ser entendida como un recurso, sempre dentro das esixencias e *recaudos* daquela dignidade preeminente. O actual Papa Benedicto XVI destácao moi ben no n.º 32 da súa recente encíclica *Caritas in veritate* (CV) ao explicar como a

pobreza e a desigualdade sistémica, teñen “un impacto negativo no plano económico, en razón da progresiva erosión do ‘capital social’, é dicir, daquel conxunto de relacións de confianza, de respecto ás regras, indispensables para toda convivencia civil”. A marxinalidade, é, non só moralmente condenable e politicamente antidemocrática —clientelismo— senón antiprodutiva e sufocadora da creatividade. “*Os custos humanos son sempre tamén custos económicos* e as disfuncións económicas comportan tamén custos humanos”, subliña Benedicto no mesmo lugar (subliñado no orixinal).

Pero, precisamente por esa razón finalista, primordial, determinante, que o home posúe con relación ao ordenamento, este debe actuar de maneira que os recursos a empregar teñan unha utilización eficiente e un resultado eficaz, é dicir, garden a mellor proporción ou relación de emprego con respecto aos resultados perseguidos, permitindo que estes se logren na realidade.

O ordenamento mesmo actúa como unha determinada modalidade e regra de asignación de recursos. É que, lembremos, o ordenamento é materialmente organización, o que significa dispoñer dun específico lugar para cada “cousa”, e colocar cada cousa no seu lugar correspondente.

Así, a eficiencia e a eficacia na asignación e utilización dos recursos é unha *razón instrumental* do ordenamento; a súa *razón esencial* é o ben común o que, á súa vez, se resolve por vía distributiva no ben de cada un dos seus membros. Sen aquel xogo de eficiencia-eficacia non será posible nin o ben común nin o ben particular.

Por conseguinte, aquela dupla (eficiencia-eficacia) non debe ser considerada como unha cuestión meramente tecnocrática. Realizar a eficiencia e eficacia na obtención, utilización e aplicación dos recursos é non só unha grave responsabilidade do sistema de goberno e dos gobernantes, senón unha cuestión directamente vinculada co marco de valores que determina aquel sistema e que debe ser implementado polos gobernantes.

Como sinalamos máis arriba non debemos considerar los recursos só como bens materiais. O ordenamento asigna tamén bens inmateriais, aínda que normalmente estes teñan unha expresión material, o que é natural dado a súa referencia a un ser composto de corpo e alma: o ser humano. Fundamentalmente o ordenamento fomenta un sistema de valores cunha determinada relación xerárquica entre si. Notemos que isto ocorre aínda no *ordenamento-cambalache*, o do “todo é igual; nada é mellor” que amargaba ao noso Discepolín. Este é tamén unha forma de ordenamento, onde o perverso é só unha orientación posible, non unha dirección contraditoria coa súa vía natural, e onde o arbitrio duns xustifica a morte doutros.

O ordenamento tamén asigna dereitos ao garantir o seu exercicio. É dicir, recoñece a existencia de dereitos fundamentais, cuxo título se atopa no mesmo ser persoal do home, e á vez xera e pon a disposición dos interesados os instrumentos axeitados para que cada un poida facerse do seu dereito e cumprir cos seus deberes para co dereito do outro. Así, o Papa Juan XXIII, no n.º 5 de “*Pacem in terris*” (PT), lembra a calidade de “persoa” de cada ser humano, é dicir, a súa calidade de “suxeito de dereitos e deberes” que nacen “inmediata e simultaneamente da súa mesma natureza”. E este, subliña, é o fundamento de toda “convivencia ordenada e fecunda”, isto é, diríamos nós, dun ordenamento guiado polos principios de eficiencia e eficacia debidamente entendidos.



O ordenamento é, entón, xurídico, porque debe ser guiado polas esixencias da xustiza, que esixe dar ao outro o seu, o seu dereito. O ordenamento, porque é organización e orde, expresa unha certa idea de xustiza (a decidida polo pobo a través dos seus gobernantes, respectando as esixencias da lei natural, sen o cal non habería xustiza ningunha).

O ordenamento é unha forma de realización da xustiza, para o cal debe empregar e asignar os recursos dunha maneira xusta: segundo o esixido polo dereito de cada un, é dicir, en forma substancialmente eficaz, e co mellor aproveitamento posible, o que en definitiva importa un impulso permanente cara o máis pleno recoñecemento dos dereitos de cada un. Se son aforrados recursos sen dano á eficacia, aumentarase a cantidade de produtos a distribuír, é dicir, de dereitos recoñecidos e satisfeitos.

Juan Pablo II, en *Centesimus annus* (CA), empregou, case, o “método de casos” para explicármolos tal relación entre a xustiza e o bo funcionamento e subsistencia do ordenamento. Tomou en consideración “o caso” da caída, a partir de 1990, dos réximes opresores, inxustos, comunistas, o que el considerou debido a dous factores principais, ademais do materialismo, que, levado á práctica social de maneira global e integral, xerara, por si so e inevitablemente, unha forma de ordenamento non sustentable no tempo.

Pero nunha perspectiva máis próxima, o Papa sinalou primeiro, e como factor decisivo, “a violación dos dereitos do traballador”, o que é un grande paradoxo nos casos de sistemas que pretenden ser nada menos que “expresión da ditadura do proletariado”. “Son as multitudes dos traballadores —di o Papa no n.º 23— as que desautorizan a ideoloxía, que pretende ser a súa voz”.

O segundo factor da implosión dos réximes comunistas, en particular do imperio soviético, ten maior relación co noso tema. A CÁ atribúe, no n.º 24, á “ineficiencia do sistema económico, o cal non ten que considerarse como un problema puramente técnico, senón máis ben como violación dos dereitos humanos á iniciativa, á propiedade e á liberdade no sector da economía”, é dicir, a unha defectuosa asignación de recursos a causa da sistemática práctica da inxustiza, propia do réxime, manifestada en non dar ou recoñecer o dereito do outro, no caso, aqueles dereitos numerados polo Papa. É que, continúa no n.º 25, “onde a sociedade se organiza reducindo de maneira arbitraria ou mesmo eliminando o ámbito en que se exercita lexitimamente a liberdade, o resultado é a desorganización e a decadencia progresiva da vida social”.

Hai entón unha directa relación entre a decadencia dun ordenamento e a súa inxusta asignación de recursos. Entre estas hipóteses de incorrecta asignación ou atribución “do seu do outro” que provoca ineficiencia e ineficacia no ordenamento, atópase a negación da liberdade dos individuos —a Corte Suprema de Xustiza norteamericana lembraba que a sociedade ou comunidade é un sistema de “liberdades ordenadas”, é dicir, axeitadamente recoñecidas ou recoñecidas na súa xusta medida.

No económico, o desaxuste ou desorde exprésase particularmente na limitación ou directa supresión da iniciativa individual: nas comunidades decadentes ás que vén referíndose a CA, “...o interese individual é suprimido violentamente (e) queda substituído por un oneroso e opresivo sistema de control burocrático que esteriliza toda iniciativa e creatividade” (n.º 25). Xunto co interese individual, interese que move a iniciativa creadora das persoas, foron tamén danadas, lembra o Papa no n.º 27, outras “virtudes relacionadas co sector da economía, como a veracidade, a fiabilidade, a laboriosidade...”, é dicir, a condición mesma para que o recurso do traballo posúa a cualidade de eficiente e eficaz.

É que hoxe, o traballo e o coñecemento humano son os recursos máis sobresaíntes para a recta saúde económica (e moral) do ordenamento. Ambos os dous poden ser degradados por sistemas que descoñecen a liberdade, a iniciativa individual e a plenitude da propiedade, mesmo sobre o traballo e o coñecemento. Juan Pablo destaca a importancia sobresaínte do “*papel do traballo humano* en canto factor produtivo das riquezas inmateriais e materiais” (n.º 31, subliñado no orixinal). Hoxe tamén se destaca como factor produtivo “*a propiedade do coñecemento, da técnica e do saber*” (n.º 32, subliñado agregado). Pero, atención, trátase da *propiedade* do coñecemento, é dicir, o seu uso e gozo suxeito ao interese do propietario, sempre segundo a lei, isto é, ás esixencias da xustiza que Santo Tomás denomina “xeral, do ben común ou legal”, e que poderíamos tamén denominar “social”.

O sometemento do uso e gozo da propiedade ás esixencias da xustiza do ben común é consistente co “carácter natural do dereito á propiedade privada”, segundo lembra o n.º 30 ás ensinanzas de León XIII na encíclica *Rerum Novarum* (RN). O dereito de propiedade, incluíndo o relativo ao coñecemento, non é un dereito absoluto “xa que na súa natureza de dereito humano leva inscrita a propia limitación”, di a CA no n.º 30. O coñecemento destinado á produción de bens moral, social e economicamente útiles, é unha das expresións máis importantes da iniciativa e o “espírito emprendedor” individual (CA, n.º 32). Esta iniciativa debe ser fomentada por unha axeitada regulación legal tendente a “organizar ese esforzo produtivo”, é dicir, ao emprego eficiente e eficaz de tal recurso, e así “programar a súa duración no tempo, procurar que corresponda de maneira positiva ás necesidades que debe satisfacer, asumindo os riscos necesarios”. “Todo isto —conclúe o Papa sempre no n.º 32— é tamén unha fonte de riqueza na sociedade actual”.

A propiedade do coñecemento debe ser protexida, pero tendo en conta que a intelixencia é froito da nosa condición de creados á imaxe e semellanza de Deus, de maneira que somos creaturas-creadoras. Esta é unha cualidade da nosa natureza humana, que nos iguala en dignidade. Por iso a regulación da propiedade do coñecemento, da propiedade intelectual, debe ser feita considerando a súa especificidade. Neste sentido Benedicto XVI, en CV, advirte que “existen formas excesivas de protección do coñecemento por parte dos países ricos, mediante un emprego demasiado ríxido do dereito de propiedade intelectual, especialmente no campo sanitario” (n.º 22). ¿Non é este un chamamento a unha eficiente e eficaz utilización dun recurso común, a intelixencia, no ordenamento globalizado? Pero á vez ¿non esixe que os países pobres, a través da axeitada protección da propiedade do coñecemento, da iniciativa e inventiva individual nese como en todos os campos, fomenten o despregamento dos seus propios recursos? Recibir sen facer é propio dos ordenamentos gravemente ineficientes e así, subdesenvolvidos, incapaces de fomentar o recurso-coñecemento.

O ordenamento é o ámbito de asignación dos recursos. Estes, sempre dentro de tal ámbito, poden ser asignados de maneira distributiva, mediante operacións xurídicas de dereito público, propio do Estado, ou de maneira conmutativa, sinalagmática, que é o gran espazo do dereito privado, propio da sociedade. Antes, o ordenamento desprega o “complexo de institucións que estruturan xurídica, civil, política, culturalmente, a vida social” di Benedicto XVI no n.º 7 de CV, n.º 7, isto é, como exercicio da xustiza xeral, que é o propio da lei como regra de condución governamental.

No plano da xustiza conmutativa, debe destacarse o *rol do mercado*, do “libre mercado”, subliña o n.º 34 de CA, onde o cualifica como “o instrumento máis eficiente para colocar os recursos e responder eficazmente ás necesidades”. O mercado (CV, n.º 35) “é a institución económica que permite o encontro entre as persoas en canto operadores económicos que empregan o contrato como regra das súas mutuas relacións”. Como o temos expresado en moitas oportunidades, o mercado é o ámbito económico que se atopa rexido pola fór-



mula xenial que ese gran cordobés, Vélez Sarfield, plasmou no art. 1197 do noso Código Civil: “as convencións feitas nos contratos forman para as partes unha regra á cal deben someterse como á lei mesma”. Á vez, o noso outro codificador moderno, Borda, sinálanos no art. 1198 que “os contratos deben celebrarse, interpretarse e executarse de boa fe...”, coincidindo, tamén aquí, co pensamento papal, cando nos ensina que a actuación do mercado require “da confianza recíproca e xeneralizada...” (n.º 35, CV).

O mercado, di alí a CV, “atópase suxeito aos principios da xustiza conmutativa”, sempre no “intercambio de bens e servizos funxibles entre si” (ibidem). O mercado actúa sobre os bens que son transables, conforme un “prezo *conveniente*” (subliñado agregado), indica Juan Pablo no n.º 34, CA, é dicir, un prezo *convido* entre as partes: é o que elas consideran xusto, e así devén xusto, porque é a medida do acto xusto expresado no cumprimento do debido ao outro. O prezo é así resultante do acordo de vontades, da autonomía da vontade e, polo tanto, instrumento de asignación de recursos nunha sociedade libre.

Pero estes son principios que só poden aplicarse, con eficiencia e eficacia, reiteremos, aos bens transables. “Por enriba da lóxica dos intercambios... existe algo que é debido ao home porque é home, en virtude da súa eminente dignidade”, afirma Juan Pablo no n.º 34, CA. O debido ao home é o dereito do home, o seu do home en canto home, o dereito cuxo título se atopa na mesma natureza humana e que se orienta á satisfacción das súas necesidades fundamentais, como a vida desde o mesmo momento en que aparece un ser vivo humano (o embrión humano). O exercicio práctico deste dereito é cometido da xustiza xeral, tamén chamada social, e consecuencia mediata da xustiza distributiva (cfr., CV, n.º 35), en canto asigna a cada un a parte do ben común que proporcionalmente lle corresponde como carga ou beneficio.

Para ser totalmente eficiente na utilización dos recursos e eficaz na súa asignación, o mercado “deixado ao só principio da equivalencia de valor entre os bens intercambiados non alcanza a producir aquela cohesión social da cal ten necesidade para funcionar axeitadamente” (ibidem). A “lóxica mercantil”, precisa Benedicto XVI (CV, n.º 36) non debe ser considerada un fin en si mesma, porque iso tamén conduciría a situacións de ineficacia social, como o padeceu o capitalismo orixinario, co seu grande desprezo e “dispendio” de recursos humanos. Tampouco debemos caer no que Juan Pablo denomina a “idolatría do mercado”, “que ignora —sinala no n.º 40, CA— a existencia de bens que, pola súa natureza, non son nin poden ser simples mercadorías”, como o ambiente.

O funcionamento do mercado debe ser orientado, finalizado ao ben común, o que é competencia da comunidade política, guiada polo goberno, isto é, cometido da xustiza xeral ou social (cfr., CV, n.º 36). O Papa destaca moi ben no n.º 35, CV, que a xustiza social é condición de eficacia do mercado: “Sen formas internas de solidariedade e confianza recíproca (xa veremos que sen *xustiza na caridade*) o mercado non pode desenvolver plenamente a súa propia función económica” (paréntese agregada).

Esta cuestión da axeitada asignación de recursos, aproveitando así toda a potencialidade do mercado, e mesmo incrementándoa cualitativamente, pode tamén ser advertida con relación ao tema da gañancia, do lucro.

No campo económico, empresario, o da inventiva de obxectos de aplicación práctica, comercial, o espírito de iniciativa, de emprendemento, aventura e risco, ten, ademais da vocación e a autoestima, un motor moi importante, case determinante: o lucro.

Lucro é unha palabra que a moitos soa mal. Porén, quere dicir, na práctica, gañar diñeiro. E o diñeiro é o medio co que obtemos os bens que necesitamos para nós e as nosas familias,

os bens indispensables, os relativamente dispensables e os superfluos, que tamén, valorados e perseguidos nunha medida axeitada, prudente, axudan á nosa felicidade.

Pero o lucro, a ganancia, o beneficio, é o gran motor da economía, do desenvolvemento. Enriquece aos que máis teñen, o que en si mesmo non é malo, sempre que tamén beneficie notablemente aos que menos teñen. E o primeiro beneficio é a eficiencia na utilización dos recursos produtivos, porque, en razón do lucro, o capital é destinado a actividades produtivas coa intención do seu maior aproveitamento posible, é dicir, xera postos de traballo. O segundo beneficio é a eficacia, porque ese capital deberá obter o produto para o que llo inviste, que é o que xera a ganancia, xunto coa existencia do ben útil ou conveniente no mercado. As fallas na eficiencia ou na eficacia, supoñen perdas para o capitalista, que é o que el naturalmente tratará de evitar, evitando tamén as disfuncións no mercado xeradas naquela defectuosa utilización dos recursos.

O lucro crea fontes de traballo, directa ou indirectamente, aínda no uso superfluo da ganancia, o que se comproba con só botar unha ollada á industria do turismo, un dos máis grandes desenvolvementos da moderna economía de mercado: a súa dimensión cuantitativa xa produciu un verdadeiro salto cualitativo, e unha gran democratización da cultura e do pracer. Hoxe quizais xa non mereza, o turismo, a cualificación de gasto superfluo.

Sen dúbida o lucro debe ser ordenado. É un instrumento económico, pero con directas consecuencias morais. Así o advirte Benedicto no n.º 21, CV: "O lucro é útil se, en canto medio, se orienta a un fin que lle outorgue un sentido tanto no que se refire a como obtelo como no relativo a como empregalo. O obxectivo exclusivo do lucro, se foi obtido de forma incorrecta e se non ten en conta o ben común como fin último, corre o risco de destruír a riqueza e crear pobreza". Quizais o Papa tiña como visión próxima, cando escribía esta reflexión, a actual crise financeira, á que se chegou, entre outras razóns, por unha desordenada utilización de mecanismos financeiros, só xustificada pola obtención dun maior lucro, convertido así nun fin en si mesmo. Esa visión e práctica desorbitada do lucro é ineficiente e ineficaz: destrúe a riqueza e crea pobreza.

Juan Pablo II, no 35 de CA, lembraba que "a Igrexa reconece a xusta *función dos beneficios*, como índice da boa marcha da empresa. Cando unha empresa dá beneficios significa que os factores produtivos foron empregados axeitadamente e que as correspondentes necesidades humanas foron satisfeitas debidamente. Porén, os beneficios non son o único índice das condicións da empresa. En efecto, a finalidade da empresa non é simplemente a produción de beneficios, senón é máis ben a existencia mesma da empresa como *comunidade de homes* que, de diversas maneiras, buscan a satisfacción das súas necesidades fundamentais e constitúen un grupo particular ao servizo da sociedade enteira. Os beneficios son un elemento regulador da vida da empresa, pero non o único, xunto con eles hai que considerar *outros factores humanos e morais* que, a longo prazo, son polo menos igualmente esenciais para a vida da empresa" (subliñados no orixinal).

É que "a esfera económica non é eticamente neutral", clama a CV (n.º 36) e é por iso tamén que o "mercado non existe en estado puro" (ibídem): é un instrumento que pode ser ben ou mal empregado.

Non é esta unha posición moi lonxana á sustentada, por exemplo, polos economistas liberais clásicos, pero definitivamente enriquece nunha especie de, tamén aquí, salto cualitativo.

A iniciativa individual, que como vimos no económico se atopa determinada pola finalidade de lucro, é boa en si mesma e tamén en si mesma, *espontaneamente*, beneficia ao ben



común, aínda cando non sexa este o fin explícita ou conscientemente perseguido polo axente. O zapateiro, o chumbeiro, o avogado, o enxeñeiro, o estudante, a ama de casa, a presidenta, non se erguen da cama cada mañá para ir cumprir coas súas obrigas pensando: “grazas a Deus hoxe vou realizar algo que é positivo para o ben común”. Eles perseguen o seu ben particular pero ao facelo, na medida que o fagan razoablemente ben, de acordo coas regras propias da actividade e as xerais da comunidade política, atópanse, ao mesmo momento, beneficiando ao ben común. Pero atención, este non é a suma deses e de todos os bens particulares. Ten unha substancia propia que se forma grazas á *compenetración dirixida*, non casual, das substancias dos bens particulares. A auga, para empregar unha comparación analóxica, non é a suma de dúas moléculas de hidróxeno e unha de osíxeno; é a compenetración substancial delas en determinadas condicións ambientais, para xerar así unha nova realidade, que non é nin hidróxeno nin osíxeno, nin tampouco hidróxeno máis osíxeno. Porén, nin o hidróxeno nin o osíxeno desaparecen na auga; podo volver a obter as dúas moléculas de un e a unha do outro, respectivamente, desde o mesmo líquido. Da mesma maneira o ben común fórmase a partir dos bens individuais, constituíndose como unha nova realidade con substancia propia, aínda que sen eliminar os seus elementos compoñentes (como si acontece no totalitarismo).

Pero advirtamos que, a diferenza do exemplo da auga, na realidade social, nun sistema libre, os individuos non só non desaparecen senón que continúan presentes, de maneira que o ben común só se realiza con plenitude cando, ao mesmo momento, se distribúe conforme as esixencias da xustiza distributiva.

É o Goberno o “químico” a quen corresponde facer coincidir o espírito de lucro co ben común. Esta relación do espírito de lucro co ben común prodúcese de dúas maneiras que deben ser superpostas, contemporáneas, case, diríamos, en “unidade de natureza”. Unha, é pola acción ordenada das operacións privadas tendentes ao ben propio (lucro); outra, é pola acción das operacións gobernamentais tendentes a orientar e mesmo forzar á actividade privada en función do bien común.

O primeiro lógrase mediante a soa presenza do Goberno, nas súas funcións executiva, lexislativa e xudicial, aínda que estas non persigan incidir directa e imperativamente sobre a actividade privada. Un exemplo disto é a expresión do Goberno lexislador no art. 1197, CC. É un principio de recta orde social a que os primeiros lexisladores sexan os propios individuos nos seus autónomos acordos de vontade. Pero iso é así, con eficacia —e ata con eficiencia, xa que aforra os custos de litixios— porque a soa presenza do Goberno a través do principio do art. 1197 e do resto dos medios para levalo á práctica, garánteno.

A segunda forma de incidencia do Goberno é máis excepcional, pero moito máis forte, máis intrusiva. Isto é a *orde pública*, que condiciona, ou impón, ou prohíbe determinados elementos das convencións (mesmo o subxectivo). Trátase xa da orde pública civil co seu sistema de nulidades, ou o penal (tamén referido a condutas), ou o administrativo, como a policía administrativa e a regulación económica, ou o constitucional, que é toda orde pública.

Neste sentido, a CA no n.º 42 esixe que o sistema de libre mercado se encadre “nun sólido contexto xurídico que (o) poña ao servizo da liberdade humana integral e a considere como unha particular dimensión da mesma, cuxo centro é ético e relixioso”.

É que, sinala no n.º 48, “a actividade económica, en particular a economía de mercado, non pode desenvolverse en medio dun baleiro institucional, xurídico e político. Pola contra, supón unha seguridade (a seguridade xurídica, diríamos nós) que garante a liberdade individual e a propiedade, ademais dun sistema monetario estable e servizos públicos eficientes”.



Claro que non se debe tratar dunha intervención pública asfixiante. Esta actuación gobernamental debe estar rexida polo principio de suplencia, de *subsidiariedade*, o que é materia dunha constante prédica da Doutrina Social da Igrexa desde a encíclica *Quadragesimo anno* (QA), de Pío XI, proclamado nese momento (1931) con gran valentía fronte ao predominio dos totalitarismos en Europa. Así, o n.º 80, QA enuncia un “principio importantísimo na filosofía social: así como é ilícito impedirle aos individuos aquilo que eles poden realizar coa súa propia forza e industria para asignarlló á comunidade, tamén é inxusto atribuír a unha sociedade maior e máis elevada aquilo que se pode cumprir polas comunidades menores e inferiores.” O descoñecemento das esixencias do principio de subsidiariedade, afirmase no mesmo lugar, é, á vez, “un grave dano e unha subversión da recta orde da sociedade; porque o obxecto natural de calquera intervención da sociedade mesma é aquel de axudar de maneira subsidiaria aos membros do corpo social, non de absorbelos e destruílos”.

O principio de subsidiariedade significa tamén unha asignación dos recursos sociais detrás do seu eficiente e eficaz uso e desenvolvemento. Juan Pablo II, no n.º 48, CA —cunha anticipación profética fronte ao que está ocorrendo agora mesmo en Europa— destaca a ineficiencia sistémica do modelo do denominado “Estado de benestar” ou “Estado asistencial”: “ao intervir directamente e quitar responsabilidade á sociedade, o Estado asistencial provoca a perda de enerxías humanas e o aumento esaxerado dos aparatos públicos, dominados por lóxicas burocráticas máis que pola preocupación de servir aos usuarios, con enorme crecemento dos gastos”.

Aquela é a formulación “*negativa*” da subsidiariedade: a sociedade maior non debe intervir naquelo que é de competencia da sociedade menor. Pero o principio tamén admite e esixe unha formulación *positiva*: a sociedade maior debe intervir alí onde a sociedade menor non se atopa capacitada para facelo, como en todo o que se refire á condución ou goberno dos ordenamentos. O principio maniféstase, entón, como un límite entre o sector público e o sector privado do ordenamento, entre o Estado e a Sociedade, cuxa correcta ubicación depende da prudencia política dos gobernantes. Nin moi arriba, onde tende á anarquía (notemos o paradoxo: o liberalismo extremo é anárquico) nin moi abaixo, onde impera o totalitarismo comunista.

Este principio de suplencia ou subsidiariedade debe rexer, aínda con maior forza no mundo globalizado. “O mercado converteuse en global”, advirte a CV no n.º 24, pero gravemente ineficiente e ineficaz fronte á ausencia dunha autoridade política global que Benedicto XVI, con gran audacia reclama no n.º 67 da CV, comprometida “na realización dun auténtico desenvolvemento humano integral inspirado nos valores da caridade na verdade”. E agrega, sempre tendo presente a grande encíclica do Papa Paulo VI, *Populorum progressio*, “o desenvolvemento integral dos pobos e a colaboración internacional esixen a institución dun grao superior de ordenamento internacional de tipo subsidiario para o goberno da globalización...”.

A axeitada utilización e asignación dos recursos é, reitero, un problema atinente á xustiza, nas súas tres especies: conmutativa, distributiva e xeral, e así tamén un problema xurídico, expresado nos sistemas —ou subsistemas— de dereito privado e dereito público, como tamén na orientación xeral da orde pública, cando corresponder.

Pero a xustiza en canto é o debido ao outro, recoñece igualmente unha dimensión superior. O outro é o próximo, o igual en dignidade, o que se asemella e reflicte a Deus. O dereito do outro é tamén unha esixencia da caridade na verdade. A xustiza como caridade é a gran tese innovadora que Benedicto XVI propón como doutrina social para o século XXI.



“A caridade na verdade —ensina o Papa no n.º 34, CV— pon ao home diante da estupefaciente experiencia do *don*” (subliñado agregado), entendido como gratuidade. Este don, que é perdón —e as sociedades que non saben perdoar están perdidas, empantanadas no odio— é regra de xustiza “tamén nas relacións mercantís (onde) o principio de gratuidade e a lóxica do don como expresión da fraternidade poden e deben atopar o seu lugar dentro da normal actividade económica” (n.º 36, CV). Trátase dunha complementación —levar á súa plenitude, sen alterar a súa natureza— das especies da virtude da xustiza coa virtude da caridade enriquecida pola verdade. O Papa sinala con claridade sistemática no n.º 37, CV: “Na época da globalización a economía sente vivamente a existencia de modelos competitivos ligados a culturas moi diversas entre si. Os comportamentos económicos-empresariais que así se derivan atopan prevalentemente un punto de encontro no respecto da xustiza conmutativa”. Pero tal punto común non é suficiente. “A vida económica —continúa— ten obviamente necesidade do *contrato*, para regular as relacións de intercambio entre valores equivalentes. Pero tamén ten necesidade de leis xustas e de *formas de redistribución* guiadas pola política, e ademais de obras que leven impreso o *espírito do don* (da gratuidade). A economía globalizada parece privilexiar a primeira lóxica, aquela do intercambio contractual, pero directa ou indirectamente demostra necesitar tamén das outras dúas, a lóxica política e a lóxica do don sen contrapartida” (subliñado no orixinal).

O Papa anticipa así a posibilidade da existencia, aínda dentro das regras da xustiza, dunha “*economía da gratuidade*” (n.º 38, CV) como un medio apropiado para o funcionamento eficiente e eficaz do ordenamento comunitario. Pero sen dúbida este é un tema que excede o propósito deste traballo.

No último G20, a Presidenta Fernández de Kirchner (a quen tamén debemos felicitar pola súa defensa do dereito á vida de *todo ser humano*) nunha palabra sintetizou a actual situación do sistema económico global: “*anarcocapitalismo*” ou un capitalismo sen regras, fóra de todo marco xurídico. O anarcocapitalismo global maniféstase especialmente no desorbitado funcionamento dos mercados financeiros, só guiado por un afán de lucro esaxerado e alleo non só a vinculacións morais e de ética profesional, senón tamén ás mesmas esixencias da eficiencia e eficacia económicas. É ineficaz, pois non logra producir suficiente riqueza social; é ineficiente, xa que o fai a un enorme custo humano (desemprego, marxinalidade, crise familiar) e material (quebras, caída do produto bruto, etc.).

Xa Juan Pablo II, na CA, distinguira entre capitalismo e economía de mercado. O primeiro naceu anárquico ou, polo menos, nas relacións cos obreiros e pequenos produtores, sen outras regras que as da “lei” do máis forte. Logo, os estados nacionais lograron (en gran medida e con enormes dificultades) domalo dentro das propias fronteiras, para convertelo nun sistema de mercado sometido a unha axeitada regulación (sen excesos e sen defectos). Aquí o capital é un insumo máis no proceso produtivo, dentro dun marco xurídico guiado polo ben común e polo respecto da preeminente dignidade da persoa humana, do *que se lle debe ao home en tanto que home*, segundo o ensinaba, cabe reiterar, tamén Juan Pablo na *Centesimus*.

Por marco xurídico enténdese o conxunto de regras e dos medios para facer impoñer o cumprimento igualitario daquelas. É, entón, o produto da *autoridade política*, a que, hoxe xa ninguén o dubida, debe ser representativa, democrática e neutral. Así funciona na maioría das nacións civilizadas, pero isto é insuficiente na actualidade.

Vivimos nun mundo globalizado, é dicir, formado por un tecido de interaccións (culturais, políticas, económicas) que transcenden ao poder político dos estados nacionais. No económico reproducense aquí algúns dos peores vicios do capitalismo orixinario: a ausencia de

regas, simplemente porque non existe unha autoridade capaz de impoñelas. Así, os ácratas de hoxe non son os idealistas revolucionarios de antano senón os líderes do mercado das finanzas, “zona liberada” de calquera regulación axeitada.

Na encíclica CV, Benedicto XVI denunciou con enerxía esta nova forma de *capitalismo salvaxe* contraria aos principios de *xustiza social*. Esta, como vimos, tampouco pode ser allea ás esixencias da *verdade* (para coñecer e afirmar o ben) e da *caridade* (para realizalo nun nivel verdadeiramente humano, na comunión dos *que aman ao outro como a un eu mesmo*).

Para domar ao ata o de agora capitalismo anárquico Benedicto auspicia a creación dun *marco xurídico global*, o que só pode ser produto dunha *autoridade política global*, guiada polos mesmos principios de subsidiariedade, federalismo, representatividade, democracia, e neutralidade que rexen —ou deberían rexer— nas comunidades nacionais.

Excede igualmente a este traballo —e especialmente á paciencia dos lectores— a análise da aplicación destes principios á nova orde (ou desorde) da globalización sobre a que tanto Juan XXIII, como Juan Pablo II e agora Benedicto XVI, auspiciaban unha autoridade política mundial, cuxo deseño ofrece sen dúbida dificultades de grande consideración.



# A falla do servizo como título de imputación de responsabilidade subxectiva da administración\*

CIRO NOLBERTO GÜECHÁ MEDINA, PH.D.\*\*

Docente investigador da Universidade Santo Tomás de Aquino de Tunja - Colombia e líder do grupo de investigación en Dereito Administrativo da Facultade de Dereito  
correo-e: cguecha@ustatunja.edu.co

**Resumo:** *A Responsabilidade do Estado por falla, é o título de imputación de maior relevancia dentro do ordenamento xurídico colombiano, en canto a que as actuacións irregulares da administración xeneradoras de prexuízos, convertéronse no usual dentro dos criterios de responsabilidade administrativa. En efecto, non foi a responsabilidade obxectiva senón a responsabilidade subxectiva a de maior tradición, con fundamento en que os principios de legalidade e de bo servizo público son vulnerados dentro da actuación das entidades públicas; o que significa, que o Estado se converteu no principal transgresor do ordenamento xurídico, xa que na falla do servizo, dunha ou outra maneira, o que existe é unha violación de normas que protexen dereitos dos particulares. Polo anterior, no presente artigo realízase un estudo doutrinal, xurisprudencial e de dereito comparado da responsabilidade administrativa do Estado por falla no servizo, de maneira que se exporá a súa evolución e a situación actual da mesma*

**Palabras clave:** *Responsabilidade, falla, servizo, administración, irregularidade, antixuridicidade, dano.*

**Metodoloxía:** *O método empregado é analítico-descriptivo e propositivo.*

**Abstract:** *Responsibility of States for failure, is the title of most relevant complaint within the Colombian legal system, in that improper conduct by management generating losses, have become usual in the criteria of administrative responsibility.*

\* Resultado de investigación Responsabilidade do Estado por actos terroristas. Grupo de investigación xurídicas e socioxurídicas da Universidade Santo Tomás de Aquino de Tunja - Colombia. Director Ciro Nolberto Güechá. Medina.

\*\* Ciro Nolberto Güechá Medina, é docente investigador da Universidad Santo Tomás de Aquino de Tunja - Colombia, líder do grupo de investigación en Dereito Administrativo da Facultade de Dereito, correo electrónico cguecha@ustatunja.edu.co



*Indeed, it was not strict liability, but fails responsibility for most traditional, based on the principles of legality and good public service are violated in the performance of public entities, which means that the State has become a major violator of the law, because in the blackout, one way or another, so there is a violation of rules to protect rights of individuals.*

*Therefore, in this paper makes a study of doctrine, jurisprudence and comparative law of the State administrative responsibility for service failure, so as to expose its evolution and current status of the same.*

**Key words:** *Responsibility, fault, service, administration, irregularity, illegality, injury.*

**Índice:** *Introdución. 1. A responsabilidade subxectiva da Administración pública, reflectida na falla do servizo. 2. A proba da falla do servizo é un criterio necesario pero non suficiente. 3. A falla probada non é a única expresión da falla do servizo. 3.1. A actuación impersoal da falla anónima. 3.2. A falla presunta e a súa expresión na carga dinámica da proba. 3.3. A falla relativa: un eximente de responsabilidade. 4. A responsabilidade obxectiva no dereito español prima sobre a responsabilidade por falla do servizo. 5. Conclusións. 6. Bibliografía*

## Introdución

Co presente artigo preténdese facer unha análise da institución da falla do servizo no sistema xurídico colombiano e as súas referencias no dereito comparado, especificamente no dereito español e o dereito francés, os sistemas máis próximos á devandita institución.

Nas anteriores circunstancias, o estudo realizarase a partir das orixes clásicas da teoría no ordenamento xurídico galo, a cal é eminentemente pretoriana cando os fallos do Consello de Estado Francés lle deron inicio e consolidación, para pasar á análise da institución no noso ordenamento e culminar coas referencias españolas deste título de imputación.

A falla do servizo non é o froito de extensas regulacións legais, pola contra, foi a xurisprudencia a que a moldeou, malia que existen normas constitucionais e do Código Civil, á par que algunhas de Dereito Público que a determinan; por esta razón, a análise xurisprudencial e doutrinaria será de vital importancia para coñecer a realidade do título de imputación de responsabilidade ao noso parecer máis coñecido e empregado polos xuíces da administración.

## 1 A responsabilidade subxectiva da Administración pública reflectida na falla do servizo

A noción de falla foi tradicional no ordenamento xurídico colombiano, en canto que as actuacións irregulares da administración consideráronse o criterio substancial para atribuír responsabilidade á mesma pola súa actividade<sup>1</sup>; o cal non é propio do Dereito Administrativo Colombiano, senón que ten os seus antecedentes no sistema xurídico francés.

En efecto, la teoría clásica francesa de responsabilidade do Estado referiuse á responsabilidade por falla como fundamento da obriga da administración de indemnizar os prexuízos causados con ocasión da súa actuación en canto que na mesma se evidencia irregularidade,

<sup>1</sup> Cómpre indicar, que hai en que o Estado non actuou, é dicir, non xerou coa súa actuación o dano, porén debe concorrer á indemnización do prexuízo, con fundamento nun título de imputación estritamente xurídico e non material; se se quere dicir, que os eventos de imputación material non sexan xurídicos, no sentido de asignación de responsabilidade.

é dicir, unha administración suxeita a erro<sup>2</sup>, non entendido que a mesma actuaba a través dos seus axentes ou servidores, pero que a actividade era atribuíble á entidade pública por non ser posible separala do servizo público, da actividade administrativa<sup>3</sup>.

E se a responsabilidade por falla ten que considerarse actuación irregular dunha entidade estatal, é dicir, reprochable non só social senón xuridicamente, cómpre afirmar que debemos identificar a falla coa culpabilidade por canto na culpabilidade se evidencian as formas de actuación irregular da administración a que fixemos referencia<sup>4</sup>.

En efecto, cando se fai alusión á responsabilidade por falla cómpre probar a mesma, o cal implica demostrar que o órgano público actuou de maneira contraria á regularidade administrativa, que o fixo de maneira ilegal<sup>5</sup>, contrariando postulados do bo servizo público ou axeitada función administrativa, o que significa que a responsabilidade subxectiva comporta unha infinidade de circunstancias que a determinan<sup>6</sup>, e desta maneira, cómpre indicar que a doutrina tradicional formulada por PAUL DUEZ, no sentido de que a falla da administración se evidencia en que a mesma actuou mal, tardiamente ou non actuou, debe ser superada y falarse da existencia de actuacións irregulares; o cal implica, a posibilidade de estender os eventos de falla do servizo, por canto na irregularidade é posible involucrar toda actuación que se alonxe do bo servizo e a axeitada actuación administrativa, sempre que se identifiquen parámetros mínimos de correcta actividade do Estado<sup>7</sup>.

Pero é na sentenza Pelletier onde, ao noso parecer, se recoñece por primeira vez a falla do servizo e non noutras sentenzas como a Tomaso Grecco, como o indican algúns doutrinantes<sup>8</sup>; en efecto, cando a devandita decisión fai alusión á culpa persoal e á culpa do servizo, o que está deixando ver é a existencia de actuacións irregulares atribuíbles ao particular ou á administración, constitutivas de falta ou falla do servizo segundo o caso, pero que por

- 2 SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, terceira reimpresión, Bogotá, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 231. A mosca como a responsabilidade por falla é o título máis antigo de responsabilidade, nos seguintes termos: “*A responsabilidade por falta ou falla do servizo, hoxe entendida como responsabilidade por funcionamento anormal, ou tamén como inactividade da administración, foi o máis antigo e empregado fundamento da responsabilidade administrativa, ao punto que constituí nos sistemas que seguen o modelo francés o réxime de dereito común na materia, e foi a especie máis importante das desenvolvidas pola xurisprudencia colombiana, polo menos a partir de 1964*”. Temos que dicir iso si, que a responsabilidade por falla foi a máis tradicional no Dereito Colombiano, pero non a máis antiga, porque foi a responsabilidade obxectiva por expropiación a primeira forma de responsabilidade administrativa en Colombia.
- 3 DEPUIS, Georges y otros. *Droit Administratif*, novena edición, Paris, Francia, Armand Colin, 2004, p. 560, amosa como as conclusións do Comisario de Goberno Laferrière no Sentenza Laumonier - Carriol do Tribunal de Conflitos de 1877, deixan ver a distinción que existía entre a falta persoal revelada nun home coas súas debilidades, as súas paixóns e a súa imprudencias, da falta ou falla do servizo, onde se amosaba un administrador máis ou menos suxeito a erro.
- 4 PAILLET, Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 114: “*o feito do servizo é aquel que é indisoluble do funcionamento da máquina administrativa tomada na súa globalidade, de sorte que non pode imputarse a tal ou cal axente tomado en forma individual, senón ao suxeito de dereito que institucionaliza este conxunto de estrutura e de axentes*”.
- 5 *Ibidem* p.147: “*Non é raro na doutrina que a culpa do servizo se entenda como un comportamento contrario ás normas que gobernan o funcionamento da administración, en todo caso cun abano de aproximacións, que a sitúan á vez como unha omisión ou inobservancia das leis do servizo, como sinónimo de anormalidade ou aínda máis como a violación dunha obriga administrativa*”.
- 6 Aínda que cómpre aclarar que non sempre que se incorra en falla do servizo, a actuación é ilegal, xa que en eventos como os feitos administrativos, pode ocorrer que non se estea violando unha norma xurídica superior e porén a actuación se pode tomar irregular; pola contra, ao existir unha ilegalidade que xere un prexuízo, estase sempre en presenza de falla do servizo, porque se a actuación é ilegal, configura unha irregularidade da administración.
- 7 FOILLARD, Philippe. *Droit Administratif*, Orleans, Paradigme Publications Universitaires, 2004, p. 378: «*La faute peut etre un acte juridique (individuel ou réglementaire), une opération matérielle, un mauvais fonctionnement du service, un retard, une maladresse, une négligence... Elle peut résulter d'une action positive ou d'une inaction du service, d'une abstention (carence d'une autorité de police par exemple)*».
- 8 SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración pública*, obra citada, p. 241. quen é partidario de optar por criterios técnicos para determinar o bo funcionamento administrativo, no sentido de establecer estándares mínimos de funcionamento aceptable da administración.



ser o Tribunal de Conflictos o que fai os pronunciamentos na devandita providencia, só se referiu á asignación de competencia tendo en conta a atribución ou imputación de responsabilidade<sup>9</sup>.

O Consello de Estado Francés na sentenza Tomaso-Grecco fixo pronunciamento de fondo sobre a falla do servizo e non como simple determinación do xuíz competente para coñecer un asunto con fundamento na clase de culpa, que foi o realizado na sentenza Pelletier, é dicir, a culpa persoal e a culpa do servizo. O anterior é así porque no devandito pronunciamento se exonerou de responsabilidade á administración, ao non determinarse a existencia de falla atribuíble á mesma, no sentido que non existiu proba da irregularidade na actuación<sup>10</sup>.

Significa o anterior que, ao falarse de falla do servizo, cómpre indicar que se debe probar a actuación irregular da entidade pública, nos termos analizados en acápitese anteriores, de vulneración do bo servizo público e, así, determinar o título de imputación subxectivo de responsabilidade ao Estado, que no sistema francés se evidencia aínda en casos da actividade médica, cando se xeran erros nos procedementos<sup>11</sup>, malia que nalgúns eventos se pode estar fronte a responsabilidade obxectiva ou falla presunta<sup>12</sup>.

## 2 A proba da falla do servizo é un criterio necesario pero non suficiente

No dereito colombiano, a falla probada constituíuse no título de imputación de responsabilidade por excelencia, na medida que as actuacións irregulares da administración constituíron o fundamento tradicional de responsabilidade do Estado; en efecto, se se analiza a xurisprudencia do Consello de Estado, ésta foi a maior expresión de responsabilidade administrativa, malia que a responsabilidade obxectiva é de máis vella data dentro do noso sistema xurídico<sup>13</sup>.

Da mesma maneira que a concepción clásica francesa da responsabilidade por falla, no ordenamento nacional consagráronse en principio como modalidades da falla no servizo, circunstancias que implican que a administración non actuou, fíxoo tardiamente, ou a actuación foi anómala. O anterior significa que a actuación do Estado neste título de imputación de responsabilidade se enmarca en condutas positivas como nos eventos en que a

9 Ibidem, p. 235, aludindo ademais á sentenza Auxerre

10 LONG, Marceau. *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, p. 8, ao referirse ao espírito da sentenza Pelletier expresa: “A culpa persoal é concebida como aquela que se desprende tan completamente do servizo que o xuíz ordinario pode constatala, sen por iso entrar a apreciar o funcionamento mesmo da administración. A falta do servizo pola contra é un feito do axente tan ligado ao servizo que a súa apreciación por parte do xuíz común automaticamente implica unha apreciación do funcionamento do servizo”. E se na falta do servizo, o que se fai é unha apreciación do funcionamento do mesmo, significa que se realizan verificacións e valoracións da actuación da administración, que non é outra cousa que determinar se existiu falla no servizo público.

11 C. E. Francés, 10 de febreiro de 1905, Tomaso Grecco, Rec. 139, concluc Comisario Romieu, expresa: “Considerando que da instrución non se desprende nin que o balazo que feriu ao señor Grecco fora disparado polo policía Mayrigue nin que o accidente que sufriu o actor poida atribuírse a unha falla do servizo atribuíble á administración; que, en consecuencia, no asiste ningún dereito ao señor Grecco para demandar a anulación da decisión pola cal se denegou a atribución dunha indemnización.”

12 C. E. Francés Ass 10 de abril de 1992, Esposos V., Rec. 171, concluc. Legal. Responsabilidad por servicios médicos y quirúrgicos; NoNG, Marceau. *Grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, obra citada, p.613.

13 A xurisprudencia francesa falou de responsabilidade obxectiva en asuntos médicos, en casos de transfusión sanguínea por exemplo, consignada en: C.E., 26 de maio de 1995 “M. Joan y Consorts N’Guyen”. Tomado de MORAND-DEVILLER, JACQUELINE. *Curso de Derecho administrativo*, tradución de Zoraida Rincón Ardila e Juan Carlos Pelaez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2010. p.835.



administración actuou mal e en condutas omisivas para os casos en que non actuara ou a actuación foi tardía.

A xurisprudencia do Consello de Estado desde os seus inicios<sup>14</sup> foi clara en contemplar as formas de falla no servizo a partir dos criterios tradicionais de responsabilidade subxectiva para identificar este título de imputación, onde as omisións administrativas, por exemplo, deron lugar a atribucións de responsabilidade e indemnización de prexuízos, como consecuencia do non actuar da administración<sup>15</sup>.

Pero é o actuar das entidades públicas o que caracterizou e determinou a noción de falla do servizo, porque a xurisprudencia do Consello de Estado seguiu este criterio sen descoñecer que o que identifica esta clase de responsabilidade é que a actuación sexa irregular<sup>16</sup>, nas diversas modalidades que existen da irregularidade, porque cómpre indicar que este termo ten unha gran amplitude e se pode identificar nunha infinidade de actuacións dos órganos do Estado<sup>17</sup>; circunstancia que nos leva a alonxarnos dalgún criterio do Consello de Estado Colombiano, que parece adoptar sen maiores reparos a noción clásica francesa de falla do servizo a que fixemos referencia no parágrafo anterior<sup>18</sup>.

De todas maneiras, na falla probada do servizo cómpre demostrar a irregularidade no actuar administrativo, é dicir, a culpabilidade da administración, o que significa, que ademais de acreditar a actuación, o dano e o nexa causal, cómpre evidenciar un Estado alonxado de criterios do bo servizo público e. pola contra, como vulnerador de dereitos<sup>19</sup>, pero non é suficiente para esgotar todas as formas de responsabilidade por falla.

- 
- 14 A responsabilidade obxectiva do Estado contémlase desde a Constitución do Estado de Cundinamarca de 1811, cando se determinou a obriga da administración de indemnizar prexuízos en caso de expropiación.
- 15 A competencia do Consello de Estado para coñecer asuntos de responsabilidade é relativamente recente, pois data do ano de 1964, xa que antes e malia a existencia da xurisdición contencioso administrativa desde 1913, estableceuse coa Ley 130 do devandito ano, que era a xurisdición ordinariá quen coñecía os devanditos conflitos.
- 16 C. E. Sala do Contencioso Administrativo, sentenza de 17 de novembro de 1967, C.P. Gabriel Rojas Arbeláez, actor Alfonso Salazar e outros, dixo: "*Alegouse pola parte demandada que só despois da vixencia do Decreto de 1964 é procedente recoñecer prexuízos por omisión do poder público, posto que só neste estatuto esa causa se consagrou, expresamente, e que en consecuencia debe absolverse á Nación. A afirmación carece de exactitude e considerándoo así, a sala do contencioso administrativo proferiu a sentenza do 7 de maio de 1963, expediente No 412, actores María Elena Umaña e outros, sentenza que pola causa de omisión, resultaron condenados a pagar indemnizacións os municipios de Barranquilla e Bogotá respectivamente*". Tomado de LOPEZ MORALES, Jairo. *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, tomo I Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá 1997, p.146
- 17 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección terceira, sentenza de outubro 20 de 1995, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, confirma que o criterio para determinar a existencia de falla do servizo, é a actuación irregular da administración cando di: "*Se ben é certo que o dano que sufriu o soldado, ocorreu cando adiantaba labores da actividade castrense pasou os límites do risco que na tarefa de gardiáns da vida honra e bens dos cidadáns teñen que soportar, mais cando para este tipo de misións non aparece demostrado pola administración que lle facilitou os medios suficientes para que levara a cabo coa debida seguridade para a súa integridade persoal, a tarefa que se lle concedeu, como tampouco a mesma entidade demostrou que o lesionado tivese destreza para escalar á altura que o fixo, sen comprometer a responsabilidade persoal. Así as cousas, como no caso sub-examine, evidénciase que a administración incumpriu coa obriga de retornar en similares condicións de saúde ás que tiña cando ingresou Robinson Carrillo Molinares, a prestar o servizo militar obrigatorio*".
- 18 Así por exemplo, a falla no servizo por unha actuación irregular da administración, atópase nas actos ilegais dunha autoridade pública, que son controvertidos, a través da acción de nulidade e restablecemento do dereito e que de ser anulados, o que deixan ver é unha entidade alonxada da obrigatoriedade de cumprir co ordenamento xurídico.
- 19 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, expediente No.14.170, sentenza do 25 de febreiro de 2005, M.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra, ao referirse ás modalidades da falla do servizo dixo: "*Non obstante que a norma constitucional fai énfase na existencia do dano antixurídico (refírese ao artigo 90 constitucional que consagra a responsabilidade do Estado por dano antixurídico) como fonte do dereito a obter a reparación de prexuízos sempre que o mesmo lle sexa imputable a unha entidade estatal, deixando dada a análise da conduta produtora do feito danoso e a súa cualificación como culposa ou non, iso non significa que a responsabilidade patrimonial do Estado se tornase obxectiva en termos absolutos, posto que subsisten os diferentes réximes de responsabilidade de imputación de responsabilidade ao Estado que de tempo atrás elaboraron tanto a doutrina como a xurisprudencia, entre eles o da tradicional falla do servizo, dentro da cal a responsabilidade xurde a partir da comprobación da existencia de tres elementos fundamentais: o dano antixurídico sufrido polo interesado, o deficiente funcionamento do servizo, porque non funcionou cando debeu facelo, ou fíxoo de maneira tardía ou*

### 3 A falla probada non é a única expresión da falla do servizo

Pero ademais da falla probada, a xurisprudencia e a doutrina identificaron outras modalidades, dentro das cales se atopan a falla anónima, presunta e a falla relativa<sup>20</sup>.

#### 3.1 A actuación impersoal da falla anónima

A falla anónima amosa unha actuación irregular da administración, que non pode atribuírse ou imputarse a unha persoa física determinada, pero que se relaciona directamente co servizo público ou a actividade administrativa, é dicir, que non se pode separar dela; por esta razón, consideramos que nesta modalidade, dalgunha maneira se evidencia o concepto de falla ou falta persoal, por canto se contrapón á mesma, na medida que na falla persoal tanto a actuación como a responsabilidade son atribuíbles a unha persoa determinada, coa salvidade de que neste caso, por ser unha irregularidade atribuíble exclusivamente a quen incorreu na actuación, a responsabilidade se imputa igualmente á persoa ou suxeito activo; en cambio na anónima, o acto é impersoal, pois non se pode identificar a quen o cometeu<sup>21</sup> pero si determinar os feitos que serven de fundamento á asignación de responsabilidade<sup>22</sup>.

#### 3.2 A falla presunta e a súa expresión na carga dinámica da proba

A falla presunta, pola súa parte, indica unha actuación da administración a cal se presume irregular, é dicir, se releva ao particular de demostrar a falla do servizo e nestas circunstancias, se considera que a entidade pública vulnerou principios do bo servizo público; sendo a actividade médica, a que constitúe o campo de aplicación da devandita clase de imputación<sup>23</sup>, que de todas maneiras non foi uniforme na súa concepción, pois foi desde a falla probada á presunta, pasando pola variación do réxime probatorio, empregado para acreditar a actuación da entidade pública e determinar a responsabilidade da mesma.

En efecto, o criterio de falla probada para atribuír responsabilidade pola actuación médica, sen distinguila das demais actuacións da administración, empregouse desde tempo atrás e aínda hoxe en día se vén aplicando nesta clase especial de responsabilidade<sup>24</sup> con funda-

---

*equivocada, e finalmente, unha relación de causalidade entre este último e o primeiro, é dicir, a comprobación de que o dano se produciu como consecuencia da falla do servizo". Paréntese fóra do texto.*

- 20 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, expediente No. 10.494, sentenza do 29 de agosto de 1996, M.P. Daniel Suarez Hernández
- 21 RUIZ OJEDA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*, Bogotá, Colombia, Ecoe Ediciones, 2010, p. 8
- 22 T.C. Francés, Sentenza Laumonier - Carriol, do 5 de maio de 1877, fai referencia á falla impersoal, que a podemos identificar coa falla anónima, así: "O criterio indicado pola xurisprudencia é o seguinte: se o acto daniño é impersoal, déixase ver a un administrador, a un mandatario do Estado, máis ou menos propenso ao erro, e non ao home coas súas debilidades, as súas paixóns, as súas imprudencias, o acto segue sendo administrativo e non pode ser deferido aos tribunais ordinarios...". Tomado de MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Curso de Derecho Administrativo*, obra citada, p.826; sendo preciso aclarar que a falla anónima debe concibirse cando a actuación non é atribuíble a persoa específica ou determinada, pero a responsabilidade é da administración a título de falla do servizo, pois hai casos en que sendo particularizada a conduta nunha persoa, pode non existir falla do servizo, senón falla persoal.
- 23 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, expediente 17.303, sentenza do 25 de febreiro de 2009, M.P. Ruth Stella Correa, di: "É certo que desde fai moito tempo a xurisprudencia da corporación sostivo que a falla do servizo é anónima, para indicar que non se require establecer no proceso quen foi o autor material do dano causado; pero isto non significa que non deba establecerse os feitos a partir dos cales se pretende imputarlle ao mesmo ese dano; polo tanto, non era necesario que neste proceso se identificara á persoa que deu morte ao menor, pero para poder imputar ese feito á Nación, por ter sido causado por un axente ao seu servizo si era necesario acreditar esa circunstancia".
- 24 GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, cuarta edición, Bogotá, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2010, p.450, facendo alusión á sentenza do Consello de Estado, Sala do Contencioso Administrativo, do 24 de agosto de 1992, expediente

mento en que quen alega a falla debe probala e, así, non se lle recoñece ao particular ningunha vantaxe probatoria fronte ao ente público, como ocorre nas outras modalidades de responsabilidade médica<sup>25</sup>; pero a noción de falla probada en asuntos médicos, tivo fortes reservas por ser tan especial e técnica a actividade médico-asistencial e nesta medida desenvóléronse criterios como o da mellor posición de probar para indicar que a administración se atopa fronte ao particular nunha posición máis favorable para demostrar que a súa actuación se axustou aos procedementos técnico-científicos e, respecto dos cales, ao paciente ou particular lle queda moi difícil demostrar unha actuación irregular da entidade pública<sup>26</sup>.

Significa o anterior, que a noción da mellor posición para probar se constitúe nun antecedente ou sustento para a acreditación da teoría da falla presunta do servizo, onde o particular iguala a súa posición fronte á administración en asuntos de responsabilidade médica porque se lle outorga a vantaxe de que non ten que entrar a demostrar a falla, senón que esta se presume con fundamento en que a administración ten unha mellor capacidade probatoria; pero a exoneración de probar non é absoluta, xa que está na obriga de demostrar a actuación, o dano e o nexo de causalidade<sup>27</sup>, na medida que calquera imputación de responsabilidade administrativa ten que derivarse dun actuar de entidade pública ou dun particular que desenvolva servizo público ou actividade administrativa.

É lóxico que en actividades médico-asistenciais non se dea o mesmo tratamento probatorio ao particular fronte á administración, xa que ademais de existir desvantaxe técnico-científica fronte á entidade pública, hai unha posición de inferioridade do particular na proba das circunstancias que poden rodear os acontecementos que causan o prexuízo, na medida que unha intervención cirúrxica normalmente se realiza a porta pechada e coa presenza exclusiva dos profesionais da medicina, que son os que causan os danos e que en ocasións amosan unha falla anónima da administración, o que impide que terceiros poidan dar conta dos feitos e colaborar na demostración da actuación irregular do Estado; por tal razón, a xurisprudencia deulle ao particular algún alivio na obriga de probar a culpabilidade nestes casos<sup>28</sup>.

---

6754, amosa a falla presunta así: “A través da falla presunta, radícouse en cabeza da administración pública unha presunción de feito (*liris tantum* ou de home), a cal supoñía *prima-facie*, en cada caso concreto, que o dano antixurídico na actuación médico-hospitalaria, cando se relacionaba coa prestación do servizo público de saúde derivaba da ocorrencia dunha falla do servizo, motivo polo cal á administración hospitalaria lle correspondía acreditar a súa dilixencia e coidado, nos termos do artigo 604 do C. C., co obxectivo de destruír a presunción de culpa que obraba na súa contra”.

- 25 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, expediente No.16.700, sentenza do 28 de xaneiro de 2009, M.P. Mauricio Fajardo, indica: “A determinación do réxime xurídico aplicable en eventos onde se discute a responsabilidade extracontractual do Estado derivada do despregamento de actividades médico-asistenciais non foi pacífica na xurisprudencia, como queira que paralelamente á postura que propendeu por cimentar a responsabilidade estatal nestes casos sobre a falla presunta do servizo, tivo acolida igualmente, a posición — polo demais adoptada pola sala nas súas máis recentes sentenzas— de acordo coa cal o título xurídico de imputación a ter en conta nos supostos xurídicos en comento é o da falla do servizo probada”.
- 26 *Ibidem*, trae a conto algunhas das sentenzas proferidas polo Consello de Estado, Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, que fan alusión á falla probada por servizos médico asistenciais, así: sentenza do 7 de decembro de 2004, expediente 14.421, actor Ramón Frey Millán e outros; sentenza do 3 de outubro de 2007, expediente 16.402, sentenza do 20 de febreiro de 2008, expediente 16.739.
- 27 GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, cuarta edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2010, p.448; quen ademais amosa, que é na sentenza do 30 de xullo de 1992, expediente 6897 M.P. Daniel Suarez, cando o Consello de Estado, asume o concepto de que na actividade médica, a administración se atopa en mellor posición para probar, ante un particular que non teñen na xeneralidade dos casos os coñecementos científicos para acreditar unha falla do servizo.
- 28 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, sección terceira, sentenza do 24 de agosto de 1992, expediente 6754, M.P. Carlos Betancur Jaramillo, amósa desta maneira cando expresa: “A exoneración da carga da proba que implica a noción de falla presunta é apenas relativa, porque ao actor lle incumbe en tales casos probar como mínimo os supostos que permiten a operancia da presunción. Así, no caso de que alguén alegue que resultou lesionado por unha intervención cirúrxica inadecuada, deberá probar en termos xerais, que se lle prestou o servizo en tal data e que sufriu o dano cuxa indemnización pretende.”

Polas anteriores circunstancias, o réxime probatorio en asuntos de actividade médica, dependendo do título de imputación de responsabilidade que se empregue, foi manexado de forma diferente; así, da obriga de demostrar a actuación irregular da administración nos eventos de falla probada, pasouse á denominada carga dinámica da proba, onde a posición da parte fronte ao asunto a probar determina a obriga de aportar á actuación contenciosa os elementos de xuízo para acreditar os supostos de feito obxecto de proba, que no caso da falla do servizo, hai que dicir que lle corresponde ao particular demostrar a actuación defectuosa da persoa xurídica pública, mentras que á entidade pública lle compete demostrar que actuou axustada á legalidade e a criterios do bo servizo público e dunha axeitada actuación administrativa<sup>29</sup>.

Nalgúns casos a xurisprudencia do Consello de Estado identificou a falla presunta coa carga dinámica da proba<sup>30</sup>, o cal non é correcto, por canto a carga dinámica da proba se diferencia da falla presunta en que a obriga de probar non é estática, como ocorre nesta última onde presumindo a actuación anómala da administración, correspóndelle á entidade pública prestadora do servizo médico asistencial demostrar que actuou correctamente; senón que pola contra, existe obriga de probar tanto da administración como do particular, defendendo a súa posición fronte ao suposto de feito que se pretenda demostrar e, así, quen teña mellor condición de probar debeo facer, implicando esta circunstancia a existencia de equilibrio e distribución das cargas de proba<sup>31</sup>.

Actualmente, o Consello de Estado, sen descoñecer a existencia dos títulos de imputación de responsabilidade médica de falla probada, presunta e carga dinámica da proba, adoptou o criterio das *cousas falan por si soas* ou os chamados “crasos erros”, nos eventos de actuacións irregulares da administración que son evidentes e manifestos<sup>32</sup>; por tal razón, relévese ao particular da proba da culpabilidade da entidade pública, circunstancia que nos permite dicir que no sistema xurídico colombiano se está a abrir paso a noción de responsabilidade obxectiva nos casos de actuacións médico-asistenciais, porque só corresponde demostrar a actuación que pola súa natureza é irregular, o dano e o nexos causal, pois se lle eximiu ao actor de probar a culpabilidade ou a falla; sendo extremadamente difícil para a entidade do Estado probar que actuou axeitadamente, por canto o erro é evidente e entón terá que

29 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, sentenza do 15 de xuño de 2000, expediente 12.584, M. P. María Elena Giraldo, dixo: “*Aceptada a dificultade que adoita causarse na proba da causalidade en materia médica, non resulta aventurado soste que ante casos de difícil proba se adopten criterios que alixeren a situación da vítima, máxime se se ten presente que, a dificultade no achádego dunha causalidade razoablemente certa que permita formular o xuízo de imputación, pode obedecer, precisamente, á forma grupal da prestación do servizo médico de saúde...*”.

30 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, sentenza do 10 de febreiro de 2000, expediente 11.878, M. P. Alíer Eduardo Hernández Henríquez, ao referirse á falla presunta, dixo que en relación con esta posición, reiterada pola xurisprudencia desta Sala a partir da expedición da sentenza do 30 de xullo de 1992, do C.E., Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, expediente 6897, M.P. Daniel Suarez Hernández, a mesma ten orixe no principio das cargas probatorias dinámicas, esixíndoselle ás entidades a obriga de probar que actuaron axeitadamente.

31 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, sentenza do 10 de xuño de 2004, expediente N.º 25.416, M. P. Ricardo Hoyos Duque, cando expresa: “*En síntese, pode afirmarse que, en moitos eventos, o demandante pode ser relevado polo xuízo de acreditar a falla do servizo médico en aplicación do principio da carga dinámica das probas ou ben a través dunha inversión da carga das mesmas, en atención ao alto grao de dificultade que representa para este acreditar feitos de carácter científico ou realizado en condicións nas cales unicamente o profesional médico ten acceso á información*”.

32 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, sentenza do 22 de marzo de 2001, expediente 13.666, M. P. Ricardo Hoyos Duque: “*Máis recentemente, a Sala considerou que a presunción de falla nos casos de responsabilidade médica se deriva da aplicación da teoría da carga dinámica das probas e polo tanto, a devandita presunción non debe ser aplicada de maneira xeral senón que en cada caso o xuízo debe establecer cal das partes está en mellores condicións de probar a falla ou a súa ausencia*”.

acudir aos eximentes de responsabilidade para librarse da condea a recoñecemento e pagamento de prexuízos<sup>33</sup>.

Así, a noción de falla no caso de responsabilidade médica tivo variacións de gran interés que deixaron ver unha actuación especial que merece un tratamento igualmente especial na atribución de responsabilidade polos danos causados como consecuencia da mesma, levando á necesidade de distinguir o acto médico en estrito sentido, que é o que está suxeito aos criterios de responsabilidade analizados, dos actos ou actividades conexas, que se rexen en sentido estrito para a imputación de responsabilidade pola noción de falla probada do servizo<sup>34</sup>.

### 3.3 A falla relativa: un eximente de responsabilidade

A falla relativa, pola súa banda, fai referencia a que á administración se lle aplica o principio xeral de dereito que expresa: ninguén está obrigado ao imposible e así, unha entidade pública non está conminada a realizar actuacións que non se atope en capacidade de executar; o que significa que se se chega a causar un dano perante a non actuación da administración, a falla será relativa<sup>35</sup>.

Significa o anterior que non pode atribuírselle responsabilidade á entidade pública e obligala á indemnización de prexuízos cando os mesmos son causados pola actuación dunha persoa estatal, malia que actuou coa maior dilixencia, coidado e utilización de todos os recursos con que conta, pero con todo o dano prodúcese de maneira inevitable<sup>36</sup>; o cal evidencia que non existiu unha actuación irregular, polo que ao noso parecer, se presenta unha ausencia de responsabilidade da persoa xurídica pública, xa que todo dano que se causa non xera unha obriga automática de reparación.

Por outra banda, cómpre indicar que na falla relativa atopámonos fronte aos conceptos de Estado ideal e Estado real, en canto a que se ben é certo que é obriga da administración protexer a vida, bens e honra dos cidadáns<sup>37</sup>, a devandita obriga relativízase polas condicións materiais que se presentan no país, que fai que en ocasións as autoridades públicas non poidan cumprir axeitadamente coa consagración constitucional de protección sen que signifique que actuaron irregularmente; pola contra, pódese evidenciar dalgunha maneira que a actuación foi perfectamente dilixente e porén se xera o prexuízo, pero este non é indemnizable ao no existir responsabilidade atribuíble ao Estado<sup>38</sup>.

33 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección terceira, sentenza do 19 de agosto de 2009, expediente 18.364, M.P. Enrique Gil Botero, consigna así "*Configúrouse, no caso concreto, o que a doutrina alemá denominou "erro craso"... todo o anterior con fundamento nas regras da experiencia científica, obxectiva e estatística, que permiten inferir sen requirir un coñecemento especializado sobre a materia, que o erro cometido se produciu por unha errada convicción que puido ser doadamente superada, o cal tería evitado a produción do evento danoso*".

34 A xurisprudencia administrativa francesa previu a responsabilidade obxectiva do Estado en asuntos de actividade médica, como nos casos de danos causados en centros públicos de transfusión sanguínea. C.E. sentenza do 26 de maio de 1995, M. Jouan e Consorts N'Guyen. Tomado de MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Curso de Derecho Administrativo*, obra citada, p. 835.

35 Ver C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, sentenza do 28 de abril de 2010, expediente 18.574, M.P. Ruth Stella Correa.

36 RUIZ OJEDA, Wilson. *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*, Bogotá Colombia, Ecoe Ediciones, 2010, p.12.

37 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección Terceira, sentenza do 30 de novembro de 2006, expediente 16.626, M.P. Alier Hernández Enríquez, quen ademais a presenta da seguinte maneira: "*Ésixelle ao Estado a utilización axeitada de todos os medios de que está provisto, en orde a cumprir o cometido constitucional no caso concreto; se o dano se produce pola súa incuria no emprego de tales medios, xurdirá a súa obriga resarcitoria; se o dano ocorre malia a súa dilixencia non quedará comprometida a súa responsabilidade*".

38 Cómpre indicar, que non todo dano é indemnizable, pois para selo débese haber roto o principio de equilibrio fronte ás cargas públicas.



Consideramos entón que nos eventos antes formulados, máis que existir unha falla relativa do servizo, o que hai é unha actuación da administración axustada a parámetros de regularidade ou legalidade e, nestas circunstancias, preséntase unha ausencia de responsabilidade do Estado, por canto o actuar da entidade pública non é o que produce o dano e entón non se contén o primeiro requisito de toda forma de imputación de responsabilidade estatal, como é a actuación dun órgano público ou dun particular que cumpra funcións públicas.

## 4 A responsabilidade obxectiva no dereito español prima sobre a responsabilidade por falla do servizo

No sistema xurídico español, a noción de falla non foi de gran tradición, por canto as actuacións irregulares da administración non se constituiron no principal título de imputación de responsabilidade administrativa, xa que os criterios de responsabilidade obxectiva son os que primaron na asignación de responsabilidade; pero dentro das diversas modalidades de falla do servizo, é a falla probada a que ten maior sustento e aplicación, xa que é necesario probar non soamente a actuación, o dano causado e o nexa causal, senón tamén a irregularidade ou culpabilidade da entidade pública.

En efecto, de vella data o sistema xurídico da nai patria considerou a responsabilidade por falla como título de imputación para obrigar á administración a indemnizar prexuízos, con fundamento na consagración que fai o artigo 1902 do Código Civil<sup>39</sup>, en conexión co artigo 1903 do mesmo Código<sup>40</sup>; normas que dunha ou outra forma involucran a actuación irregular de quen incorre no acto, cando as disposicións civís falan da culpabilidade no suxeito da actuación.

En efecto, a noción de culpa orixinada no dereito privado, así sexa de maneira pouco aceptada, identificou a responsabilidade por falla no Estado Ibérico, por canto, a imputación desta clase de responsabilidade se referencia nos principios do Código Civil que fan alusión á responsabilidade civil extracontractual, o que significa que é o legislador na regulación das consecuencias do actuar dos particulares o que determinou o antecedente da noción de responsabilidade por falla con fundamento en criterios de responsabilidade privada, o que levou dalgunha maneira a determinar unha forte tendencia de irresponsabilidade do Estado por canto non respondía polo actuar dos funcionarios en exercicio das competencias ou funcións asignadas ao seu cargo, nin sequera con criterios de culpa na elección ou na vixilancia<sup>41</sup>; en efecto, habería que buscar primeiro a responsabilidade e a indemnización do prexuízo en quen incorreu na actuación e logo se, de maneira subsidiaria, na administración, como se evidenciou nas normas ditadas a partir da Constitución de 1931.

39 C.E. Sala do Contencioso Administrativo, Sección terceira, sentenza do 4 de decembro de 2007, expediente 16.894, M.P. Enrique Gil Botero, expresou: *"A relatividade da falla, nestes eventos, relaciónase coa imposibilidade de esixir de maneira absoluta á organización estatal, previr calquera tipo de dano ou resultado antixurídico, como queira que o estado non se atopa en brindar unha protección personalizada a cada individuo que conforma o conglomerado social"*.

40 O artigo 1902 do Código Civil Español di: *"O que por acción ou omisión cause dano a outro, intervindo culpa ou negligencia, está obrigado a reparar o dano causado"*; este artigo consagra o principio xeral de dereito que sustenta a responsabilidade tanto pública como privada e que está previsto no artigo 2341 do Código Civil de Colombia, que expresa: *"O que cometeu un delito ou culpa, que inferiu dano a outro, é obrigado á indemnización, sen prexuízo á pena principal que a lei impoña pola culpa ou o delito cometido"*.

41 Pola súa parte o artigo 1903 do Código Civil de España consagra: *"A obriga que impón o artigo anterior é esixible, non só polos actos ou omisións propios, senón polos daquelas persoas de quen se debe responder..."*, aquí contéplase tanto a responsabilidade directa como a responsabilidade indirecta, é dicir, polo feito propio e polo feito do terceiro, que o sistema xurídico colombiano prescribe ademais do artigo 2341, nos artigos 2347 e 2349 do Código Civil.

Porén, as nocións de responsabilidade civil asignadas á actividade administrativa non resistiron unha forte aplicación á función da administración pública, por canto os criterios de responsabilidade indirecta que son tradicionais no dereito privado, como expresión da obriga de seleccionar axeitadamente aos servidores ou vixiar de maneira eficiente aos mesmos, non foron de clara aplicación na actividade das administracións públicas españolas, xa que non se presentou distinción entre a persoa que produce directamente o dano e a entidade pública, senón que existía unidade entre unha e outra e, por tal razón, a actuación considérase atribuída á persoa xurídica pública, no entendido que a mesma sexa en exercicio de actividade administrativa ou de servizo público<sup>42</sup>; e ademais, porque o artigo 1903 do Código Civil consagrou unicamente a responsabilidade do Estado polo feito alleo nos casos de actuación dun axente especial<sup>43</sup>, que non atopou maior eco na xurisprudencia española para atribuír responsabilidade administrativa, malia que este artigo 1903, remitía ao preceptuado no artigo 1902, que trata da responsabilidade polo feito propio<sup>44</sup>.

Malia que a noción de falla do servizo non se sustente na culpa polo feito alleo do dereito privado, si ten algún antecedente na mesma, como se amosa na regulación que fixeron do artigo 41 da Constitución de 1931 e a Lei Municipal de 1935, que consagraron a responsabilidade indirecta da administración; de todas maneiras, cómpre indicar que o antecedente da mesma se debe buscar con maior forza de argumentación no criterio de actuación irregular das entidades públicas, pero polo feito propio, que igualmente consagra a lexislación civil española, onde se identifica quen comete o acto e a institución administrativa pública; porque ao contrario do que indica algunha parte da doutrina española<sup>45</sup>, non se pode descoñecer o antecedente da regulación civil na verificación de responsabilidade do Estado por actuacións irregulares da administración.

De todas formas, a responsabilidade por falla no Dereito Español, ademais de ter antecedentes na regulación civil, fundaméntase nos criterios clásicos de responsabilidade franceses da falla do servizo, é dicir, en que o servizo funcionou defectuosamente, non funcionou ou fíxoo en forma tardía, todo enmarcado na actuación irregular da administración, así se derive dunha falla ou falta do servizo persoal do axente, porque neste sistema xurídico, a diferenza dos franceses, non se concibe da mesma maneira a distinción entre falta ou falla persoal de falta ou falla do servizo, pois nun e outro evento debe responder a administra-

42 MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*, 25ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra España, 2006, pp. 420 e 421, quen dá conta, que co predomínio da responsabilidade por culpa do Código Civil, o resultado foi descargar á administración de toda responsabilidade civil, tendo en conta que os tribunais para os actos executados polos empregados no desempeño das funcións propias do seu cargo, non cabía supoñer de parte do Estado culpa, nin sequera negligencia, na designación dos seus axentes, senón, pola contra, a previsión humanamente posible.

43 Con PAREJO ALFONSO, LUCIANO e outros. *Manual de Derecho Administrativo*, volume I, 5ª edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, 1998, p.684, quen o evidencia desta maneira: “*Se a responsabilidade extracontractual civil descansa sobre a culpa como criterio de ilicitude do dano ou prexuízo e na excepcionalidade da imputación da mesma por feito de terceiro (por culpa in vigilando ou in eligendo), a evolución que conduce á responsabilidade administrativa perfila esta xustamente sobre as características opostas: a responsabilidade da Administración pública por danos ou prexuízos causados polo funcionamento dos servizos públicos da súa titularidade é directa (atribúense sempre á propia organización administrativa titular do servizo as consecuencias dos feitos dos seus axentes) e obxectiva non require o concurso de culpa*”.

44 MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas: un balance y tres reflexiones*, En: RAP, número 150, setembro-deseembro de 1999, p.330, quen dá conta que o axente especial era unha estraña personaxe que ningún coñecía, o que nos permite afirmar, que a atribución de responsabilidade á administración co seu actuar foi moi escaza. Tomado de MIR PUIGPELAT, Oriol. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública —hacia un nuevo sistema—*, Editorial Civitas, Madrid España, 2000, p.37

45 MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración pública, hacia un nuevo sistema*, obra citada, p. 37.

ción tendo en conta que se está en cumprimento de función administrativa e o servidor e o ente público conforman unidade<sup>46</sup>.

Non se pode descoñecer entón que no sistema xurídico ibérico a falla do servizo é un título de imputación que se identifica coa noción de irregularidade na actuación administrativa e que nalgúns eventos se pode enmarcar dentro da ilegalidade da función das entidades do Estado, cando cos feitos ou as omisións administrativas se viola o principio de legalidade que debe asistir a toda a actividade das entidades públicas inmersas no Estado de Dereito ou Social de Dereito<sup>47</sup>.

## 5 Conclusións

A responsabilidade do Estado manexouse entre os dous títulos de imputación de responsabilidade tradicionais, como son a obxectiva ou sen falla e a subxectiva ou por falla; sendo esta última a de maior tradición no sistema xurídico colombiano, porque é a actuación irregular da administración a que na maioría dos casos xera prexuízos indemnizables aos particulares.

A responsabilidade por falla do servizo ten a súa orixe no Dereito Administrativo Francés, con algunhas decisións do Tribunal de Conflitos e do Consello de Estado, o que determinou que sexa de clara preponderancia xurisprudencial, o que significa que foron as decisións da xurisdición contencioso-administrativa que lle imprimen identidade.

No dereito colombiano, a responsabilidade por falla non se alonxou da concepción francesa, ao identificar a mesma que a administración actuou mal, tardiamente ou non actuou, pero que coas decisións da xurisdición contencioso administrativa se foron afianzado os criterios de irregularidade ou anormalidade na actuación como fonte de responsabilidade administrativa por falla do servizo, ante as limitacións que presenta a teoría clásica francesa.

A falla do servizo non se concreta unicamente co criterio de falla probada, senón que existen outras modalidades como a falla presunta, a anónima ou a relativa, onde cada unha delas mantén a súa identidade e as súas características propias. En efecto, a doutrina na maioría dos casos identifica a falla coa proba da mesma, o cal é un erro, porque nos casos da falla presunta o que identifica é a presunción de existencia.

No dereito español, ao contrario do que ocorre en Colombia, a falla do servizo non é o título de imputación de maior tradición, xa que é a responsabilidade obxectiva a que ten unha regulación e desenvolvemento de significativa amplitude, o que levou a que algunha parte da doutrina diga que neste sistema xurídico o que existe é unha obriga xeral de responsabilidade, o cal ao noso parecer non é certo porque como se analizou anteriormente, a falla do servizo non é descoñecida neste ordenamento, fronte ao funcionamento anormal dos servizos públicos.

46 Con PAREJO ALFONSO, LUCIANO e outros. Manual de Derecho Administrativo, volume I, obra citada, p.684.

47 PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo parte General*, décimo quinta edición, Madrid España, Marial Pons, 2004, p.637. A moso como a doutrina e a xurisprudencia española foi ao límite en asuntos de responsabilidade administrativa, ao non esixir da administración a obriga de indemnizar nos casos de falta persoal ou do servizo, tendo en conta que o funcionario se atopa integrado á organización administrativa e actúa desempeñando as funcións que nela ten encomendadas; traendo a conto as sentenzas do Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1977, 25 de febreiro e 11 de xuño de 1981 e 23 de setembro de 1982.





## 6 Bibliografía

- DEPUI, Georges e outros. Droit Administratif, novena edición, Paris, Francia, Armand Colin, 2004.
- FOILLARD, Philippe. Droit Administratif, Orleans, Paradigme Publications Universitaires, 2004.
- FORSTHOFF, Ernest. Tratado de Derecho administrativo, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1958.
- GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado, cuarta edición, Bogotá, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2010.
- HENAO, Juan Carlos. El daño, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- LE TOURNAU, Philippe. La responsabilidad civil, Editorial Legis, Bogotá, 2004.
- LONG, Marceau. Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- LÓPEZ MORALEZ, Jairo. La responsabilidad Patrimonial del Estado, tomo I Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá 1997.
- LÓPEZ MORALEZ, Jairo. La responsabilidad del Estado por error judicial Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá, 1996.
- MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo, 25ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra España, 2006.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. Ayer y hoy de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas: un balance y tres reflexiones, En: RAP, número 150, setembre-diciembre de 1999.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública —hacia un nuevos sistema—, Editorial Civitas, Madrid, España, 2000.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Curso de Derecho administrativo, traducción de Zoraida Rincón Ardila e Juan Carlos Peláez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- PAILLET, Michel. La Responsabilidad Administrativa, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- PARADA, Ramón. Derecho Administrativo parte General, décimo quinta edición, Madrid España, Marial Pons, 2004.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO e outros. Manual de Derecho Administrativo, volume I, 5ª edición, Barcelona, España, Editorial Ariel, 1998.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. Lecciones de Derecho Administrativo, Tiran lo Blanch, Valencia, 2008.



RUIZ OJEDA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus Regímenes, Bogotá, Colombia, Ecoe Ediciones, 2010.

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro, La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública, terceira reimpresión, Bogotá Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

# O delito de malversación na administración pública

MARÍA LOURDES SOTO RODRÍGUEZ  
Avogada. Fiscal substituta de Pontevedra

**Resumo:** *O delito de malversación de caudais públicos caracterízase por un quebrantamento do vínculo de confianza existente entre o autor do delito e a cousa confiada. No devandito delito o suxeito activo debe ostentar a calidade de funcionario e é necesario que os caudais ou efectos públicos estean ao seu cargo ou á súa disposición e que, con ánimo de lucro, se apropiasen deles, ou permitido que un terceiro os subtraia e sempre con vontade de non restituílos.*

**Paoabras clave:** *Funcionario, autoridade, efectos ou caudais públicos, custodia, confianza, subtraer, distraer, desviar.*

**Abstract:** *The crime of embezzlement of public flows is characterized by a breaking of the link of existing confidence between the author of the crime and the trusting thing. In the above mentioned crime the active subject must show the civil servant's quality and it is necessary that the flows or public effects are to his post or to his disposition and, that, with spirit of profit, have appropriated of them, or allowed that a third party should remove them and always with will not to return them.*

**Key words:** *Officer, authority, purpose or public funds, custody, trust, subtract, distract, divert.*

**Índice:** *1. Malversación de caudais públicos. 1.1. Historia. 1.2. Concepto. 1.3. Regulación legal. 1.3.1. Malversación de caudais públicos. 1.3.2. Supostos agravados. 1.3.2.a) Especial gravidade. 1.3.2.b) Afectación a servizos públicos. 1.3.2.c) De valor histórico. 1.3.2.d) A aliviar calamidades públicas. 1.3.3. Supostos atenuados. 2. Destino a usos alleos dos caudais públicos. 3. Malversación por aplicación privada dos bens públicos. 4. Malversación impropia. 5. Conclusións.*

# 1 Malversación de caudais públicos

## 1.1 Historia

O delito de malversación aparece xa no Dereito romano, denominándose «peculatus», figura que comprendía a subtracción de cousas mobles pertencentes ao Estado. A regulación máis completa deste delito alcánzase nunha lei de Xulio César chamada «De Peculato», na que se recolleron as diversas modalidades do mesmo que foran xurdindo co paso do tempo, contrapoñéndose ao peculado propiamente dito —é dicir, a subtracción dos caudais do erario polas persoas encargadas do seu manexo— o denominado «crime de résiduis », forma impropia de peculado, que castigaban ao que retiña o diñeiro público para usos distintos dos que en cada caso lle eran propios.

As dúas modalidades do peculado foron recollidas pola nosa lexislación de Partidas (Partida VII, Título XIV, Lei 14) e posteriormente pola Novísima Recopilación (Libro XII, Título XV, Lei 7). O Código Penal de 1822 reduciu por primeira vez a penalidade da figura máis grave da malversación de caudais públicos a privación de liberdade, se ben se aplicaron conxuntamente as de multa e declaración de infamia, impondo ademais a restitución do malversado (arts. 464 e 465). O Código Penal de 1848 regulou xa estes delitos en forma parecida aos demais Códigos que lle seguiron, sendo o Código Penal de 1870 o que definiu o contexto que actualmente presenta o Capítulo X do Título VII.

## 1.2 Concepto

Infracción penal que consiste en subtraer, ou consentir a subtracción, ou dar un uso distinto ao seu destino público, caudais ou efectos públicos que a autoridade ou funcionario público teña encomendados por razón do seu cargo. Tamén poden cometer esta infracción os particulares legalmente designados como depositarios de caudais ou efectos públicos, e os administradores ou depositarios de diñeiro ou bens embargados, secuestrados ou depositados por autoridade pública, aínda que pertencen a particulares. No código penal español trátase no Capítulo VII do Título XIX dos delitos contra a administración pública. Con este tipo de delitos trátase de evitar calquera ataque non soamente ao patrimonio público senón sobre todo se protexe o correcto funcionamento desa actividade patrimonial e, desde logo, a propia fidelidade dos funcionarios públicos que son os realmente encargados de velar por iso.

O delito de malversación de caudais públicos presenta un dobre aspecto: dun lado, un quebrantamento do deber de integridade do funcionario público para co Estado, no tema relativo á custodia e xestión dos caudais públicos. E, doutro lado, un prexuízo ou lesión aos intereses patrimoniais do «Estado, a provincia, o municipio e, en xeral, dos entes públicos, teñan ou non autonomía administrativa». O título VII da Constitución protexe os intereses económicos estatais e reprime tanto a de actos de perturbación á Facenda Pública polos particulares como a lesión deses intereses económicos polos seus mesmos funcionarios<sup>1</sup>.

1 MESTRE DOGADO, Dereito Penal, Parte Especial, Ed. Colex 2011, pág. 652.



## 1.3 Regulación legal

### 1.3.1 Malversación de caudais públicos:

O delito de malversación de caudais públicos atópase comprendido no Título XIX —«Dos delitos contra a Administración Pública»—, e caracterízase polo quebrantamento do deber de fidelidade e integridade do funcionario público para co Estado, mentres que especificamente se caracteriza, diferenciándose así dos demais delitos incluídos nos restantes Capítulos do mencionado Título, en que aquel quebrantamento dos deberes afectantes ao funcionario público se traducen nunha lesión ou prexuízo para os intereses patrimoniais do Estado.

O artigo 432.1 do Código Penal vixente castiga “á autoridade ou funcionario público que, con ánimo de lucro, subtraese ou consentise que un terceiro, con igual ánimo, subtraia os caudais ou efectos públicos que teña ao seu cargo por razón das súas funcións”.

Son elementos necesarios para que o devandito delito se leve a cabo os seguintes:

- a) **Subtracción**<sup>2</sup>: subtraer é quitar os caudais apartándoos do seu destino ou desviándoos para facelos propios. O verbo típico é «subtraer», o cal mereceu diversas traducións xurisprudenciais, coincidentes en esencia, se ben a máis comunmente aceptada sexa a de apropiación definitiva dos caudais ou efectos públicos de que se trate (sentenzas do Tribunal Supremo de 6 de xullo de 1965, R. 3.622; 15 de xaneiro de 1974, R. 207; e 29 de setembro de 1978, R. 2.947).

Con relación a esta modalidade delictiva, e á luz da xurisprudencia do noso máis Alto Tribunal, deben terse presentes as seguintes consideracións:

1º Que o delito é eminentemente intencional, pero é, pola contra, irrelevante o móbil que puidese inspiralo (sentenza do Tribunal Supremo de 10 de abril de 1973, R. 1.653).

2º Que é indiferente a traxectoria posterior que seguen as cousas malversadas (sentenza do Tribunal Supremo de 10 de abril de 1973, máis arriba mencionada).

Así, o reintegro posterior dos caudais ou efectos públicos subtraídos non fai desaparecer nin atenúa o delito de malversación cometida, influíndo unicamente sobre a responsabilidade civil (sentenza do Tribunal Supremo de 2 de xullo de 2003, 19 de maio de 2004, 11 marzo de 2009 e sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía de 2 de xullo de 2009) e que é, así mesmo, irrelevante o medio a través do cal se leve a cabo a subtracción.

2 ZABAOEGUI, MUÑOZ, “La malversación de caudais públicos” en Cuadernos de Dereito Judiciao IV, 1994. Asimesmo, Sentenza 18 febreiro 2003. Debe entenderse el sustraer en un sentido amplo, é dicir, separar, extraer, quitar, despojar los caudais apartándolos de su destino o das necesidades do servizo público pero para hacerlos propios. Outras traducións son las siguientes: «retener» (STS de 22 de xullo de 1938 (R. 108 y 6 de maio de 1944 R. 630); «separar », «extraer», «quitar» o «despojar» (STS de 22 de xullo de 1939, ya citada, y de 10 de abril de 1973, R. 1.653); «apoderarse» (STS de 7 de febreiro de 1962); «hacerlos suyos» (STS do 5 de xaneiro de 1974, R. 207) y «apartar de su destino», «desviar do servizo» (STS de 9 de decembro de 1978; R. 738). Na doutrina MUÑOZ CONDE, Dereito Penal, Parte Especial, 12ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Vaoencia, 1999, págs. 966-973. No mesmo sentido Circular da Fiscoía do Tribunal Supremo de 14 de maio de 1928.



- b) **De caudais públicos**<sup>3</sup>: caudal é todo aquilo que resulte e se poida avaliar economicamente.

Efectos públicos son todos aqueles efectos que pertencen á Administración. Son por tanto bens de calquera clase, e despois de precisar a doutrina legal do noso máis Alto Tribunal que, por «caudais» debe entenderse calquera clase de ben susceptible de embargo e representativo dalgún valor (sentenzas do Tribunal Supremo de 20 de decembro de 1890, 17 de maio de 1909, 6 de xuño de 1962 e 28 de abril de 1966, e máis recentemente a de 5 febreiro de 2008).

Polo que respecta ao carácter público de tales caudais ou efectos, determínase pola especial natureza pública do titular do patrimonio do que aqueles forman parte.

- c) **Ánimo de lucro**<sup>4</sup>: é dicir, incorporación dos bens da Administración ao patrimonio propio ou dun terceiro. Non é necesario que se produza un enriquecemento no patrimonio do funcionario senón que é suficiente con que o funcionario quixese ter os obxectos.
- d) **Dolo**: a sabendas, coñecedor do seu deber de custodia dos devanditos efectos públicos e a ilicitude da acción de subtraer, de desviar. É totalmente indiferente que a subtracción de caudais ou efectos públicos produza ou non dano ou entorpecemento á causa pública, pois o tipo non contempla normativamente tal circunstancia (sentenzas do Tribunal Supremo de 23 de novembro de 1974).

- e) **Consumación**: no momento en que pasan á disposición do autor ou dun terceiro os caudais públicos. ¿Que ocorre se a realización de tal conduta é feita por un terceiro que é alleo á función pública pero que participa na execución dos feitos de acordo coa autoridade ou funcionario? Pois que a devandita subtracción estaría cometendo pero en calidade de indutor ou cooperador necesario<sup>5</sup>. A tentativa tamén ten cabida, e se produce cando se detecta a subtracción antes de que o suxeito poida dispoñer dos caudais públicos.

Dicir que é irrelevante o medio a través do cal se leve a cabo a subtracción (sentenzas do Tribunal Supremo de 25 de xuño de 1896 e 10 de abril de 1963). A este respecto sinala Rodríguez Devesa que «pode ocorrer que o funcionario teña a chave, de maneira que non necesite empregar forza; que os remate de retirar dun Banco, v. gr. para pagar unha nómina, que os teña fisicamente nas súas mans ou ao seu alcance e sexan precisas manipulacións en documentos para desviar os caudais do seu camiño ás arcas do Estado, que teña que acudir á forza para violentar a caixa en que se atopan, ou ao engano simulando sinaturas nun cheque para extraelos. O que, en definitiva, importa é o resultado do desprazamento patrimonial».

- 3 Sentenza do Tribunal Supremo de 7 de abril de 1973 (R. 1.629) declarou que debe entenderse por fondos públicos «los do Estado y dos entes públicos, los da Administración institucional, entidades públicas autónomas y los de calquera persona cuyo patrimonio o funcionamento venga fiscaalizado públicamente en razón da finalidade xeral que cumpla y la natureza dos bens de que se nutra». Sentenza do Tribunal Supremo de 22 abril de 1996. Debe interpretarse el concepto de caudais públicos iguamente en un sentido amplo; por citar un exemplo, un caudal público sería el tabaco decomisado, y una conducta doictiva sería el funcionario que habiendo aprehendido un aoijo de tabaco de contrabando se queda con parte do mesmo. Eso es caudal público desde que el tabaco es aprehendido. Más recentemente la Sentenza do Tribunal Supremo de 5 febreiro de 2008 declarou que caudais públicos son todos los que han llegado ao poder do funcionario en ocasión das funciones que, concreta u efectivamente, tengan a su cargo.
- 4 CASTRO MORENO, "La distinción entre las dos modalidades de malversación de uso: análisis crítico dos distintos criterios", en AP, 2001: "la malversación de caudais públicos no Código penal de 1995", Ed. Tirant lo Blanch, Vaoencia 2001, págs. 248 y ss. Y así lo viene a manifestar no considerando necesario un enriquecimiento personal.
- 5 Sentenza TS 9 xaneiro 2006. La maior parte da jurisprudencia opina que la pena que debe imponerse a un tercero, un particular, debe ser menos grave que la que debe imponerse a un funcionario.

### 1.3.2 Supostos agravados (art. 432.2 do Código Penal)

- 1.3.2.a) Especial gravidade: hase de ter en conta o valor que teñan as devanditas cantidades subtraídas, e que teña un valor elevado.
- 1.3.2.b) Dano ou entorpecemento ao servizo público<sup>6</sup>. O dano ha ser directo, é dicir, derivado directamente do feito en si, da aplicación indebida dos caudais ou efectos públicos para usos propios.
- 1.3.3.c) Que afecte a cousas de valor histórico ou artístico.
- 1.3.4.d) Que afecte a efectos destinados a aliviar algunha calamidade, é dicir, aqueles efectos que serven para paliar problemas causados por catástrofes naturais, como terremotos, inundacións, secas, etc.

### 1.3.3 Supostos atenuados (art. 432.3 do Código Penal)

Ten lugar cando a subtracción non alcanza a cantidade de 4.000 euros. Se supera a devandita cantidade estaríamos perante un delito de número 1 do artigo 432 e se fose de especial gravidade no número 2. Se pola contra se tratase de cantidade que non puidese determinarse condenaríase polo artigo 432.3 en aplicación do principio pro reo.

## 2 Destino a usos alleos dos caudais públicos

**Artigo 433 do Código Penal:** “Castígase á autoridade ou funcionario público que destinase a usos alleos á función pública os caudais ou efectos postos a cargo por razón das súas funcións”.

Requisitos non esixidos:

- 1 Non existe apropiación dos caudais públicos.
- 2 Non se esixe a produción de ningún resultado: a conduta consiste en destinar os devanditos efectos públicos a usos alleos á súa función.
- 3 Non se esixe ánimo de lucro para si ou para un terceiro.

**Suposto agravado:** “Se o culpable non reintegra o importe do subtraído dentro dos dez días seguintes ao da incoación do proceso impoñeránselle as penas do artigo anterior”<sup>7</sup>. Dicir que a devolución do subtraído ha de ser total e non é válido reintegrar unha parte do total subtraído.

<sup>6</sup> Dicho concepto debe ser interpretado, el do daño, en un sentido muy estricto sin que quepan interpretaciones extensivas y que puedan abarcar supostos nos que la producción de daños no servizo público se entremezclen con múltiples circunstancias y la acción ya no dependa da voluntad do funcionario, debiendo ser por tanto un daño directo.

<sup>7</sup> Artículos 14 y 775 y ss. da Lei de Enjuiciamiento Criminoal .El proceso se inicia coa primeira actuación do Xuez de Instrucción por lo que los diez días siguientes son computables a partir de esa primera actuación do órgano instructor.



### 3 Malversación por aplicación privada dos bens públicos

No devandito suposto existe claramente un uso alleo ao que é a función pública pero non hai distracción pola autoridade ou funcionario público dos efectos ou caudais públicos.

Dispón así o artigo 434 do Código Penal que “a autoridade ou funcionario público, que con ánimo de lucro propio ou alleo e con grave prexuízo para a causa pública dese unha aplicación privada a bens mobles ou inmoables pertencentes a calquera Administración ou entidade estatal autonómica ou local ou organismos dependentes dalgunha delas”.

Requisitos: Son requisitos necesarios para que se produza a devandita conduta delitosa os seguintes:

- 1 Aplicación privada pola autoridade ou funcionario público de bens mobles ou inmoables pertencentes a organismos da administración pública.
- 2 Ánimo de lucro propio ou alleo.
- 3 Prexuízo para a causa pública e ha de ser grave<sup>8</sup>.

### 4 Malversación impropia (art. 435 do Código Penal)

Nesta modalidade as condutas cometidas polos particulares castíganse coa mesma pena que as levadas pola autoridade ou funcionario público. Son extensivas:

- 1 Aos que teñan ao seu cargo fondos, rendas ou efectos das Administracións Públicas.
- 2 Aos particulares depositarios de caudais ou efectos públicos designados por lei.
- 3 Aos Administradores ou depositarios de diñeiro ou bens embargados, secuestrados ou depositados por autoridade pública, aínda que pertencen a particulares<sup>9</sup>.

Requisitos:

- 1 Existencia dun procedemento xudicial ou administrativo.
- 2 Existencia dun embargo, secuestro ou depósito de bens dunha persoa física ou xurídica e que fose acordada pola autoridade competente.
- 3 Entrega dos bens ao depositario.

8 PAVIA CARDOL, J., en “Responsabilidad penal do particular por uso indebido de bens públicos” (a propósito da Sentenza do Tribunal Supremo de 24-10-1996 no caso guerra pola utilización dun despacho), AP, 1997-1, XXV, 1997, págs 461-477. Una gran parte da doutrina opina que no se comete delito cuando la autoridad o funcionario usa su despacho oficio para preparar opositores. Esto no constituye delito pero sin embargo puede ser susceptible de ser reprochable administrativamente. GARCIA VAODÉS, Dereito Penal Práctico. Parte Especial, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

9 ROCA AGAPITO, en “Los delitos de malversación de caudais públicos”, Barcelona, 1999, pág. 211 y ss., opina que puede nombrarse como depositario de inmoables embargados ao propio dueño dos mesmos. El depositario no puede cambiar los bens por otros aunque sean exactamente iguaos.

La Sentenza do Tribunal Supremo de 10 decembro de 2007 y de 29 de decembro de 2009 señaan que este delito está construído sobre dos ficcións: la de que el administrador o depositario dos bens embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública se convierte por su nombramiento para dicho cargo en funcionario públicos y la de que dichos bens se convierten en caudais públicos aunque pertenezcan a particulares.



- 4 Aceptación do depositario dos seus deberes e que previamente fose informado das consecuencias do incumprimento de tales obrigas.
- 5 Realización de actos de disposición por parte do depositario dos arts. 432 -434 do Código Penal.
- 6 Non é necesario ánimo de lucro<sup>10</sup>.
- 7 Non é necesario que se ocasione prexuízo.
- 8 Aceptación do depositario da súa función<sup>11</sup>. O depositario ha de aceptar a súa función aceptando a designación. Débeselle informar en que consisten as súas funcións e a falta desa información pode levar a que non se lle poidan esixir responsabilidades.

Non existe, en caso ningún, modalidade leve destes delitos, que se sancione como falta no Libro III do Código Penal.

## 5 Conclusións

A experiencia demostra que moitas das causas da corrupción nos países industrializados e en vías de desenvolvemento deben buscarse nos erros institucionais da administración pública. En efecto, se se pretende impedir que se difunda a corrupción e se se desexa combatela eficazmente, cómpre impulsar unha reforma básica da administración pública, eliminando as fallas institucionais que conducen á corrupción reformando o sector público e a Administración Pública para así minorar o gran número de requisitos innecesarios que se esixen, eliminando así as burocracias e logrando unha simplificación dos trámites.

Malia o volume de figuras delituosas que se conteñen no Título XX do Libro II do Código Penal e a aparente necesidade da súa regulación para combater a corrupción da actividade administrativa, as estatísticas xudiciais demostran que estes delitos son de moi escasa práctica. Así, a Memoria da Fiscalía Xeral do Estado de 2010 reflicte como cifra global a cantidade de 4.054.306 dilixencias previas das cales tan só son de delitos de malversación de caudais públicos a cantidade de 145.

## Bibliografía

- CASTRO MORENO, “La distinción entre las dos modalidades de malversación de uso: análisis crítico de los distintos criterios, en AP, 2001; la malversación de caudales públicos en el código penal de 1995”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2001.
- GARCIA VALDÉS, Derecho Penal Práctico. Parte Especial, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
- MESTRE DOGADO, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Colex, 2011.

<sup>10</sup> Sentenza do Tribunal Supremo de 29 de xullo (“caso Marey”) y 17 decembro de 1998, que afirman que el requisito de ánimo de lucro comprende, en sentido amplio, la intención do sujeto de obtener “calquera beneficio, incluso no patrimonial, que pueda recibir el propio autor do delito o un terceiro”.

<sup>11</sup> Sentenza do Tribunal Supremo de 24 xaneiro 1986. El depositario se equipara ao funcionario público y los bens embargados aos caudais públicos. Se hace necesariá aceptación da condición de funcionario, pues un eventuo incumplimiento de aogunos de sus deberes conlleva responsabilidad penal.

MIR PUIG, Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 12ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

PAVIA CARDOL, "Responsabilidad penal del particular por uso indebido de bienes públicos" (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-10-1996 en el caso guerra por la utilización de un despacho), AP, 1997-1, XXV, 1997.

ROCA AGAPITO, Los delitos de malversación de caudales públicos, Barcelona, 1999.

SUAREZ MONTES, "El delito de Malversación de caudales públicos" en RGLJ, 1966.

ZABALEGUI, MUÑOZ, "La malversación de caudales públicos" en Cuadernos de Derecho Judicial IV, 1994.



# Regap

Comentarios e crónicas

2



**Índice:** I. *Introdución.* II. *Composición da cámara. Baixas e altas de deputados.* III. *Reunións dos órganos da cámara. Calendario de actividades.* IV. *Procedementos de natureza normativa.* V. *Procedementos de control, impulso e información.* VI. *Declaracións institucionais.* VII. *Procedementos de control económico e orzamentario.* VIII. *Procedementos relativos a outras institucións e órganos.* IX. *Procedementos de designación e propostas de nomeamento.* X. *Solicitud de creación de comisións non permanentes.* XI. *Solicitud de creación de comisións de investigación.*

*“Non é o inxenio sutil o que forma ás nacións: máis ben son os caracteres austeros e firmes”.*

*(Massimo Taparelli)*

## I Introdución

A actividade parlamentaria deste período de sesións viuse complementada coa importante presenza exterior da Cámara galega no foro comunitario do que forma parte: a CALRE<sup>1</sup>. Integrada polos parlamentos de 74 rexións europeas con competencias legislativas, da CALRE forman parte os órganos legislativos das comunidades autónomas españolas, consellos

<sup>1</sup> Para un tratamento pormenorizado da cuestión pode consultarse o meu traballo: “Acción exterior autonómica y Parlamentos territoriales: recapitulación a la luz de la STC 31/2010, de 28 de junio”. *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*. Universidade de Vigo. 2009-2010.



rexionais italianos, asembleas de rexións e comunidades belgas, os parlamentos dos länder alemáns e austríacos, o parlamento autónomo de Åland (Finlandia), as asembleas rexionais das illas Azores e Madeira (Portugal) e as de Escocia, Gales e Irlanda do Norte (Reino Unido). Son, en suma, órganos de oito países diferentes e representan a máis de 200 millóns de habitantes.

O Parlamento de Galicia coordina e preside un grupo de traballo sobre “Modelos Institucionais Rexionais” no seo da Conferencia de Asembleas Legislativas de Europa (CALRE), entidade integrada polos parlamentos de 74 rexións europeas con competencias legislativas.

A presidenta do Parlamento de Galicia, Pilar Rojo Noguera, asumiu o encargo das cámaras legislativas rexionais europeas “coa satisfacción de que o modelo de desenvolvemento autonómico de Galicia inspira confianza en Europa e coa esperanza de fortalecer o apoio dos cidadáns aos modelos de autogoberno”.

A presidencia deste grupo de traballo da CALRE é a primeira experiencia deste tipo que acomete o Parlamento de Galicia nos seus trinta anos de historia. Como primeira medida, Pilar Rojo asumiu a posta en marcha do proxecto denominado “Irmandamento dunha rexión”, impulsado pola CALRE en colaboración co Congreso de Poderes Locais e Rexionais do Consello de Europa. Con este proxecto, a CALRE pretende trasladar a experiencia dos países europeos máis descentralizados a rexións pertencentes a países europeos con estados centralizados.

Na última reunión do Plenario da CALRE, celebrado en L’Aquila (Italia) o pasado mes de novembro, a presidenta do Parlamento de Galicia, Pilar Rojo, logrou a aprobación dunha declaración reclamando o mantemento de axudas europeas transitorias para as rexións que, como Galicia, superen por vez primeira o 75% do PIB medio comunitario.

Esta iniciativa enmárcase na estratexia que está a desenvolver Galicia para que a Comunidade poida manter fondos de transición máis alá de 2013, cando deixe de ser considerada rexión obxectivo converxencia.

## II Composición da cámara. Baixas e altas de deputados

Como tamén sucedeu no primeiro período, é salientable o número de renuncias a súa condición de deputado no segundo período ordinario de sesións, coa conseguinte substitución polos deputados candidatos seguintes nas listas. Estes foron:

Nome da/o deputada/o que causou a BAIXA	Nome da/o deputada/o que causou a ALTA	Data (2011)	Partido	Circunscrición electoral
José Tomé Roca	D. Miguel Ángel Fernández López	setembro	PSOE	Lugo
Anxo Manuel Quintana González	D. Carlos Fernando Branco Parga	setembro	BNG	A Coruña
Pablo Cobian Fernández de la Puente	D.ª María Teresa Villaverde Pais	outubro	PP	A Coruña
Fernando Xabier Blanco Álvarez	D. Manuel Parga Núñez	outubro	BNG	Lugo
Javier Escribano Rodríguez	D.ª Gema Freire Insua	outubro	PP	A Coruña
Ricardo J. Varela Sánchez	D.ª María Dolores Rodríguez Amoroso	novembro	PSOE	Lugo
Guillermo A. Meijón Couselo	Luis Antonio Gómez Piña	novembro	PSOE	Pontevedra

Entre os deputados que causaron baixa neste segundo período, atopábanse dous membros pertencentes á Mesa da Cámara<sup>2</sup>, D. Anxo Manuel Quintana González (vicesecretario) e D. Ricardo Varela Sánchez (vicepresidente 2º). Logo, a composición da Mesa, finalizado o ano 2011, é a seguinte:

Presidenta:	Pilar Rojo Noguera	PP
Vicepresidente 1º:	José Manuel Baltar Blanco	PP
Vicepresidente 2º:	Francisco Julio Cerviño González	PSdeG
Secretario:	José Manuel Balseiro Orol	PP
Vicesecretaria:	María do Carme Adán Villamarín	BNG

Os cambios no órgano reitor da Cámara son, coma apuntou Vazquez Gestal<sup>3</sup>, de suma relevancia no funcionamento institucional dos poderes autonómicos.

### III Reunións dos órganos da cámara. Calendario de actividades

A ordenación do traballo parlamentario e o calendario de actividades para este período aprobouse na Mesa-Xunta de Portavoces de 6 de setembro de 2011 (artigo 67 do Regulamento do Parlamento de Galicia.

O resumo estatístico deste período é o seguinte:

Órgano		Núm. reunións
Mesa		27
Xunta de portavoces		12
Presidentes/as de comision		4
Pleno		13
Deputación permanente		1
Comisións	Comisión 1.ª, Institucional, de Administración xeral, Xustiza e Interior	10
	Comisión 2.ª, Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente e Servizos	9
	Comisión 3.ª, Economía, Facenda e Orzamentos	30
	Comisión 4.ª, Educación e Cultura	8
	Comisión 5.ª, Sanidade, Política Social e Emprego	14
	Comisión 6.ª, Industria, Enerxía, Comercio e Turismo	8
	Comisión 7.ª, Agricultura, Alimentación, Gandería e Montes	8
	Comisión 8.ª, Pesca e Marisqueo	8
	Comisión do Regulamento	
	Comisión do Estatuto dos Deputados	2
	Comisión de Peticións	
	Comisión de Control da CRTVG	4
	Comisión para as relacións co Consello de Contas	2
	Comisión de Asuntos Europeos	1
	Comisión de estudo sobre a seguridade viaria en Galicia	5
	Comisión non permanente de estudo para a elaboración dun plan de dinamización demográfica de Galicia	4

2 O procedemento para esta designación expliqueino en: "Reflexións sobre a regulación da sesión constitutiva do Parlamento de Galicia". Revista "Dereito". Volume 5, n.º 2, 1996.

3 No apartado Bibliografía da Revista Dereito Vol. 14 n.º 1, páxinas 231 a 254.



## IV Procedementos de natureza normativa

O marco constitucional e estatutario delimita os ámbitos legislativos de actuación, que como sinalou José Antonio Rodríguez Míguez<sup>4</sup> teñen sido matizados pola xurisprudencia do Tribunal Constitucional. Deste xeito durante o segundo período ordinario **presentáronse 8 proxectos de lei**:

1. Proxecto de lei polo que se modifica a Lei 5/1988, do 18 de decembro, de cooperativas de Galicia.
2. Proxecto de lei de acción voluntaria.
3. Proxecto de lei reguladora da política industrial de Galicia.
4. Proxecto de lei de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2012.
5. Proxecto de lei de medidas fiscais e administrativas.
6. Proxecto de lei do deporte de Galicia.
7. Proxecto de lei galega de protección xeral das persoas consumidoras e usuarias.
8. Proxecto de lei de bibliotecas de Galicia.

**Aprobáronse 9 proxectos de lei**, que xa convertidos en leis, son as seguintes.

1. Lei 5/2011, de 30 de setembro, do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia.
2. Lei 6/2011, de 13 de outubro, de mobilidade de terras.
3. Lei 7/2011, de 27 de outubro, do turismo de Galicia.
4. Lei 8/2011, de 9 de novembro, do Plan galego de estatística 2012-2016
5. Lei 10/2011, de 28 de novembro, de acción voluntaria.
6. Lei 11/2011, de 26 de decembro, de orzamentos xerais da Comunidade Autónoma de Galicia para o ano 2012.
7. Lei 12/2011, de 26 de decembro, de medias fiscais e administrativas.
8. Lei 13/2011, de 16 de decembro, reguladora da política industrial de Galicia.
9. Lei 14/2011, de 16 de decembro, pola que se modifica a Lei 5/1988, de 18 de decembro, de cooperativas de Galicia.

Os 4 proxectos de lei que se atopan **en trámite** a decembro de 2011 son:

1. Proxecto de lei da área metropolitana de Vigo.
2. Proxecto de Lei do deporte de Galicia.

4 José Antonio Rodríguez Míguez "El Estatuto de Galicia, 20 años de Parlamento y Justicia Constitucionales", de José Antonio Sarmiento Méndez. Revista Asamblea, n.º 9-2003, páxinas 397 a 404.



3. Proxecto de Lei galega de protección xeral das persoas consumidoras e usuarias
4. Proxecto de Lei de bibliotecas de Galicia.

**Presentouse** neste segundo período unha proposición de lei:

1. Proposición de lei, a iniciativa do Grupo Parlamentario Bloque Nacionalista Galego, para a restitución do carácter público de titularidade da Xunta de Galicia do servizo de transporte marítimo de persoas na ría de Vigo.

E **aprobase unha proposición de lei**, convertida tamén xa na seguinte lei:

1. Lei 9/2011, de 9 de novembro, dos medios públicos de comunicación audiovisual de Galicia<sup>5</sup>.

Tamén unha foi **rexeitada**, a Proposición de lei, a iniciativa do Grupo Parlamentario Bloque Nacionalista Galego, para a restitución do carácter público de titularidade da Xunta de Galicia do servizo de transporte marítimo de persoas na ría de Vigo.

Foi **rexeitada** tamén, no Pleno do día 13 de setembro de 2011, a proposición de lei, a iniciativa do Grupo Parlamentario dos Socialistas de Galicia, de reforma do Estatuto de autonomía de Galicia.

Presentáronse 2 proposicións de lei de iniciativa lexislativa popular:

1. Proposición de lei de iniciativa lexislativa popular para a defensa e a promoción da sanidade pública en Galicia (en trámite).
2. Proposición de lei de iniciativa lexislativa popular para a confluencia do programa Preescolar na Casa e o ensino público galego (en trámite).

Xa que logo, xunto con estas dúas, son tres as proposicións de lei de iniciativa lexislativa que se atopan en trámite, contando a proveniente da anterior lexislatura:

3. Proposición de lei de iniciativa lexislativa popular para a creación e regulación da Área Metropolitana de Vigo (en trámite).

Delegación lexislativa.

Destacable é tamén o acordo da Mesa do Parlamento, de 10 de outubro de 2011, relativo ao uso feito pola Xunta de Galicia da delegación lexislativa respecto ao Decreto lexislativo polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais da Comunidade Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos polo Estado (Decreto lexislativo 1/2011, de 28 de xullo). Transcorrido o pertinente prazo para a formulación de obxeccións, a Mesa acordou que a Xunta fixo un uso correcto da delegación lexislativa. (BOPG núm. 557, de 11 de outubro de 2011).

5 Vid. o meu traballo: "Una aproximación a los medios de comunicación desde la perspectiva autonómica: su dimensión jurídico-constitucional". Parlamento y comunicación (nuevos retos). XI Jornadas de la Asociación española de Letrados de Parlamentos. Tecnos. 2005.



## CONVENIOS E ACORDOS DE COOPERACIÓN CON OUTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Aos 8 convenios comunicados polo executivo no primeiro período, hai que sumar neste período outro máis, o convenio de colaboración entre comunidades autónomas para o impulso de actuacións conxuntas para mellorar a oferta de transporte público a través da incorporación de sistemas tecnolóxicos.

## EXAME DE PROGRAMAS E PLANS

A Mesa do Parlamento, na reunión do 21 de decembro de 2011, admitiu a trámite e trasladou á Mesa da Comisión 5ª, de Sanidade, Política Social e Emprego o Plan galego para o fomento da actividade física, Galicia saudable. A Comisión 5ª aprobou as correspondentes propostas de resolución na súa sesión de 27 de decembro de 2011.

## V Procedementos de control e impulso e información<sup>6</sup>

Durante o segundo período do ano 2011 presentáronse 284 **proposicións non de lei en pleno**; foron rexeitadas 25, aprobadas con modificación 10, aprobadas sen modificacións 3 e ningunha retirada.

En **Comisión** presentáronse 397 **proposicións non de lei**, das que 70 foron rexeitadas, 2 aprobadas con modificacións e 12 sen modificacións, e retiradas 4.

En canto ás **mocións**, foron presentadas 28, das que se rexeitaron 24, aprobáronse con modificacións 2.

O control dos grupos parlamentarios sobre o Executivo a través de **solicitudes de comparecencia, interpelacións e preguntas**, reflíctese neste período deste xeito:

Solicitudes de comparecencia en Pleno	Presentadas 117, tramitadas 13
Solicitudes de comparecencia en Comisión	Presentadas 84, tramitadas 14
Interpelacións	Presentadas 234, tramitadas 24, retiradas 2, aprazadas 1
Preguntas orais en Pleno	Presentadas 634, tramitadas 71, retiradas 35, aprazadas 8
Preguntas orais en Pleno dirixidas ao Presidente da Xunta	Presentadas 16, tramitadas 16
Preguntas orais en comisión	Presentadas 1115, tramitadas 609, aprazadas 61, retiradas 99
Preguntas con resposta escrita	Presentadas 1790, tramitadas 1527, retiradas 1

## VI Declaracións institucionais

O Pleno do Parlamento, na súa sesión do 22 de novembro de 2011, adoptou, por asentimento, o seguinte acordo:

Declaración institucional do Parlamento de Galicia, en recordo das vítimas de accidentes de tráfico:

*"A celebración do Día Mundial en Recordo das Vítimas en Accidentes de Tráfico, fixa-*

<sup>6</sup> Para unha comprensión da interrelación entre estes procedementos parlamentarios é de interese Manual de Actuación del Parlamentario. Xosé Antón Sarmiento (Coordinador). Editorial El Derecho. Grupo Francis Lefevre. Madrid. 2011.

da pola ONU para o terceiro domingo de novembro de cada ano, leva ao Parlamento de Galicia a sumarse a esta conmemoración.

*Lembramos os afectados pola violencia viaria, trasladámoslles a nosa solidariedade ás súas familias e amosamos o noso apoio ás entidades que traballan neste ámbito.*

*Durante a última década acadouse unha notable redución no número de sinistros, feridos e falecidos en Europa. Galicia, xunto co resto de España, é un dos territorios con mellores resultados, froito dunha política de seguridade viaria baseada no consenso e na responsabilidade compartida entre as administracións públicas e a sociedade civil, coa complicidade dos medios de comunicación.*

*Con todo, a cifra de 237 falecidos en accidentes de tráfico en Galicia durante 2010 segue a ser preocupante, posto que estes sinistros son evitables. E o obxectivo segue sendo o de «cero accidentes».*

*O Parlamento de Galicia anima aos diferentes gobernos a seguiren outorgando prioridade e a buscaren o consenso político en materia de seguridade viaria, sen esquecer as medidas de concienciación e de educación en valores cívicos, tendo en conta a preponderancia do factor humano na orixe da maior parte dos sinistros viarios”.*

## VII Procedementos de control económico e orzamentario

**Conta xeral da** Administración da Comunidade Autónoma correspondente ao exercicio de 2010 (Toma coñecemento e traslado á Comisión 3ª - BOPG núm. 579, fasc. 2º, 14-11-11)<sup>7</sup>.

**Informe de fiscalización das contas do sector público** da Comunidade Autónoma de Galicia correspondente ao exercicio económico de 2008 (Informe e propostas de resolución aprobadas - BOPG núm. 578, 11-11-11).

### **Informes sobre o estado de execución do orzamento:**

Execución orzamentaria ao segundo trimestre de 2011 (Entrada da iniciativa —30-9-11— Toma coñecemento e traslado á Comisión 3ª - Mesa 10-10-11)

### **Modificacións orzamentarias:**

Modificacións do mes de xuño de 2011 (Dación en conta - Comisión 3ª, 20-9-11)

Modificacións do mes de xullo de 2011 (Dación en conta - Comisión 3ª, 20-9-11)

Modificacións do mes de agosto de 2011 (Publicación - BOPG 549, fasc. 2º, 29-9-11)

Modificacións do mes de setembro de 2011 (Toma coñecemento e traslado á Comisión 3ª - Mesa 2-11-11)

Modificacións do mes de outubro de 2011 (Toma coñecemento e traslado á Comisión 3ª - Mesa 22-11-11)

<sup>7</sup> Teño explicado o alcance da denominada “descarga do Executivo” en Manual de Dereito Constitucional. Universidade de Vigo. Servizo de Publicacións. 2010.

**Fixación do límite máximo de gasto non financeiro do orzamento da Comunidade Autónoma para o ano 2012**, de acordo co establecido no artigo 12 da Lei 2/2011, de 16 de xuño, de disciplina orzamentaria e sustentabilidade financeira (Publicación da admisión a trámite - BOPG núm. 535, fasc.2 °, 9-9-11 - Aprobación - Pleno 13-9-11; BOPG núm. 542, fasc. 2º, 20,9-11).

Este procedemento vén a inserirse no trámite xeral orzamentario descrito na seguinte gráfica:



O ciclo orzamentario en Galicia

## VIII Procedementos relativos a outras institucións e órganos

### Consello de contas

Memoria de actividades do Consello de Contas de Galicia correspondente ao exercicio 2010 (Memoria presentada - BOPG núm. 530, 1-9-11 —Recomendacións presentadas— BOPG núm. 549 fasc. 3º, 29-9-11 Recomendacións aprobadas - BOPG núm. 566, fasc. 3º, 25-10-11).

### Valedor do pobo<sup>8</sup>

Informe extraordinario do Valedor do Pobo sobre Adolescentes e Internet (Publicación do informe —BOPG núm. 575 fasc. 3º, 8-11-11.— Traslado á Comisión de Peticións - Mesa 15-11-11).

<sup>8</sup> O papel do comisionado autonómico no entramado institucional foi estudado por min en: "O valedor do pobo como garante dos dereitos dos cidadáns galegos". Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense. Universidade de Vigo, 2003.

## Unión europea

As **Consultas** remitidas pola Comisión Mixta Congreso-Senado para a Unión Europea sobre o **control da aplicación do principio de subsidiariedade** nas iniciativas legislativas europeas, ata finais de 2011; foron 97; e 3 as **Consultas** á rede de seguimento de subsidiariedade **no Comité das Rexións**:

- 1 Consulta en relación coa comunicación sobre a revisión da política europea da calidade do aire, o ambiente e as emisións - 08/CRRS-0004

Entrada da consulta – Rex. entrada núm. 673911, 18-11-11

Coñecemento da Resolución da Presidencia- Mesa do Parlamento 22-11-11

Peche do expediente e traslado ao Comité das Rexións - Mesa do Parlamento 7-12-11

- 2 Consulta en relación coa Proposta do regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se crea o Instituto Europeo de Tecnoloxía - 08/CRRS-0005

Entrada da consulta – Rex. entrada núm. 674398, 30-11-11

Coñecemento - Mesa do Parlamento 7-12-11

Peche do expediente e traslado ao Comité das Rexións - Mesa do Parlamento 21-12-11

- 3 Nota informativa sobre a consulta específica sobre o Regulamento do Parlamento Europeo e do Consello polo que se establece o Instrumento de Interconexión para Europa COM(2011) 665 final- 08/CRRS-0006

Entrada da consulta – Rex. entrada núm.74729, 7-12-11

Coñecemento da Resolución da Presidencia- Mesa do Parlamento 13-12-11

## IX Procedementos de designación e propostas de nomeamento

Estes procedementos heteroxéneos entre si pero fundamentalmente vinculados pola coherencia da función representativa da Cámara como, no seu momento, apuntou o letrado Antonio Díaz Otero<sup>9</sup>, deben ser examinados polo miúdo para determinar o alcance desta función da Cámara.

### Xunta Electoral de Galicia

Designación de Dona María da Alba Nogueira López para cubrir a vacante por renuncia de Xosé Manuel Carril Vázquez - BOPG núm. 566, fasc. 3º, 25-10-11

### Senadores en representación da Comunidade Autónoma

Acordo polo que se fixa o número de senadores – BOPG 586, 23-11-11

Aceptación das candidaturas presentadas – BOPG 588, fasc. 3º, 25-11-11

Designación de José Manuel Romay Becaría, Juan Manuel Jiménez Morán e Pablo García García - Pleno día 29-11-11, DS núm. 114

<sup>9</sup> No seu texto sobre o Manual de Dereito Constitucional publicado xunto a Patricia Murias Gil na Revista Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid n.º 23. Decembro 2010, páxinas 379 a 382.



Elección de membros do **Consello Social da Universidade de Santiago de Compostela.**

No Pleno de 13 de setembro de 2011, procedeuse á designación dos seguintes membros:

Don Juan Bautista de la Salle Barreiro Pérez  
 Don Enrique Feáns García  
 Don Óscar Fernández Refoxo  
 Don Raúl López López  
 Dona Isabel Salazar Bello  
 Don José Sierra Fernández

Elección de membros do **Consello Social da Universidade da Coruña.**

Don Manuel Caamaño Suárez  
 Don Marcelo Castro-Rial Schuller  
 Don Juan Carlos González Fernández  
 Don Alfonso Manuel López Pena  
 Don Ángel Manuel Teijeiro González  
 Don José Manuel Vilariño Anca

Elección de membros do **Consello Social da Universidade de Vigo.**

Don José Natalio Blanco Sierra  
 Don Antonio Coello Bufill  
 Don Julio Estévez Fernández  
 Don Xesús López Carreira  
 Dona Mónica Vázquez Blanco  
 Dona Natalia Zunzunegui Garrido

Elección de membros do **Consello de Administración da Compañía de Radio-Televisión de Galicia.**

Designación de D. Xosé Manuel Mexuto Seoane para cubrir a vacante por renuncia de Manuel Antelo Pazos - Pleno día 27-9-11, DS núm. 101

Designación de Luis de la Matta Cantó para cubrir a vacante por renuncia de Juan Manuel Jiménez Moran - Pleno día 29-11-11; BOPG núm. 596 fasc. 2º, 9-12-11

Designación de representantes do **Consello Galego de Estatística.**

Toma coñecemento dos representantes designados polos grupos parlamentarios - Resolución da Presidencia do Parlamento 13-12-11

Dación de conta da Resolución da Presidencia – Mesa 21-12-11

## X Solicitude de creación de comisións non permanentes

Como apuntou no seu día o profesor Mosquera Casero<sup>10</sup>, a cuestión orgánica resulta de grande relevancia no Dereito Constitucional e tamén no ámbito parlamentario. Por estas razóns as solicitudes de creación de Comisións acadan gran importancia tanto política coma institucional.

<sup>10</sup> Na súa Recensión ao meu Manual de Dereito Constitucional. Revista Corts, Anuario de Derecho Parlamentario n.º 23. 2010, páxinas 433 a 435.

Solicitude de deputados e deputadas pertencentes ao G.P. dos Socialistas de Galicia, de creación dunha Comisión especial que propoña as medidas normativas e políticas necesarias para adaptar as corporacións locais á actual conxuntura económica e ás novas demandas sociais - 08/SCNP-0007

Entrada da iniciativa - 29-7-11

Retirada da solicitude -5-9-11

Solicitude de creación, formulada polos 25 deputados e deputadas pertencentes ao G.P. dos Socialistas de Galicia, dunha Comisión non permanente para o estudo da situación dos galegos residentes fóra da Comunidade Autónoma - 08/SCNP-0008

Entrada da iniciativa - 28-9-11

Admisión a trámite - Mesa 4-10-11

Criterio contrario á súa creación - Xunta Portavoces 4-10-11

Solicitude, formulada polos grupos parlamentarios dos Socialistas de Galicia e do Bloque Nacionalista Galego, de nova constitución da comisión non permanente para o estudo dos problemas e desigualdades sociais das mulleres, denominada Comisión para a Igualdade e para os Dereitos das Mulleres - 08/SCNP-0009.

Acordo de creación – Mesa 24-10-11

## XI Solicitude de creación de comisións de investigación

Solicitude de creación dunha Comisión de investigación en relación coas actuacións de iniciación, tramitación, destino, comprobación e control das axudas percibidas desde o ano 2006 a 2009 con cargo ás ordes dos programas de cooperación por parte de asociacións vinculadas a Unións Agrarias – 08/SCI-0003.

Publicación – BOPG núm. 449 fasc. 1º, 12-4-11

Solicitude de creación dunha Comisión de investigación, a iniciativa do Bloque Nacionalista Galego, sobre a situación de NovaCaixaGalicia Banco – 08/SCI-0004

Non admitida a trámite – Mesa 10-10-11.

Solicitude de creación dunha Comisión de investigación, a iniciativa do G.P. dos Socialistas de Galicia, no que solicita a constitución dunha Comisión de investigación sobre a desaparición da caixa galega como entidade financeira e o pago de indemnizacións millonarias aos seus directivos – 08/SCI-0005.

Publicación - BOPG núm. 563 fasc. 3º, 19-10-11.

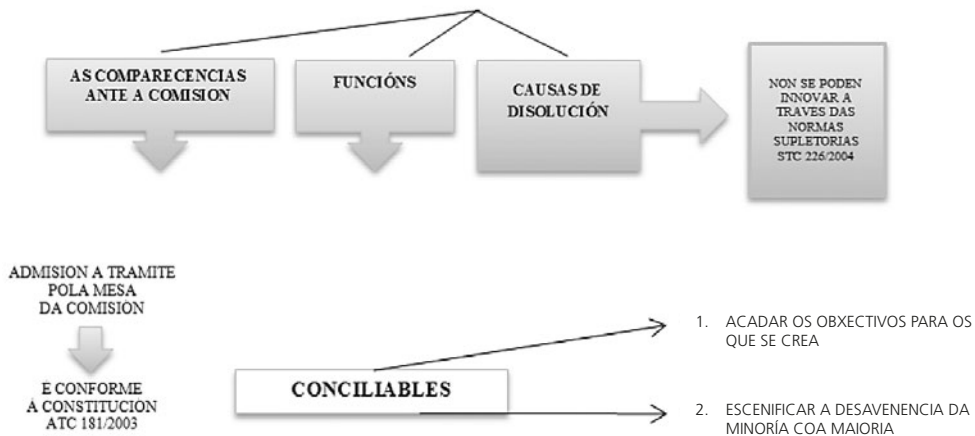
Debate Pleno - Pleno día 25-10-11, DS núm. 105

REXEITADA - BOPG núm. 570 fasc. 1º, 31-10-11

Resulta de interese traer a conto o marco constitucional de funcionamento destes órganos do Parlamento, para o caso de que eventualmente se acorde a súa creación. O esquema é o seguinte:

# COMISIONS DE INVESTIGACIÓN

(Doutrina constitucional)





# Xurisprudencia contencioso-administrativa

43 Regap

FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES  
Maxistrado

Regap

COMENTARIOS E CRÓNICAS

## Contratación

**1.- Revisión de prezos do contrato de recollida de residuos sólidos urbanos. A mediación de concelleiros municipais para solucionar o conflito laboral do persoal da concesionaria non leva consigo que o concello teña que asumir o custo do incremento salarial que puxo fin á folga.**

A **Sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 2<sup>a</sup>) de 8 de novembro de 2012** (recurso 4378/2012, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) desestima o recurso promovido pola entidade mercantil concesionaria do servizo municipal de limpeza e recollida de lixo para que se incluíse, na revisión de prezos do contrato, o sobrecusto que lle supuxo o incremento do salario dos seus empregados co que se puxo fin a un conflito laboral (folga). Considera o Tribunal que a mera circunstancia de que dous concelleiros da Corporación municipal participasen na mesa de negociación, xunto aos inspectores de traballo e os representantes de empresa e traballadores, subscribindo con eles o “preacordo” co que finalizou a folga, non significa que o Concello impuxera a subida dos soldos nin que por iso se poida esixir un incremento correlativo no prezo do contrato. Incide, así, a sentenza en que:

*«El interés del gobierno municipal en que se solucionase un conflicto laboral que incidía de forma tan negativa en la ciudad, como lo hace toda huelga en el servicio de limpieza y de recogida de basuras, no sólo es explicable sino que parece exigible. Pero no hay elemento alguno de prueba que acredite que su intervención fue más allá de instar el acuerdo entre empresa y trabajadores y consistió, a fin de facilitar*

*ese acuerdo, en asumir el referido sobrecoste, bien por manifestaciones expresas de alguna persona bien por alguna actuación a la que solamente cupiese atribuir ese significado»*

## **2.- Concesión do servizo de transporte urbano colectivo de viaxeiros. Déficit da concesionaria por investimentos en material e terreos. Equilibrio económico-financieiro do contrato. Principio de risco e ventura.**

**A sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia -TSXG- (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 2<sup>a</sup>) de 22 de novembro de 2012** (recurso 4442/2012, relator: Ilmo. Sr. Ramírez Sineiro) confirma en apelación a desestimación da reclamación de pagamento, de máis dun millón de euros, formulada fronte o Concello de Vigo pola empresa concesionaria do transporte urbano colectivo, polo suposto déficit que lle ocasionaron determinados investimentos en material móbil, terreos e instalacións. Motívase a sentenza en que pola entidade demandante:

*«(...) ni siquiera se ha aportado pericial económico-contable alguna que acredite o al menos indiciariamente referencie con un principio de prueba aquel déficit de explotación e inversiones de contrario alegado, y además que dicho pormenor no sólo resultase imprevisible sino ajeno a los deberes de normal previsibilidad empresarial al suscribir aquel contrato de gestión de aquel servicio público de autos».*

Tamén en que:

*«(...) "requisito esencial —para la posible aplicación de la cláusula implícita "rebus sic stantibus"—, es el de la imprevisibilidad del acaecimiento que se invoca como causante de la ruptura del equilibrio contractual..., ya que si la oferta y el porcentaje de tarifas especiales lo realizó libremente la Empresa y erró en las apreciaciones que efectuó, a ella exclusivamente es imputable esa circunstancia. Que esa errónea apreciación no es un riesgo imprevisible es obvio. Pero, sobre todo —y esto es lo más importante—, que los ingresos por esa circunstancia sean menores que los esperados no rompe el equilibrio financiero..., tanto más cuanto las tarifas se revisan del modo previsto en el Pliego..., como ya quedó expuesto en su momento».*

## **3.- Licitación de contrato de consultoría e asistencia para a redacción de proxecto básico e de execución de pavillón polideportivo. Competencia profesional para poder participar. Non se pode reservar exclusivamente a arquitectos.**

**A Sentenza do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 7<sup>a</sup>) de 19 de xaneiro de 2012** (Casación unificación doutrina 321/2010, relator: Excmo. Sr. González Rivas), estima o recurso interposto polo Colexio de Enxeñeiros de Camiños, Canais e Portos contra o acordo da Xunta de Galicia de licitación, mediante procedemento aberto e forma de adxudicación de concurso público, do "contrato de consultoría e asistencia para a redacción do proxecto técnico básico e de execución, o estudo de seguridade e saúde e a dirección de obra en calidade de arquitecto, para a construción dun pavillón polideportivo do Instituto de Educación Secundaria do Concello do Grove (Pontevedra)". Incide o Tribunal Supremo nesta sentenza en que:

*«cuando la naturaleza de la obra exige la intervención exclusiva de un determinado técnico, como sucede en el caso de construcción de una vivienda urbana, la competencia aparece indubitada y reconocida al Arquitecto y, en su caso, al Arquitecto téc-*



nico, pero cuando como sucede en este caso, se convoca un concurso de un contrato de consultoría y asistencia técnica para la redacción de un proyecto técnico básico y de ejecución de construcción de un complejo polideportivo en Instituto de Enseñanza Secundaria en que concurren, por su carácter multidisciplinar, diversos factores (estudio de salud y seguridad, dirección de obra y el complejo no está destinado, con exclusividad, a vivienda urbana) no se da una atribución específica competencial, ya que, como hemos subrayado por el análisis de la jurisprudencia precedentemente invocada, la tendencia es no admitir un monopolio profesional en la proyección de todo tipo de construcciones, sino que en estos casos los conocimientos del técnico se corresponden con la naturaleza y clase del proyecto. (...). Se impone así la conclusión de primar el principio de idoneidad al de exclusividad, doctrina que subraya la capacidad técnica de los licitadores y es coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre concurrencia (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87 y 16 de septiembre de 1999, asunto 27/98) y la jurisprudencia de esta Sala (por todas, STS, 3ª, 4ª, de 26 de diciembre de 2007, cas. 634/2002)».

#### **4.- Contrato de obra pública. A revisión de precios hase de liquidar nas certificaciones de obra mensuais.**

**A sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia —TSXG— (Sª do Cont.-Ad., Secc. 2ª) de 9 de febreiro de 2012** (recurso 4177/2011, relatora: Ilma. Sra. Paz Eiroa) estima o recurso promovido pola entidade mercantil contratista da obra de “Ampliación da estación depuradora de augas residuais de Bens. Mellora e vertido da Coruña”, declarando a obriga da Administración de incluír nas certificacións de obra mensuais «la revisión de precios y en la base de cálculo de ésta los gastos generales y el beneficio industrial, sobre cuyas cantidades se aplicará el IVA». Considera a sentenza que:

*«La certificación de obra es el documento que acredita la cantidad líquida exigible. La certificación es el documento mediante el cual se le abonan al contratista las obras que va realizando mes a mes. Para valorar y abonar las obras (para confeccionar la certificación), todos los meses, la Dirección de obra efectuará la medición de las unidades de obra ejecutadas durante el período de tiempo anterior; a partir de estas mediciones el Director de la obra confecciona un documento denominado relación valorada al origen, en el que se realizan los cálculos necesarios para determinar cuál es el valor de las obras ejecutadas desde su iniciación hasta ese momento y, por tanto, es el que justifica la certificación de la obra; las operaciones que se hacen en la relación valorada son las mismas que se realizaron para confeccionar el presupuesto del proyecto pero partiendo (no de unas mediciones que se deducían de los planos) sino de las mediciones que resultan de la ejecución real de las obras. (...).*

*El precio líquido de la prestación realizada se obtiene, pues, “multiplicando los precios unitarios establecidos en el presupuesto de la obra por el número de unidades ejecutadas. A la cantidad resultante se añadirá el importe de los conceptos previstos en el artículo 131, párrafo 1, del que, a su vez, se deducirá el porcentaje de la baja de licitación y sobre el que, finalmente, se girará el Impuesto sobre el Valor Añadido”. “El importe de las revisiones que procedan se hará efectivo mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales o, excepcionalmente, en la liquidación del contrato, cuando no hayan podido incluirse en dichas certificaciones o pagos parciales” —artículo 108 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio,*

por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas—.

La Ley establece como regla la obligación de hacer efectivo el importe de las revisiones mediante abono o descuento en las certificaciones o pagos parciales. También ha de rechazarse la alegación de que la Administración puede hacer efectivo el importe de las revisiones en la liquidación del contrato.

5º. Gastos generales y beneficio industrial se cifran en porcentajes aplicados sobre el presupuesto de ejecución material, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (las operaciones que se hacen en la relación valorada parten de las mediciones que resultan de la ejecución real de las obras, en la forma expresada más arriba).

No procede entender que los conceptos discutidos “se mantienen estables durante la vigencia del contrato” (...)».

## **5.- Administración do Estado. Contratos administrativos especiais. Contratos privados. Resolución de contrato de adquisición de concesión mineira. Infracción dos principios de seguridade xurídica e confianza lexítima.**

**A Sentenza do Tribunal Supremo (Sª 3ª, Secc. 7ª) de 21 de febreiro de 2012** (Casación 306/2009, relator: Excmo. Sr. González Rivas), anula un Acordo dun Consorcio entre distintas Administracións públicas que dispuxo a resolución dos contratos de adquisición de concesións mineiras que subscribira con varias entidades mercantís para a creación da plataforma loxística industrial de Salvaterra. Afirmar nela o alto Tribunal que:

*«la resolución impugnada vulneró el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 9.3 de la Constitución y el de buena fe y confianza legítima previsto en el artículo 3.1 de la LRJAP y PAC).*

*El artículo 8 del Decreto Legislativo 2/2000 dispone en su apartado 1 que “Los contratos administrativos especiales se adjudicarán de conformidad con lo dispuesto en el Libro I de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en el art. 7.1”, y en su apartado 2, dispone que “En el pliego de cláusulas administrativas particulares se hará constar: a) Su carácter de contratos administrativos especiales,(...) c) Las prerrogativas de la Administración a que se refiere el art. 59.1.(...) e) Las causas específicas de resolución que se establezcan expresamente, y f) La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos”.*

*Es decir, se exigen una serie de requisitos formales, que no aparecen cumplidos, por lo que no podría ser de aplicación el artículo 5.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000. Pero es que además, aunque el artículo 8 del Decreto Legislativo 2/2000 prevea como causa de resolución el desistimiento (artículo 8.3.b), lo cierto es que estamos ante un contrato de compraventa, de tracto único y perfeccionado, por lo que el Consorcio no desiste en realidad de su celebración, sino que lo rescinde, al cabo de año y medio de su celebración, y ello alegando como causa, el resultado negativo de la compra hecha en su día, esto es, el alea económica que acompaña como elemento natural a todo contrato de compraventa.*



*En los supuestos en que se den las circunstancias previstas en el artículo 5.2 antes citado, es posible que pueda impugnarse por terceros un contrato de compraventa, si se entiende que debió seguir la tramitación propia de los contratos administrativos, pero lo que atenta contra los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima antes citados, es precisamente que, perfeccionado entre las partes un contrato de compraventa, sea la parte que ha incumplido las formalidades exigidas por la ley la que ejercite la resolución, pues ello claramente va en contra de lo dispuesto en el artículo 112.2 del Real Decreto Legislativo (Texto Refundido) 2/2000 que dispone que, salvo en el caso de declaración de insolvencia, “en los restantes casos de resolución de contrato el derecho para ejercitarla será potestativo para aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma”, precepto que concuerda con lo dispuesto en el artículo 100.3 de la ley 30/1992, que impide alegar vicios formales a quien los ha provocado.*

*Por otra parte, la Sala comparte los fundamentos alegados por la parte recurrente cuando considera que el desistimiento de la ejecución de un contrato es una prerrogativa que se otorga a la Administración para impedir que la formalización de un contrato, o la continuación de su vigencia si se trata de uno de tracto sucesivo, suponga para ella un perjuicio innecesario, siempre indemnizando a la contratista de los daños y perjuicios sufridos. Pero esta posibilidad no puede aplicarse a los contratos de tracto únicos, perfeccionados, y la prueba de ello es que cuando el TR 2/2000 prevé los efectos de la resolución, no regula el caso del desistimiento, ni tampoco estaban regulados en el contrato, sino precisamente el efecto contrario, esto es, que el incumplimiento del Consorcio no le eximía de abonar el precio convenido y la consiguiente indemnización al contratista, en caso de incumplimiento por el Consorcio de todos los daños y perjuicios causados. Sin embargo, como se desprende del tenor literal de los actos impugnados aquí lo que hace el Consorcio es trasladar la supuesta minusvalía sobrevenida al comprador».*

## Educación

### 1.- Decreto 79/2010, de 20 de maio, para o plurilingüismo na ensinanza non universitaria de Galicia.

O TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 1ª), en varias sentenzas ditadas os días **21 e 28 de novembro de 2012** (recursos 591/2010, 447/2010, 569/2010, 588/2010, 589/2010 e 595/2010) estimou en parte os recursos interpostos pola Real Academia Galega (RAG), a asociación Mesa pola Normalización Lingüística e varios sindicatos contra o “Decreto 79/2010, de 20 de maio, para o plurilingüismo na ensinanza non universitaria de Galicia”. As sentenzas rexeitan con carácter preliminar os argumentos impugnatorios de carácter formal (atribución competencial da Secretaría Xeral de Política Lingüística, memoria económico-financeira do regulamento, exposición pública do proxecto, etc). E sobre o fondo do asunto declaran, en primeiro lugar, a conformidade a dereito da distribución de clases en galego, castelán a lingua estranxeira —cun criterio de equilibrio— establecida no Decreto, considerando que:

«(...) Una vez garantizado que tanto la lengua cooficial autonómica como el castellano sean vehiculares en la enseñanza, sin exclusión de ninguna de ellas, en el sentido de que no sólo han de ser objeto de estudio sino medio de comunicación en el conjunto del proceso educativo, existen diferentes opciones posibles, de modo que nada



se opone a que la lengua cooficial autonómica sea el centro de gravedad del modelo de bilingüismo, pero siempre con el límite de que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente, de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma. (...) no puede reputarse ilegal que se proclame como principio de elaboración del Decreto el de garantizar el máximo equilibrio posible en las horas semanales y en las asignaturas impartidas en las dos lenguas oficiales de Galicia para llegar a adquirir una competencia en igualdad en una y otra. (...) debe admitirse un margen de apreciación al poder público educativo autonómico de modo que si, como en el caso presente, se mueve en unos márgenes de racionalidad y proporción lógicos, a la hora de distribuir horarios y materias que han de impartirse en una y otra lengua, no puede ser considerada contraria a Derecho.(...)».

Porén, anulan o artigo 5.2 do Decreto, en que se dispón que: “A lingua materna predominante do alumnado será determinada polo centro educativo de acordo co resultado dunha pregunta que se efectuará aos pais, nais, titores/as ou representantes legais do alumno/a antes do comezo do curso escolar sobre a lingua materna do seu fillo ou filla”. E iso porque:

*«(...) no se puede dar pie a que la consulta a los familiares de los alumnos determine, con carácter vinculante, la lengua a emplear en el aula, porque ese aspecto entra dentro de la potestad de ordenación de la enseñanza que corresponde a la Administración educativa en exclusiva. En este sentido, una cosa es que las familias hayan de colaborar para lograr una educación de calidad y otra muy distinta que la Administración educativa pueda abdicar de su potestad de ordenación general de la enseñanza, que le corresponde en exclusiva, haciendo dejación de su responsabilidad a la hora de garantizar que los niños reciban la primera enseñanza en su lengua materna. (...) se consulta a los familiares próximos del alumnado sobre la lengua materna predominante, y el resultado de la encuesta determina, con carácter vinculante, la que ha de usar el profesorado en el aula de la etapa de educación infantil, con lo cual se deja en manos de dichos familiares tal determinación, en contra de aquel deber de la Administración de ordenar la enseñanza en todos sus aspectos».*

Tamén anulan o artigo 12.3 do Decreto, no que se preceptúa que: “o alumnado poderá empregar nas manifestacións oral e escrita a lingua oficial da súa preferencia. Malia o anterior, procurarase que o alumnado empregue a lingua en que se imparte a área, asignatura ou módulo”. Considera ao respecto o Tribunal, entre outras razóns, que o devandito precepto:

*«resulta contrario al fomento del uso progresivo del gallego en la enseñanza que, como mandato imperativo, se contiene en el artículo 13.2 de la Ley de Normalización Lingüística, porque la libertad al alumnado en el empleo de la lengua oficial de su preferencia en sus manifestaciones oral y escrita, permitiéndole la utilización del castellano pese a que sea el gallego la lengua en que se imparte el área, asignatura o módulo, contradice aquel mandato, ya que no facilita la adquisición de la destreza exigida al alumno en la lengua propia de esta Comunidad Autónoma desde el momento en que se le permite que no hable o escriba en la lengua gallega cuando es ésta la propia del área, asignatura o módulo».*

## **2.- Concertos educativos con centros docentes privados que só admiten alumnado dun único sexo. Non infrinxen o principio constitucional de non discriminación por razón de sexo.**

**A Sentenza do TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 1ª) de 8 de febreiro de 2012** (recurso 636/2009, relatora: Ilma. Sra. Galindo Gil) desestima o recurso interposto por un sindicato contra a Orde de 26 de agosto de 2009 da Consellería de Educación e Ordenación universitaria, aprobatoria dos concertos educativos cos centros docentes privados de educación infantil, educación primaria, educación secundaria obrigatoria, educación especial, programas de cualificación profesional inicial, ciclos formativos de grao medio e ciclos formativos de grao superior. Sinala o Tribunal que:

*«(...) no se aprecian las vulneraciones invocadas por la actora, pues con la aprobación de conciertos educativos con centros privados de enseñanza única, esto es, con centros docentes que practican la educación separada admitiendo alumnado de un único sexo, no se infringe el ordenamiento jurídico. La Administración, al aprobar conciertos con estos centros docentes, y en particular, al aprobar los conciertos cuestionados por la actora, está respetando las previsiones legales y reglamentarias de aplicación, y entre ellas la Orden de 9 de enero de 2009. Esta Orden regula el desarrollo del principio de coeducación, no como requisito para acceder al régimen de conciertos educativos (incluida la renovación), sino como criterio de prioridad a la hora de aprobarlos. (...)*

*Cierto es que la admisión de alumnos sin discriminación de sexo ya se recoge en el artículo 84.3 de la LOE como una obligación que deben cumplir los centros docentes (obligación que también se recoge en artículo 6 de la Orden de 9 de enero de 2009). Sin embargo ni en la Ley de educación, ni en otra norma jurídica, se exige la enseñanza mixta como requisito para que un centro docente pueda ser beneficiario de financiación pública a través de los conciertos educativos, habida cuenta que la exigencia de la enseñanza mixta como requisito para acceder al régimen de conciertos educativos sólo puede imponerse por disposición legal.*

*Cita también la actora en su escrito de demanda, en apoyo de sus pretensiones, la normativa estatal y autonómica sobre la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y la autonómica 7/2004, de 16 de julio). Ahora bien ninguna de estas normas afectan a la interpretación que haya de darse a las previsiones que se recogen en la ley 2/2006. Véase que la Directiva del Consejo de la UE 2004/113 (para cuya trasposición se dictó la Ley Orgánica 3/2007), deja a la Educación fuera de su ámbito de aplicación. El considerando 13 de la Directiva se expresa de la siguiente manera: “La prohibición de la discriminación deberá aplicarse a las personas que presten bienes y servicios disponibles para el público y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en dicho contexto. No se aplicará al contenido de los medios de comunicación ni de la publicidad, ni a la enseñanza pública o privada”. Y el artículo 3.3 establece que “La presente Directiva no se aplicará al contenido de los medios de comunicación o de la publicidad, ni a la educación».*

## Estranxeiría

**A mera estancia irregular dun cidadán estranxeiro non comunitario en territorio español, sen circunstancias agravantes, leva consigo a sanción de multa e non a de expulsión.**



O **TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 1<sup>a</sup>)**, na súa **Sentenza de 5 de decembro de 2012** (recurso 430/2012, relator: Ilmo. Sr. Chaves García) avanza na liña xurisprudencial previamente iniciada coa sentenza de 25 de xuño de 2012 (recurso 15/2012), alcanzando a conclusión de que a mera permanencia ilegal dun estranxeiro en territorio español, sen circunstancias agravantes (entre as que non se inclúe a mera omisión de visado ou selo de entrada no pasaporte) debe sancionarse en primeiro termo con multa pecuniaria, non con orde de expulsión. A sanción primaria establecida para estes supostos na lexislación de estranxeiría é a de multa. De maneira que a orde de expulsión se reserva para os supostos máis graves, distintos dos de *“mera permanencia ilegal”* do inmigrante en territorio español, que haberán de ser pormenorizadamente motivados na resolución sancionatoria. Como afirma o Tribunal Constitucional na súa sentenza 145/2011, a elección pola Administración entre a sanción de multa e a de expulsión do inmigrante non é discrecional *«sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración, como son los previstos en el art. 55.3 en relación con el art. 50 de la citada ley, que remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000»*. Por outra parte, a imposición dunha multa ao estranxeiro en situación irregular —en lugar da expulsión—, non supón que se lle dispense da obriga legal de obter a preceptiva autorización de residencia para poder permanecer en España; nin do seu deber de abandonar o territorio español se non consegue a devandita autorización. Pero dálle ao inmigrante a posibilidade de regularizar a súa situación en España se cumpre os requisitos necesarios para iso. Ou, no caso contrario, de retornar ao seu país polo seu propio pé, sen a *“prohibición de entrada”* de ata 5 anos que se lle imporía coa orde de expulsión, podendo así solicitar desde alí en legal forma as autorizacións necesarias para regresar a España. Non se trata pois nin dunha dispensa no cumprimento polo estranxeiro das súas obrigas legais, nin da tolerancia dunha situación de *“clandestinidade”*. É sinxelamente a resposta que ofrece o propio sistema legal, en aplicación do principio de proporcionalidade, a unha concreta situación humanitaria, familiar ou social complexa, cuxa solución procura da maneira menos traumática posible.

Incide así o TSX Galicia nesta sentenza, en primeiro lugar en que:

*«(...) si no existe pasaporte, ni se acredita la identidad ni lugar y tiempo de entrada, estamos ante un hecho negativo adecuado para la expulsión; en cambio, si existe pasaporte incompleto en este particular, el mero dato formal del desconocimiento del lugar y tiempo de entrada en territorio Schengen no constituye hecho negativo autónomo en sí mismo, salvo que quede clara su específica relevancia para los fines de orden público o control de circunstancias del titular del pasaporte»*.

E, en segundo lugar despraza cara a Avogacía do Estado a carga da proba sobre o factor negativo determinante da expulsión consistente na falta de arraigo do inmigrante. Sinala así que:

*«no consta acreditado en el expediente ni en los autos que la estancia en España de la recurrente fuese tan breve que comportase inexistencia de arraigo suficiente (y que determinase la innecesariedad de motivación específica para la expulsión), puesto que lo más que se extrae del pasaporte (folio 5 expte.) es que el mismo se expidió el 12/1/2010 pero sin que se haya acreditado por la Administración la citada estancia»*



mínima (a través de interrogatorio u otras pruebas en fase de instrucción), y sin que podamos presumirlo por impedirlo la presunción de inocencia propia del ámbito sancionador».

## Medio ambiente e urbanismo

### 1.- Xestión urbanística. Ocupación directa de terreos para sistemas xerais. A aplicación da devandita técnica require do consentimento dos afectados.

O **TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 3ª)**, nas súas **sentenzas de 22 e 29 de febreiro de 2012** (recs. 7539/2009 e 7529/2009, relator: Ilmo. Sr. Cibeira Yebra-Pimentel) analiza a natureza xurídica da técnica de xestión urbanística consistente na "ocupación directa" de terreos. Tras repasar a historia legislativa e a doutrina constitucional sobre a devandita institución conclúe que a día de hoxe en Galicia só se pode aplicar co consentimento dos afectados. E iso por canto se trata de «*una modalidad o técnica de gestión urbanística de obtención de terrenos dotacionales de carácter expropiatorio o asimilable*»; expropiación con pagamento en especie cuxo carácter coactivo só se pode establecer por lei estatal e non autonómica. Como a día de hoxe ningunha lei básica estatal lexitima a súa utilización, só se poderá recorrer á "ocupación directa" de terreos para a obtención de solo afecto a dotacións ou equipamentos se existe acordo cos interesados.

### 2.- Revisión do plan xeral. Efecto non vinculante dos convenios do plan. Clasificación do solo: Solo rústico de especial protección.

O **TSXG (5ª do Cont.-Ad., Secc. 2ª)**, na súa **sentenza de 18 de outubro de 2012** (rec. 4349/2009, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) desestima o recurso interposto contra a aprobación definitiva do Plan Xeral de Ordenación Municipal de Oleiros, respecto da clasificación como solo rústico protexido duns terreos que foran obxecto dun convenio do plan anterior. Insiste o Tribunal nesta sentenza en que:

*«No se vulnera la estabilidad y la seguridad jurídicas porque la aprobación definitiva de un plan general se aparte de los términos de un previo convenio urbanístico de planeamiento. La doctrina jurisprudencial sobre este particular es clara: cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que un Ayuntamiento llegue con los administrados, la potestad de planeamiento siempre ha de ejercerse en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible por lo que, sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, ya en otro terreno, pudiera desencadenar en su caso, la Administración se puede separar de los convenios urbanísticos previos o preparatorios de un cambio de planeamiento celebrados con los administrados cuando ejerce su potestad de planeamiento (SSTS de 7-10-2002, 15-3-97, 23-6-94, 19-3-92 y 13-2-92). Como dice la primera de estas sentencias, "la Administración no se encuentra limitada al aprobar la revisión de un Plan General por los convenios urbanísticos previos, aún de planeamiento, que haya concertado con los administrados". Tampoco la Administración autonómica está vinculada por las propuestas de un Ayuntamiento expresadas en la aprobación inicial o provisional de un plan general en aquellos aspectos reglados, como es la clasificación del suelo, según pone de relieve lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 9/2002. La modificación de la clasificación que tenía en la aprobación inicial la finca litigiosa se llevó a cabo de acuerdo con lo determinado por la Administración autonómica en su*



*Orden de 14-3-2007, y en ella se explican los motivos de ese cambio (folio 113 del expediente de dicha Administración). En cuanto a la desigualdad y discriminación respecto de los suelos urbanos consolidados contiguos, la parte actora no sostiene que su finca sea suelo urbano consolidado ni pretende que se declare así, sino suelo urbanizable, con lo que reconoce la diferencia de características en relación con esos suelos, que, como urbanos, son de clasificación reglada, lo que no ocurre con el urbanizable, por lo que no puede aceptarse que exista ese tratamiento desigual y discriminatorio. Por ello las alegaciones a las que acaba de hacerse referencia no pueden ser acogidas».*

## Patrimonio histórico

### **Inspección do interior de bens inmoables de titularidade privada integrados no patrimonio cultural de Galicia (Pazo de Meirás). Non concorre desviación de poder.**

**A Sentenza do Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>, Secc. 4<sup>a</sup>) de 29 de febreiro de 2012** (casación 1563/2010, relatora: Excm. Sra. Pico Lorenzo), confirma a validez dunha resolución do Director Xeral de Patrimonio Cultural da Xunta de Galicia que ordenou a realización dunha inspección do Pazo de Meirás, en Sada (A Coruña), incluído no Inventario de Bens Culturais de Galicia «*con el fin de comprobar el estado del edificio y su entorno, a los efectos de constatar cual es su nivel de conservación, así como de realizar un reportaje fotográfico completo*».

Considera o Tribunal Supremo nesta sentenza que: «*El art. 70.2. de la LICA define la desviación de poder como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Sin entrar en la interpretación de la Ley 8/1995, del Patrimonio Cultural de Galicia, resulta patente que la Administración autonómica puede solicitar de los titulares de derechos sobre los bienes integrantes del patrimonio cultural de Galicia el examen de los mismos, tal cual aquí se acordó, por lo que no se evidencia que la facultad de inspección fuere utilizada para un fin distinto del establecido por el ordenamiento jurídico autonómico*».

## Persoal

### **Solicitude por asociación corporativa de empregados públicos, de convocatoria para cubrir nun concello postos de funcionarios con habilitación de carácter nacional. Procedemento que só se pode iniciar de oficio. Silencio administrativo negativo.**

**A Sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 1<sup>a</sup>) de 23 de maio de 2012** (rec. 4/2012, relator: Ilmo. Sr. Díaz Casales) confirma a desestimación do recurso promovido polo Colexio de Secretarios, Interventores e Tesoureiros da Administración Local contra unha suposta inactividade do Concello da Coruña por non executar a “estimación presunta” da solicitude que previamente formularon de que se realizase a convocatoria por libre designación para cubrir as prazas de viceinterventor, vicesoureiro e oficial maior. E iso por canto:

«*(...) la cobertura de las plazas es un procedimiento típico de los iniciados de oficio y, por lo tanto, excluidos del ámbito de aplicación del silencio administrativo positivo con arreglo*

al Art. 43.2 de la LPAC, sin que pierda esta naturaleza por el hecho de que los interesados insten su puesta en marcha. Así resulta de lo dispuesto en los Arts. 19 —que reserva a los presidentes de las corporaciones la aprobación de las convocatorias—, 25 —que posibilita la convocatoria subsidiariamente por el Ministerio de Administraciones Públicas—, 28 —reservando al Presidente de la Entidad Local la aprobación de las bases de la convocatoria— del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional o el Art.29 del Decreto 49/2009, de 26 de febrero, sobre el ejercicio de las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia respecto de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, por lo que ha de concluirse que pese a que la sentencia de instancia yerra sobre la razón por la que no procede entender estimada por silencio la petición formulada por el Colegio recurrente, merece ser confirmada porque falta el presupuesto para que opere el silencio administrativo positivo que, a su vez, habría de servir de base para la pretensión ejercitada».

## Proceso contencioso-administrativo

### **1.- Requisitos formais esixibles a un concello para promover un recurso contencioso-administrativo: Ditame preceptivo do secretario ou do xefe da asesoría xurídica municipal.**

A **Sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 2<sup>a</sup>) de 22 de novembro de 2012** (rec. 4448/2012, relator: Ilmo. Sr. Méndez Barrera) inadmite o recurso contencioso-administrativo interposto polo Concello de Entrimo (Ourense) fronte unha resolución da Xunta de Galicia, por “falta de lexitimación ad procesum”, toda vez que a devandita Administración municipal:

*«(...) no aportó documento alguno que acredite la emisión del dictamen que exigen el artículo 54.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, y el artículo 221.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, con lo que incumplió lo requerido en el artículo 45.2.d) de la Ley jurisdiccional; omisión que no se subsanó con posterioridad, pese a tener ocasión para hacerlo en las fases de prueba y de conclusiones, y a haber sido denunciada de contrario en la contestación a la demanda. Por ello el recurso de apelación tiene que ser acogido, revocada la sentencia impugnada y declarado inadmisibile el recurso contencioso-administrativo interpuesto».*

### **2.- A sentenza que se limita a desestimar o recurso contencioso-administrativo dixido fronte a orde de demolición dunha construción ilegal non constitúe, en si, título de execución forzosa, nin lexitima a apertura dun incidente de execución para resolver nel a controversia que suscite a práctica efectiva do derrubamento.**

A **Sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 2<sup>a</sup>) de 20 de decembro de 2012** (rec. 4536/2012, relatora: Ilma. Sra. Recio González) sinala ao respecto que:

*«(...) siendo la sentencia desestimatoria, es decir, confirmatoria del acto administrativo impugnado, la ejecución que procede es la del acto, y no la de la sentencia, la cual, a los efectos de ejecución, lo ha dejado intacto, sin quitar ni añadir nada a su propia fuerza ejecutiva, de manera que como no ha alterado en nada la situación derivada*

*del acto administrativo impugnado, su ejecución le corresponde al órgano autor de tal acto, sin que nada pueda añadir, ni aconsejar, ni ordenarle el órgano juzgador sobre el modo de ejecutarlo».*

## Tributos

### **1.- Taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público por empresas explotadoras de servizos de telefonía móbil.**

O **TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 4<sup>a</sup>)** ditou numerosas sentenzas con data **10 de decembro 2012** (recs. 16641/2009, 15327/2009, 16815/2009, 15382/2009, 15035/2009, 15606/2009, 15477/2010, 16401/2009, 15169/2010, etc.) anulando determinados preceptos de ordenanzas municipais reguladoras da taxa por utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público por empresas explotadoras de servizos de telefonía móbil. E iso aplicando a novidosa xurisprudencia establecida polo Tribunal Supremo (S<sup>a</sup> 3<sup>a</sup>) nas súas sentenzas de 10 e 15 de outubro de 2012 (casación 4307/2009, 1085/2010 e 861/2009) a partir da sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea de 12 de xullo de 2012 (asuntos acumulados C-55/11, 57/11 e 58/11), conforme a cal debe eximirse:

*«(...) a los operadores de telefonía móvil no sólo del régimen especial de cuantificación de la tasa, sino también de la obligación de pagar la tasa cuestionada cuando, no siendo titulares de redes, lo sean de derechos de uso, acceso o interconexión a éstas. De esta forma, los operadores de telefonía móvil no tendrán que abonar tasas municipales por el uso del dominio público municipal si se limitan a utilizar las instalaciones de terceros. La normativa sectorial debe prevalecer sobre la Ley de Haciendas Locales».*

### **2.- Taxa por ocupación de vía pública para mudanza de enseres. Recurso indirecto contra a ordenanza reguladora. Vulneración do principio de equivalencia.**

A **Sentenza do TSXG (S<sup>a</sup> do Cont.-Ad., Secc. 4<sup>a</sup>) de 6 de febreiro de 2013** (rec. 15758/2012, relatora: Ilma. Sra. Rivera Frade) estima a cuestión de legalidade formulada contra un determinado precepto da Ordenanza do Concello de Ourense reguladora da taxa por aproveitamento especial ou utilización privativa do dominio público, en que se establecía o importe a pagar pola ocupación temporal da vía pública cun camión de mudanzas para o traslado de enseres. Considera o Tribunal que a referida Ordenanza infrinxe o "principio de equivalencia" conforme o cal o importe da taxa non poderá exceder do custo real ou previsible do servizo, actividade ou prestación que se recibe.



1. As propostas de colaboración coa Revista Galega de Administración Pública remitiranse como arquivo adxunto a unha mensaxe de correo electrónico ao seguinte enderezo electrónico: **regap@xunta.es**.

Ademais, a ou o autor ou os autores enviarán o orixinal nun disco compacto, USB, ou dispositivo similar, en soporte informático *Microsoft Word*, así como dúas copias impresas asinadas ao seguinte enderezo:

**Revista Galega de Administración Pública**

*Servizo de Estudos e Publicacións*

*Escola Galega de Administración Pública*

*Rúa de Madrid, 2-4*

*15707 Santiago de Compostela (A Coruña)*

2. O disco compacto, USB, ou dispositivo similar, remitido por correo postal deberá conter un único arquivo ou documento co texto da proposta da colaboración.
3. Non serán aceptadas propostas de colaboración enviadas por fax ou por correo postal sen estaren acompañadas do correspondente soporte electrónico.
4. Os traballos deberán ser remitidos antes do 15 de maio e do 15 de novembro, para os números ordinarios. As datas de remisión e aceptación figurarán nun lugar visible da revista.
5. Os traballos enviados deberán cumprir as seguintes condicións:
  - a) Seren inéditos e non estaren incluídos en procesos de avaliación doutras publicacións.
  - b) Estaren redactados en galego, español, portugués, francés italiano, inglés e alemán.
  - c) Conteren un número máximo de 20.000 palabras para os traballos redactados como "Estudos"; e, de 10.000, para os editados como "Notas".
6. Os traballos que se propoñen para a súa publicación como artigos deberán incluír, por esta orde:
  - a) Un título descritivo do contido, nome, apelidos e profesión ou cargo da ou do autor ou dos autores.
  - b) Un resumo (dun máximo de 150 palabras) no idioma no que se presenta o texto principal e a súa

tradución ao inglés de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.

- c) Unha relación dun mínimo de cinco palabras clave, e un máximo de dez, que identifiquen as materias sobre as que versa o texto principal, e a súa versión ao idioma inglés, de non ser esta a lingua empregada na súa redacción.
  - d) Sumario seguindo a estrutura da CDU. (Exemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a...).
  - e) O corpo principal do texto.
  - f) A bibliografía.
7. Os traballos deberán ser cuidadosamente revisados pola(s) persoa(s) responsable(s) da súa autoría no tocante ao estilo, e respectarán ademais os seguintes requisitos:
    - a) Todos os traballos deberán ser presentados a un espazo, con formato de fonte Times New Roman, tamaño 12.
    - b) As notas figurarán a pé de páxina, gardarán unha numeración única e correlativa para todo o traballo, e axustaranse ao seguinte modelo:
      - LIBRO: AUTOR, Título da publicación, núm. Edición, lugar da publicación, editor, ano, páxina.
      - AUTOR, "Título do artigo". Título da fonte (revista ou outra colectiva), número, ano, páxinas.
    - c) A bibliografía deberá conter con exactitude toda a información dos traballos consultados e citados (autoría, título completo, editor, cidade e ano de publicación; de se tratar dunha serie, serán indicados o título e o número do volume ou a parte correspondente).
    - d) Os documentos, fontes ou bases de datos publicados na Internet deberán indicar o URL respectivo. Por exemplo: [http://www.un.org/base/publicad/pages/innovat\\_a.html](http://www.un.org/base/publicad/pages/innovat_a.html).
  8. Dereitos de autoría. Unha vez que o consello editorial acepte publicar calquera material (artigo ou recensión) recibido, os dereitos exclusivos e ilimitados para reproducir e distribuír os traballos en calquera forma de reprodución, idioma e país serán transferidos á Escola Galega de Administración Pública (EGAP).