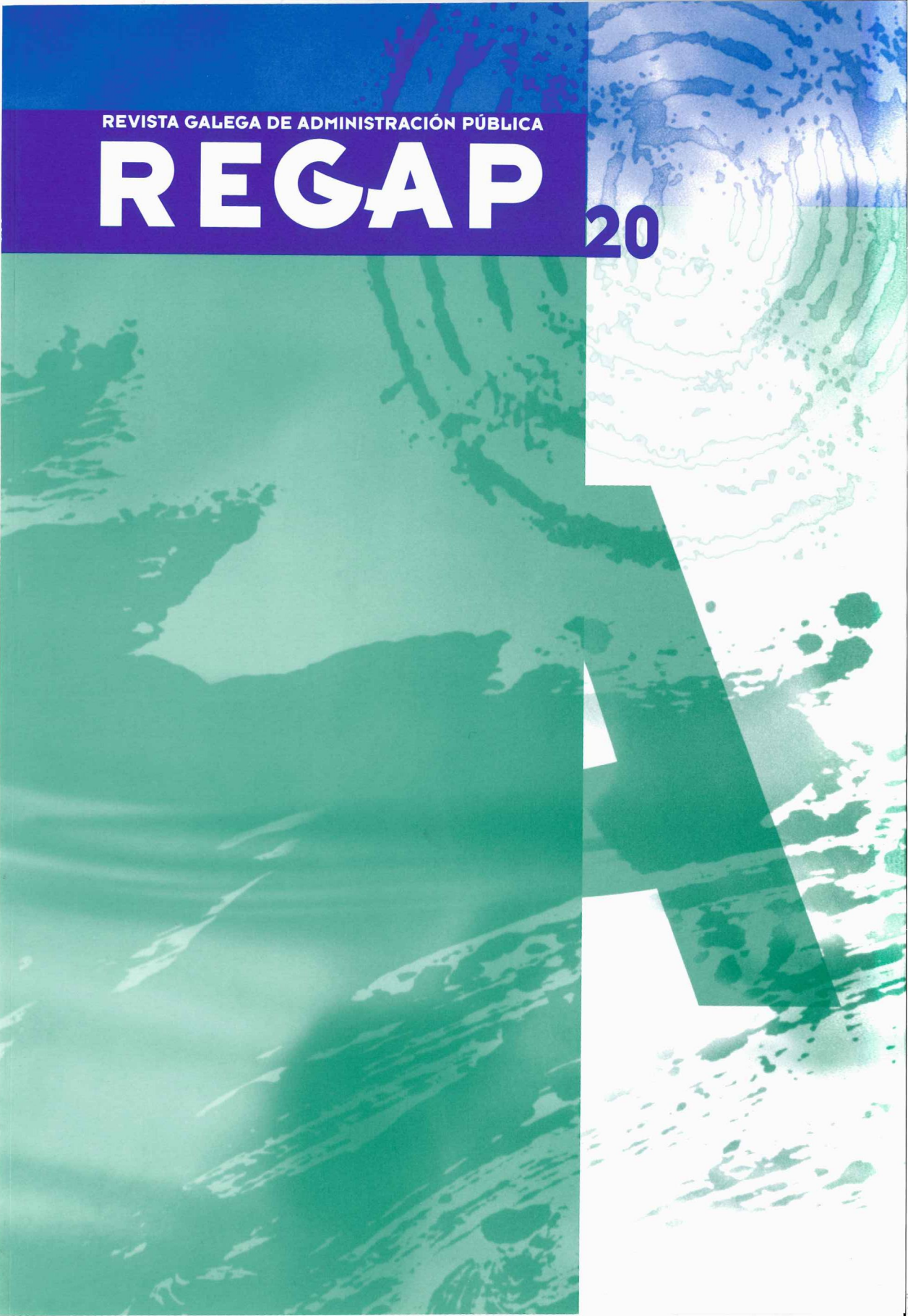


REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

20



20

SETEMBRO- DECEMBRO
1998

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

REGAP: Revista Galega de Administración Pública.- N.º 0 (1992) -
Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1992-
v.; 24 cm.
ISSN:1132-8371
Depósito legal: C. 1.596-91



© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Edita: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
Rúa de Madrid, 2 - 4. Polígono das Fontiñas.
15707 Santiago de Compostela
Tel.: (981) 54 60 40 / Telefax: (981) 54 63 37

Traducción e supervisión lingüística: Carme María Vidal Reimúndez
M^a Carme Pérez Picallo

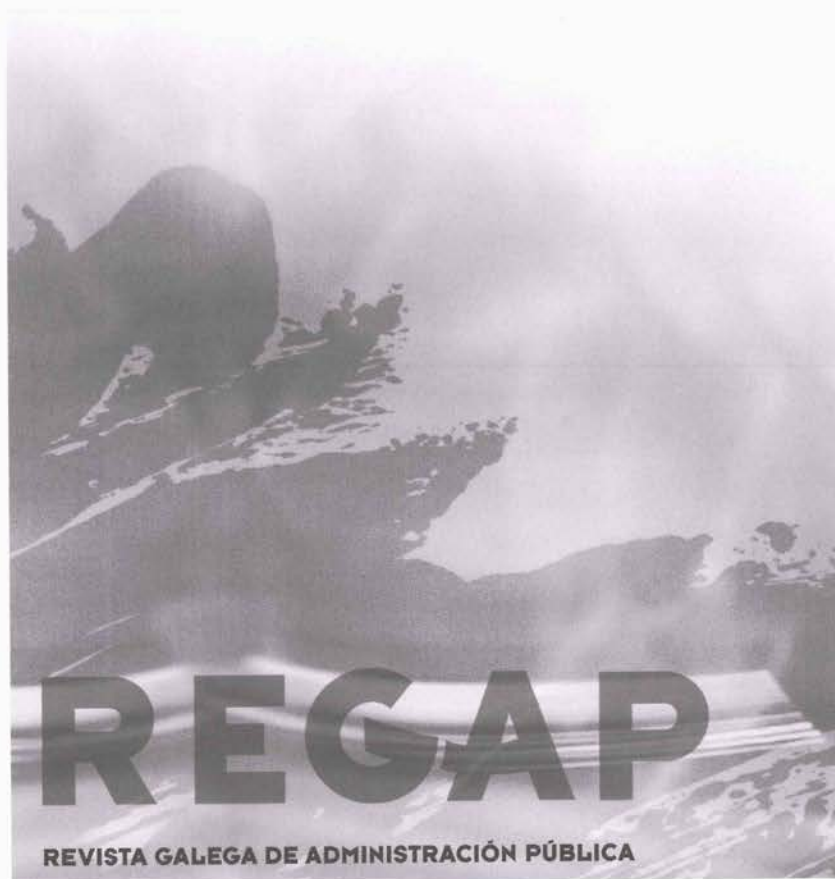
Deseño gráfico: Uqui  CEBRA

Imprime: Offset Valladares, S.L.

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuatrimestral.
Solicitude de subscricións a EDITORIAL GALAXIA.

A Escola Galega de Administración Pública non se identifica
necesariamente cos xuízos dos autores dos artigos que aparezan nesta revista.



REGAP

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DIRECTOR

Domingo Bello Janeiro

Director da EGAP

SECRETARÍA TÉCNICA

José Luís Mínguez Goyanes

Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia

CONSELLO

José Antonio Álvarez Vidal

Director xeral de Xustiza e Administración Local

Francisco Javier Castiñeira Izquierdo

Secretario de Administración Local

Juan Luís Castro Somoza

Avogado do Estado

José Ramón Cólera Leirado

Letrado maior do Parlamento de Galicia

Andrés Faiña Medín

*Catedrático de economía aplicada da
Universidade da Coruña*

Alejandro Fernández Barreiro

*Catedrático de dereito romano
Universidade da Coruña*

Manuel Fernández Areal

Catedrático de teoría xeral da información

Francisco Fernández Segado

*Catedrático de dereito constitucional
da Universidade de Santiago de Compostela*

José Antonio García Caridad

Presidente do Consello Consultivo de Galicia

Ramón García-Malvar y Mariño

Fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Pablo González Mariñas

*Profesor titular de dereito administrativo
da Universidade de Santiago de Compostela*

Vicente González Radío

Profesor titular de socioloxía da Universidade da Coruña

José Carlos López Corral

Letrado da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

Xosé López García

*Decano da Facultade de Ciencias da Información
da Universidade de Santiago de Compostela*

Fernando José Lorenzo Merino

Catedrático de dereito civil da Universidade de Vigo

Jesús Martínez Girón

Catedrático de dereito do traballo da Universidade da Coruña

Carlos Otero Díaz

Conseleiro maior do Consello de Contas de Galicia

Santiago Porta Dovalo

Psicólogo da Consellería de Traballo e Servicios Sociais

Juan Ramón Quintás Seoane

Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

Juan Jesús Raposo Arceo

Profesor da Universidade Nacional de Educación a Distancia

Luís Rodríguez-Ennes

Decano da Facultade de Dereito de Ourense

Juan Rodríguez Yuste

*Secretario xeral de Relacións coa Unión Europea e
Acción Exterior da Xunta de Galicia*

Antonio Romero Lorenzo

Maxistrado xuíz decano de Vigo

Francisco José Serna Gómez

Secretario xeral de Caixa Ourense

Luís Ramón Sotelo López

Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia

Javier Suárez García

Director xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia

José Ramón Vázquez Sandes

Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Jesús Vázquez San Luis

Secretario xeral da Consellería de Industria e Comercio

Javier de Vicente Remesal

Vicerrector de profesorado da Universidade de Vigo

José Vilas Nogueira

*Catedrático de ciencia política e da administración
da Universidade de Santiago de Compostela*

Perfecto Yebra Martul-Ortega

*Catedrático de dereito financeiro da
Universidade de Santiago de Compostela*

SUMARIO

ESTUDIOS

| | | |
|--|---|------------|
| José Luis Meilán Gil Almudena Fernández Carballal | A lei do solo de Galicia e a lexislación urbanística do Estado _____ | 13 |
| Luis M^o Cabello de los Cobos y Mancha | Comentarios a la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación _____ | 51 |
| Domingo Bello Janeiro | Cláusulas de exclusión ou redución de responsabilidade na Lei sobre condicións xerais da contratación _____ | 99 |
| Fernando González Botija | Los límites del derecho de propiedad en el marco del sistema jurídico de la cuota láctea _____ | 151 |

NOTAS E COMENTARIOS

| | | |
|---|--|------------|
| Carlos I. Aymerich Cano | Entes instrumentais e dereito comunitario da contratación pública: o concepto de “organismo de dereito público” (Acerca da Sentencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 15 de xaneiro de 1998, –as. Mannesmann–) _____ | 181 |
| Alba Nogueira López | Repercusións ambientais das canteiras: aproximación xurídica a certas técnicas de control e vías de limitación dos impactos _____ | 201 |
| Ramón Bouzas Lorenzo Isabel Diz Otero Celestino García Arias | Xunta de Galicia: renovación e permanencia das elites políticas _____ | 219 |

XURISPRUDENCIA

| | | |
|-----------------------------------|--|------------|
| Ramón P. Rodríguez Montero | Inhibición legislativa e determinación xurisprudencial do dereito: aplicación retroactiva ou irretroactiva do art. 25 da LDCG en materia de constitución de servidume de paso por usucapión? (Comentario ás SS.TSX Galicia 15/98 e 16/98, do 24 de setembro de 1998) _____ | 241 |
|-----------------------------------|--|------------|

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- Xornadas sobre condicións xerais da contratación
e da protección do consumidor
277 _____ EGAP, 15, 16 e 17 de xuño de 1998 **María de la O Cores Lamas**
- Curso de verán. A nova lei da xurisdicción
contencioso-administrativa
289 _____ Sada, 27 e 28 de xullo de 1998 **José Ricardo Pardo Gato**
- Curso sobre a propiedade intelectual
305 _____ EGAP, 15-30 de outubro de 1998 **José Luis Mínguez Goyanes**

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- La rehabilitación urbanística*
Santiago González-Varas Ibáñez
313 _____ Ed. Aranzadi, 1998 **Ángeles Pérez Vega**
- La modernización de la Administración como
instrumento al servicio de la democracia*
M. Villoria Mendieta
317 _____ Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1996 **Miguel Anxo Bastos Boubeta**

INDICES DOS 20 PRIMEIROS NÚMEROS DA REGAP

- 327 _____ Índices da REGAP. Anos 1992-1998 **Ana María Giráldez Riveiro**
María Fera Romero



A LEI DO SOLO DE GALICIA E A LEXISLACIÓN URBANÍSTICA DO ESTADO

José Luis Meilán Gil

Catedrático de dereito administrativo

Almudena Fernández Carballal

Investigadora da Área de Dereito Administrativo. Universidade da Coruña

1. Presentación

A Lei 1/1997, do 24 de marzo, do solo (en adiante LSG) é a norma fundamental que rexe en Galicia na materia. Como expresa a súa exposición de motivos e evidencia a súa disposición derogatoria, vén substituí-la Lei 11/1985, do 22 de agosto de adaptación da do solo a Galicia.

O simple enunciado de ámbalas dúas leis, confirmado polo exame do seu contido, manifesta o distinto ámbito e propósito das mesmas, aínda que subsiste unha certa continuidade.

Na lei do 85 existe unha confesada aceptación da lexislación estatal como marco xenérico dentro do cal se introducen unha serie de excepcións, dominadas fundamentalmente pola preocupación de encontrar unha regulación máis congruente co asentamento disperso da poboación, ben coñecido¹, e que se concretou fundamentalmente na atención ós núcleos rurais nos que a clasificación do solo e o seu réxime xurídico, contidos

¹ Como dicía a exposición de motivos, con referencia ó censo de 1981, dos 63.022 núcleos existentes en España, en Galicia encontrábanse 31.894, é dicir, un pouco máis do 50%.

na lei estatal, non resultaban adecuados, máis aínda nalgúns aspectos contradictorios coa realidade de Galicia², así como as complexas esixencias técnicas da formulación xeral, que algo tiveron que ver co exíguo número de plans aprobados daquela.

Nada máis lóxico, polo tanto, que a lei de adaptación terminase recoñecendo o dereito estatal como supletorio en todo aquilo en que a lei non o modificase, obviamente, podendo modificalo.

Fronte ós 55 artigos da Lei 11/1985, os 194 da vixente 1/1997 revelan a diferenza anteriormente apuntada en canto ó seu propósito, como expresa a exposición de motivos ó referirse á “conveniencia de formular unha regulación legal da materia urbanística que debe constituír un bloque normativo completo”. Non obstante a súa extensión, a referencia á lexislación estatal é explícita: a Lei do solo de Galicia “incardínase no marco básico da lexislación estatal”, segundo propia declaración, “para asumir canto de aceptable e de adecuado á realidade galega ten a regulación do Estado” sen prexuízo, obviamente, de ofrece-las solucións que a súa singularidade require ou lle aconsella a posición autonómica”.

Sucede que esa lexislación estatal que o lexislador galego tivo en conta é a Lei 18/1990, do 25 de xullo e, sobre todo, o Real decreto lexislativo 1/1992, do 26 de xuño, que supuxeron un profundo –e discutido– cambio respecto da lexislación do solo estatal constituída polo texto refundido de 1976 e os regulamentos de desenvolvemento e que quedou seriamente danado pola STC 61/1997, do 20 de marzo ó declarar inconstitucionais un bo número de preceptos cualificados de carácter básico ou de aplicación plena e un número aínda maior doutros que foran cualificados de eficacia supletoria ás lexislacións autonómicas.

A diferenza entre as datas das sentencias e a da LSG non pode ser máis expresiva, sobre todo se se ten en conta que a lexislación estatal procede dun Goberno ideoloxicamente distinto da Xunta de Galicia. O paradoxo acentúase ante a nova Lei 6/1998, do 13 de abril sobre réxime do solo e valoracións (propiciada por un Goberno, esta vez do mesmo partido), de signo claramente oposto ó maioritariamente derogado no Real decreto lexislativo 1/1992.

Todo este proceso produce unha certa perplexidade desde o punto de vista da legalidade e da oportunidade. Desde este último non deixa de ser sorprendente que a lexislación urbanística dunha Comunidade Autónoma como a de Galicia, gobernada polo PP, se corresponda coa legisla-

² Un exemplo especialmente significativo é o do “núcleo de poboación” rural que, segundo a normativa estatal, se cualificaría como solo non urbanizable e que, en cambio, se converteu en elemento capital da citada lei. Nese sentido Meilán, J. L., prólogo ó libro de Díaz Lema, J. M., *Derecho urbanístico de Galicia. Comentarios á Lei do solo de Galicia do 22 de agosto de 1985*, Fundación Caixa Galicia, 1989, páx. 63-79.

ción emanada dun Goberno do PSOE, aínda que tamén ha de recordarse, para aumento do paradoxo, que a Comunidade Autónoma de Galicia non impugnou nin a Lei 8/1990 nin o Decreto lexislativo 1/1992.

Un asunto especialmente significativo e, probablemente, un dos poucos aplicados durante a vixencia plena daquela lexislación é o da cesión do 15% do solo por parte dos propietarios do solo urbanizable que a citada sentenza do Tribunal Constitucional declara nulo e, polo tanto, fai revivi-lo anterior deber de cesión do 10%, cando a Lei do solo de Galicia, en uso da súa autonomía, referendada polo Tribunal Constitucional, establece o 15%, agora diminuído pola nova Lei 6/1998, do 13 de abril a un máximo do 10%, coa posibilidade de que as comunidades autónomas poidan rebaixalo.

Como implicitamente queda dito, a STC 6/1997 fai legal o contido da LSG, redactada, en gran medida, de acordo co patrón da lexislación 1990-1992. Non existe a menor dúbida respecto dos preceptos anulados en virtude do carácter supletorio atribuído indebidamente, segundo o Tribunal Constitucional, polo lexislador estatal. Doutra parte, polo que se refire a normas estatais de carácter básico ou pleno, a disposición adicional primeira da lei galega encárgase de recordar que estas regularán os dereitos e deberes básicos dos propietarios no previsto por ela, así como as valoracións, expropiacións e réxime de venda forzosa, supostos indemnizadores e réxime xurídico.

Neste sentido non afectan á LSG as variacións que nesas materias introduciu a nova Lei estatal 6/1998, que se deducen de comparalos preceptos do Real decreto lexislativo 1/1992 que quedaron vixentes despois da STC 61/1997 e os que declara vixentes a disposición derogatoria única da citada Lei 6/1998, o contido da cal, ademais dos principios xerais en que non se produce unha esencial discontinuidade, se refire precisamente á clasificación do solo e dereitos e deberes dos propietarios, a valoracións, expropiacións e supostos indemnizadores.

Deixando a un lado cuestións de oportunidade que ha de apreciar o lexislador galego e, polo tanto, considerar se o cambio do marco estatal lle aconsella unha revisión da lei, desde o punto de vista da legalidade só quedaría comprobar ata qué punto os preceptos considerados co carácter de competencia exclusiva do Estado, o de lexislación básica pola nova Lei 6/1998, inflúen na lei galega e obrigan a modificala ou, en todo caso, a interpretala de conformidade con aquela.

Como é lóxico, ó ser impugnada ante o Tribunal Constitucional a citada Lei 6/1998, o xuízo que poida formularse sobre a corrección constitucional da LSG queda condicionado, nalgunha medida, polo éxito ou o fracaso do recurso.

De tódolos xeitos o problema, desde o punto de vista da legalidade, suxeito parcialmente ó xuízo de constitucionalidade pendente, non é

moi importante. Co carácter de competencias exclusivas do Estado, no seu sentido estricto, a Lei 6/1998 considerou o título III dedicado a valoracións, o IV que se ocupa das expropiacións –excepto o artigo 34 que se refire ás funcións da expropiación, cualificado de básico– así como preceptos relativos á responsabilidade da Administración (art. 44.2) ou de carácter civilista (transmisión de terreos e declaración de obra nova, tratados nos artigos 21 e 22), que a lei galega recoñece que son de competencia estatal.

2. Competencias estatais e autonómicas en materia de urbanismo

A discusión pode xurdir ó redor dos preceptos que se cualifican de básicos, tanto por esa cualificación como polo concreto contido dos mesmos. A título de exemplo resulta discutible a disposición adicional cuarta en canto que se aplica só ós territorios insulares. Compréndese que “a peculiaridade do feito insular”, descrita na citada disposición, permita que a lexislación urbanística das comunidades autónomas de referencia poida establecer “criterios complementarios para clasificarlos solos non urbanizables e urbanizables”; pero xorde a dúbida de se unha posibilidade de análoga natureza non debe admitirse en presenza doutros feitos diferenciais, como é o caso da peculiar distribución da poboación en Galicia coa ampla rede de núcleos rurais, onde a clasificación do solo de conformidade coas categorías da lexislación estatal, ademais de incongruente, suporía unha manifesta inxustiza por discriminación e paradoxalmente iría en contra da igualdade no exercicio dos dereitos recoñecida no artigo 149.1.1 da Constitución, reiteradamente invocado pola STC 61/1998 e explicitamente admitido tamén como fundamento pola Lei 6/1998.

Quizais o máis correcto sería a xeneralización dese precepto no articulado, ou interpretalo nese sentido sen necesidade de mante-la citada disposición. Esa xeneralización é incompatible coa disposición transitoria segunda, xa que carecería de sentido a obriga de adapta-la clasificación do solo contida no planeamento xeral vixente ó disposto na Lei 6/1998 cando se proceda á revisión daquel.

Nin sequera sería obrigatoria, desde a perspectiva que aquí se defende, a supresión da diferenciación entre solo urbanizable programado e non programado que desaparecera na Lei 7/1997, do 14 de abril de medidas liberalizadoras en materia de solo e de colexios profesionais (art. 1) e que loxicamente tampouco se recolle na Lei 6/1998 nin na LSG, aprobada pouco antes. O insólito é que se mantivese a categoría na lexislación urbanística estatal correspondente a un Estado composto como é o autonómico. Pero, pola mesma razón, correspóndelle á Comunidade Autónoma determinar se se mantén ou non tal clase de solo.

O que acaba de dicirse, a título de exemplo, revela que o problema central vai consistir en cómo entende a lexislación estatal e autonómica o concepto e o alcance do básico. Desde o punto de vista positivo e xurisprudencial o par –bases estatais e desenvolvemento autonómico– está perfectamente admitido. Cinguíndonos exclusivamente ó presente caso cabería recordar unhas palabras da STC 61/1997, do 20 de marzo:

“(…) A resultas desas condicións básicas, polo tanto, o Estado pode plasmar unha determinada concepción do dereito de propiedade urbana, nas súas liñas máis fundamentais, como, por exemplo e entre outras, a que disocia a propiedade do solo do dereito a edificar, modelo este que é tradicional no noso urbanismo (e que mantén a LRSV). *As comunidades autónomas, desde a competencia urbanística que lles recoñecen a Constitución e os estatutos de autonomía, poderán dictar normas atinentes ó dereito de propiedade urbana, con respecto, claro está, desas condicións básicas e das demais competencias estatais que, en cada caso, sexan de aplicación* (como, v. gr., a que descansa no art. 149.1.8 CE, en relación coa dimensión xurídico-privada do dominio; ou a relativa ás garantías expropiatorias ex art. 149.1.18 CE...

Se se ten en conta que a competencia estatal de regulación das condicións básicas para garanti-la igualdade non significa nin equivale a unha competencia sobre a lexislación básica en materia de dereitos e deberes constitucionais, dun lado, e que as comunidades autónomas teñen competencia para dictar normas sobre a propiedade urbana, é evidente que, para articular esta confluencia de títulos competenciais, *as normas estatais emanadas baixo a cobertura do art. 149.1.1 CE poden encontra-la súa mellor expresión, a través de principios ou de regras xerais que, en definitiva, sirvan para garanti-la igualdade nas posicións xurídicas fundamentais, sen menoscabo da competencia urbanística das comunidades autónomas e, en consecuencia, da competencia destas para dictaren tamén normas sobre a propiedade urbana*³”.

Desde o dereito positivo pode comprobarse a perfecta concordancia de preceptos estatais e da lei de Galicia. Así, o artigo 2 da Lei 6/98, que se encontra en liña co artigo 8 do texto refundido de 1992, salvo no que este implicaba de adquisición gradual de facultades urbanísticas (arts. 33 e segs.), encontra unha correspondencia paralela no artigo 62.1 da LSG: “As facultades do dereito de propiedade exerceranse no marco da lexislación básica do Estado e da súa función social, dentro dos límites e co cumprimento dos deberes nesta lei ou, en virtude da mesma, polos plans de ordenación, de acordo coa clasificación urbanística dos terreos”.

Á luz da doutrina do Tribunal Constitucional está claro que non pode fundarse a competencia estatal para regular todo tipo de propiedades no artigo 149.1.8 da Constitución relativo á lexislación civil, que non se trata

³ Vid. f. x. 10.

dunha “institución unitaria regulada no Código civil”, que “a Constitución non recolleu unha concepción abstracta deste dereito”, en expresións da STC 37/1987, do 26 de marzo. Produciuse unha diversificación da institución dominical nunha pluralidade de figuras ou situacións xurídicas reguladas cun significado e alcance diversos. En definitiva, “diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos xurídicos diversos, de acordo coa natureza dos bens sobre os que cada dereito de propiedade recae”.

Como recorda a STC 170/1989, do 19 de outubro, os poderes públicos deben delimita-lo contido do dereito de propiedade en relación con cada tipo de bens. E resulta obvio que a expresión “poderes públicos” non se refire só ó Estado, engloba tamén as comunidades autónomas.

Á mesma conclusión chégase atendendo á función social da propiedade, xa que “os fins de interese xeral ... poden xustifica-lo emprego de distintos instrumentos xurídicos en atención á propia localización dos bens ou en razón das cambiantes condicións económicas, sociais e incluso de orde cultural en cada parte do territorio” (STC 37/1987).

A confluencia do Estado e das comunidades autónomas na regulación da propiedade urbanística –ou “urbana” en expresión da exposición de motivos da Lei 6/1998– pode considerarse admitida comunmente e así o recoñece expresamente a STC 61/1997 ó declarar non só a constitucionalidade do artigo 5 do TR de 1992 (“a función social da propiedade delimita o contido das facultades urbanísticas susceptibles de adquisición e condiciona o seu exercicio”) senón tamén coa súa referencia á “legalidade ordinaria e, na súa virtude, ó planeamento” (f. x. 17.a) e máis concretamente ó dicir que “...se ben pode ser o planeamento o que determine para cada porción do territorio a súa aptitude para urbanizar e os concretos usos de edificación que eventualmente lle correspondan, coas súas cargas e beneficios, non o é menos que haberá de se-la lei –estatal ou autonómica–, de acordo coa orde constitucional de distribución de competencias, a que estableza os criterios xerais do sistema de propiedade urbana por imperativos da lei e do principio de legalidade (arts. 33.2, 53.1 CE e art. 103.1 CE)”⁴ (f. x. 17.c).

¿Que perspectiva prevalece? O tema propicia a discusión. Na miña opinión, manifestada máis extensamente noutro momento, sendo o urbanismo unha competencia exclusiva das comunidades autónomas, ex. artigo 148.1.3 da CE, as comunidades autónomas teñen competencia prevalente, aínda que limitada pola competencia estatal ex. artigo 149.1.1 da CE, de acordo coa doutrina constitucional para a solución de coincidencia de diferentes títulos competenciais⁵.

⁴ Vid. f. x. 17.c.

⁵ Cfr. MEILÁN, J. L., *La ordenación jurídica de las autonomías*, Tecnos, Madrid, 1988, páxs. 118-132. En preparación a publicación de varios relatorios expostos en diferentes xornadas sobre competencias en materia de urbanismo.

O lexislador de 1998, á vista da exposición de motivos, é máis cauto –ou quizais menos prepotente– có de 1990, probablemente como consecuencia da tantas veces citada STC 61/1997. Aquel reconece “que carece constitucionalmente de competencias en materia de urbanismo e de ordenación do territorio en sentido estricto” e reclama explicitamente “unha continuación por parte dos lexisladores das diferentes comunidades autónomas, sen a cal a reforma que agora se inicia quedaría incompleta”. Pero ámbolos dous lexisladores coinciden en utiliza-lo artigo 149.1.1 da Constitución –do que fixo un uso constante a STC 61/1997– como xustificación da maior parte das competencias no que xenericamente se denomina urbanismo e foi o contido das diferentes leis do solo, é dicir: “regula-las condicións básicas que garantan o exercicio do dereito de propiedade do solo en todo o territorio nacional”.

Ó longo da STC 61/1997 queda clara a dificultade con que o propio Tribunal Constitucional se encontra para distingui-lo que é exercicio do dereito e o que forma parte do seu contido, que non é do caso desenvolver agora. Bastaría con presenta-lo interrogante acerca da cesión obrigatoria do solo, ¿refírese ó exercicio do dereito ou trátase dunha delimitación do seu contido?

Para o lexislador de 1998 non ofrece a menor dúbida “a determinación das distintas clases de solo como presuposto mesmo da definición das condicións básicas do dereito de propiedade urbana”.

3. Contido da LSG

Anteriormente subliñouse o carácter de ordenamento completo da LSG dentro do marco da lexislación estatal, o cambio da cal, na súa maior parte, non lle afectou.

Polo que se refire ós principios xerais, como a propia exposición de motivos se encarga de reconecer, non existen grandes diferencias coa lexislación do Estado “sen prexuízo de reforza-la necesidade de incorporar á xestión pública a iniciativa dos particulares”, como así se evidencia no artigo 3.3.b), c) e 3.8⁶ e concordantes⁷.

⁶ A xestión pública canalizará e fomentará, na medida máis ampla posible, a iniciativa privada e substituiráa, cando esta non chegue a cumprí-los obxectivos necesarios, coas compensacións que a presente lei establece.

⁷ No mesmo sentido pronúnciase a Lei estatal 6/1998, do 13 de abril no artigo 4.2 e chega a dicir no apartado 3 do mesmo artigo que nos supostos de actuación pública a Administración actuante “promoverá a participación da iniciativa privada, aínda que esta non posúa a propiedade do solo”.

Seguindo a orientación da derogada Lei de 1985 atribúeselles ás normas provinciais de planeamento unha función de suplencia e de complementariedade do planeamento municipal, especialmente importante por razóns estatísticas, e acóllense os proxectos de ordenación rural.

A axilización que aparece como unha das preocupacións da LSG para a xestión e execución dos plans complétase coa Lei 7/1995, do 29 de xuño, sobre delegación de competencias nos municipios.

Pola súa importancia e pola coincidencia da regulación estatal e autonómica parece razoable analiza-lo réxime xurídico do solo ou o réxime urbanístico da propiedade do solo que lle dá nome ó título II da lei estatal.

3.1. A clasificación do solo

O artigo 63 da LSG prevé como posibles clases de solo os seguintes tipos: urbano, de núcleo rural, urbanizable e rústico. Constitúe sen dúbida un paso adiante do que contiña a lei do 85⁸. O homólogo da lei do 98 (en adiante LSRV) clasifica o solo en urbano, urbanizable e non urbanizable ou clases equivalentes reguladas pola lexislación urbanística.

Non parece que exista incompatibilidade insuperable entre ámbalas dúas clasificacións, e admítase a corrección constitucional do carácter de básico autoatribuído pola LSRV, calquera que sexa o alcance que queira atribuírselle á equivalencia. Non resulta esencialmente forzado, como se verá seguidamente, afirmar unha certa equiparación de solo rústico e solo non urbanizable.

Do contraste entre as dúas enumeracións resulta patente que o solo de núcleo rural, o máis característico da LSG, non figura explicitamente na LSRV. Trátase de terreos que así se delimiten polo planeamento e que se corresponden con aquelas áreas que constitúen "un asentamento de poboación singularizado" diferenciado administrativamente e, o que é sumamente significativo, "identificado como tal pola poboación residente e a práctica administrativa local" (art. 75 LSG). O seu destino son "os usos relacionados coas actividades propias do medio rural e coas necesidades da poboación residente nos ditos núcleos" (art. 76 LSG). Xustamente estas necesidades explican a súa aptitude para ser urbanizados e para a edificación, neste caso contando coa "dispoñibilidade, cando menos, dos servizos de acceso rodado, saneamento, abastecemento de auga e enerxía eléctrica", é dicir, os que configuran o solo urbano, sen alcanza-la condición de soares. Séguese así depurando a redacción da lei do 85.

⁸ En relación co núcleo rural, os terreos poderían clasificarse como urbanos, urbanizables programados ou non programados, ou aptos para urbanizar, ou non urbanizables.

Non parece que, á vista da STC 61/1997, exista ningún obstáculo para recoñece-la competencia estatal para a clasificación de solo co carácter de preceptos básicos, baixo a cobertura do artigo 149.1.1 da CE en canto “presuposto da mesma propiedade do solo” e sen a cal “non sería posible regular ningunha condición básica do exercicio do dereito de propiedade urbana que aquel precepto lle reserva ó Estado, posto que constitúe a premissa a partir da cal se fixan tales condicións básicas” (f. x. 14.b).

O problema xorde en relación co posible réxime xurídico dos supostos básicos de clases de solo, para o que a LRSV se apoia tamén no artigo 149.1.13 da CE que considera o urbanismo como un sector da economía para conseguir unha “reforma do mercado do solo no sentido dunha maior liberalización que incrementa a súa oferta”, ó que se dirixe que “todo o solo que aínda non foi incorporado ó proceso urbano” e que non deba ser preservado “poida considerarse como susceptible de ser urbanizado”.

De acordo con ese obxectivo liberalizador, a LRSV inverte o que foi a orde tradicional nas leis do solo, configurando como residual o urbanizable. A dita sistematización contrasta coa da LSG, inspirada no TR do 92, que considera solo rústico –non se fala de non urbanizable– “os terreos que o planeamento xeral non inclúa en ningunha das clases de solo anteriores” (art. 68.1 LSG). Polo contrario, a decisión do planeamento de incorporar terreos ó proceso de desenvolvemento urbano determina o solo urbanizable (art. 67 LSG).

A peculiar incidencia que a STC 61/1997 tivo na lexislación urbanística produce o paradoxo de que a regulación da LSG teña afinidades formais co derogado TR de 1992, pero substancialmente está máis cerca a LRSV, pese a diferencias tamén formais.

A propia denominación de solo rústico debería levar a unha concepción non residual dese solo, como ocorre co solo non urbanizable do art. 9 da LRSV, que se define positivamente, ben pola súa natureza de especial protección, ben porque o planeamento considere os terreos “inade cuados para o seu desenvolvemento urbano”, que se corresponden, sen forza-las categorías, coas de solo rústico de especial protección e rústico común do artigo 68 da LSG.

A redacción do artigo 68.1 da LSG non é moi afortunada. O precedente do artigo 80 do TR de 1976 non configuraba como residual todo o solo non urbanizable, xa que xunto ós terreos non incluídos nos tipos de solo urbano e urbanizable recollía os espazos de especial protección determinados polo plan. No artigo 68.1 da LSG é preciso realizar unha interpretación para separar ámbolos dous supostos.

A correspondencia, sen embargo, das categorías de solo dista de ser exacta. Dentro do solo rústico, a LSG inclúe áreas delimitadas polo plan xeral “que sexan aptas para urbanizar” (art. 68). Dun lado poderían corresponderse co solo urbanizable non programado do TR de 1992 que

a LSG, con bo criterio, non incorpora e, doutro, materialmente encontra cabida na ampla concepción que do solo urbanizable ten a LRSV.

As categorías de solo non se aplican do mesmo modo na realidade. Depende de que os municipios teñan ou non planeamento. E esta última circunstancia é especialmente importante en Galicia.

O artigo 11 LRSV dispón, para estes municipios, que o solo que non teña a condición de urbano de conformidade cos criterios establecidos na dita lei (criterios que coinciden cos da LSG), terán a consideración de solo non urbanizable.

Con esta declaración, a LRSV está imponéndolles ós municipios sen planeamento a obriga de clasificalo seu solo –a través do instrumento específico que prevea a lexislación autonómica–, unicamente, en dúas clases de solo, urbano e non urbanizable ou clases equivalentes, pero iso en tanto no teñan planeamento.

¿Ata que punto esta determinación da lei estatal vincula a LSG? Encontrámonos de novo cun caso ó que habería de aplicárselle a interpretación ampla de clases equivalentes de que se falou anteriormente ou, con maior ambición, do xogo da prevalencia do título autonómico ou, incluso, minimalistamente, do alcance do carácter básico atribuído a este precepto.

A cuestión preséntase porque o citado artigo 11 da LRSV fai referencia ó planeamento xeral. Quizais non existiría aquela se se limitase a falar de planeamento conforme o disposto na lexislación autonómica. Porque a LSG prevé para eses municipios sen plan xeral dos específicos instrumentos de planeamento: os proxectos de ordenación do medio rural e as normas provinciais de planeamento.

Para aqueles municipios de baixa complexidade urbanística que non opten pola realización dun Plan xeral de ordenación municipal, a LSG (art. 18.1) obriga á tramitación dun Proxecto de ordenación do medio rural no que se realice un estudo do medio rural e do sistema de núcleos de poboación de natureza urbana ou rural. A previsión deste instrumento de planeamento xeral obedece ó obxecto específico (art. 18.2) de “facer posible que tódolos concellos contén cun instrumento que estableza as determinacións básicas da ordenación urbanística (reguladas no art. 19 LSG), orientadas a establece-las medidas de protección do territorio e a paisaxe, facer posible a actividade de edificación dentro dos núcleos de poboación sen desnaturalizalo seu carácter e mellorar, no seu caso, as condicións de vida nos mesmos a través de **plans especiais de mellora do núcleo ou do medio rural**” (estes plans especiais preveos, así, a LSG como instrumentos específicos de desenvolvemento dos proxectos de ordenación do medio rural en municipios sen PXOM: arts. 26 a 29 LSG).

Cando estes pequenos municipios que, aínda sen contar con PXOM, posúan un Proxecto de ordenación do medio rural, pero sen ordenanzas de edificación e uso do solo, determinación que, con carácter potestativo,

prevé o art. 19.d) LSG – “no seu caso” – ó regula-lo contido dos proxectos de ordenación, a LSG prevé como instrumento de planeamento de desenvolvemento destes, as normas provinciais de planeamento que deberán establece-las disposicións aplicables nestes municipios (art. 6 LSG).

Así, nestes municipios que carezan de PXOM, o solo só poderá clasificarse, conforme as clases de solo que prevé a LSG, como urbano, como solo de núcleo rural (subespecie de solo urbano, sometido ó mesmo réxime xurídico có solo urbano) ou como solo rústico (art. 63 LSG).

3.2. Réxime xurídico do solo urbano

A definición do solo urbano na LSG (art. 64) non difire do que foi tradicional na lexislación do solo e correspóndese co que se inclúe no artigo 8 da LRSV, é dicir, contar cos servizos de acceso rodado, abastecemento de auga, evacuación de augas e subministración de enerxía eléctrica ou ben por estar consolidados pola edificación “na forma e coas características que estableza a lexislación urbanística”, que no caso da LSG (art. 64.a) se concreta en “polo menos dúas terceiras partes dos espazos aptos para a mesma segundo a ordenación que o plan xeral ou o Proxecto de ordenación do medio rural establezan”, (amén dos terreos que en execución do planeamento cheguen a dispor dos citados elementos de urbanización, como dicía o artigo 78 do TR de 1976).

A LSG achegou a innovación de distinguir no solo urbano dúas categorías: **consolidado e non consolidado**, segundo que non resulte ou si resulte “necesario o desenvolvemento de actuacións de execución integral”, é dicir, segundo a propia aclaración da exposición de motivos, que se “chegou ó final do proceso de desenvolvemento urbanístico” ou non, o cal ha de ser previsto no planeamento xeral (art. 64.2 LSG).

A LSG adiantouse, nese sentido, á LRSV, que acolle tamén a distinción, aínda que con terminoloxía quizais máis apropiada, de solo xa transformado (o que conta cos servizos citados) e solo consolidado pola edificación, para evita-las posibles confusións, sendo este equivalente ó non transformado se se toma como punto de referencia a transformación.

A LSG, sen embargo, non regula con suficiente claridade o réxime xurídico correspondente a unha e outra categoría de solo urbano, a diferenza da LRSV que, en relación cos deberes dos propietarios en solo urbano, os distingue en dous apartados do artigo 14. Os deberes aparecen recollidos no artigo 70.2 da LSG sen distinción ningunha, o que obriga a unha interpretación sistemática da propia lei coa axuda –neste caso moi conveniente– da LRSV.

A) Dereitos

Polo que se refire ós dereitos dos propietarios de solo urbano, o artigo 70 da LSG reproduce literalmente o artigo 83.1 do TR de 1976 declarado vixente pola STC 61/1997 e que se corresponde coa máis sintética redacción do artigo 13 da LRSV: "dereito a completa-la urbanización dos terreos para que adquiran a condición de soares e a edificar estes nas condicións que en cada caso estableza a lexislación urbanística e o planeamento". A LSG, como o TR de 1976, fórmulo dun modo negativo: non poder edificar se a parcela non é soar salvo que se asegure a execución simultánea da urbanización e da edificación mediante as garantías regulamentariamente establecidas (arts. 40 e 41 do RXU, polo momento), xeralmente consistentes na prestación de aval.

A LRSV non contén definición ningunha de soar e a LSG, no seu artigo 69, reproduce o artigo 82 do TR de 1976 coa única diferenza de non incluí-lo encintado de beirarrúas: contar cos servizos propios do solo urbano, a pavimentación da vía a que a parcela dea fronte e ter sinaladas aliñacións e rasantes no planeamento se existiran.

Aínda que segundo os preceptos citados, constitúe un requisito imprescindible para poder edificar un terreo clasificado como solo urbano, a previa condición de predio na parcela ou terreo sobre o que se sitúe a edificación ou, como criterio alternativo, a adquisición da dita condición a través da urbanización adecuada pero, en todo caso, simultánea á edificación, o TS declarou que:

"... tal simultaneidade, en circunstancias concretas adecuadamente motivadas, pode e debe ser susceptible dunha flexible modulación, pero sempre dentro duns parámetros temporais próximos ó estricto concepto literal de simultaneidade" (STS 23/VI/1997, Arzdi. 5365).

Así, o TS admitiu a posibilidade de conceder unha licenza de obra e, posteriormente, a autorización de primeira ocupación, sempre e cando o terreo que sustente o edificio, fose xa *ab initio* un predio ou porque nel se realizase ou, polo menos, se estivese realizando, "con finalización próxima", a tarefa urbanizadora.

A LRSV límitase a recoñece-lo **dereito a urbanizar**. Desde a lexislación estatal complétase co precepto xeral contido no artigo 24 do TR 1992, no anulado pola STC 61/1997, segundo o cal "a adquisición do dereito a urbanizar require a aprobación do planeamento preciso en cada clase de solo". Este precepto encontra o seu correlato no artigo 119.1 da LSG, que cambia a última parte da frase por planeamento **pormenorizado**, esixible segundo a clase de solo de que se trate, adxectivo que, cando menos, resulta equívoco e por iso innecesario, xa que se trata dunha determinación concreta (art. 11.1.b), necesaria para a aprobación do plan, que ha de entenderse definitiva (ex. arts. 53 e 62 LSG).

En relación co **dereito a edificar**, como “facultade inherente ó dereito de propiedade urbana⁹”, o TC declarou que este dereito ou facultade “representa o eixe mesmo desta manifestación do dominio¹⁰” e consiste en materializar sobre o terreo, o aproveitamento urbanístico adquirido polo seu titular mediante o cumprimento dos deberes e cargas inherentes ó sistema¹¹, no prazo establecido polo planeamento e de conformidade co mesmo¹².

Aínda que a LRSV non di cómo se adquire este dereito, ha de entenderse, segundo os arts. 242.1 e 243.1 TR/92 (vixentes, en virtude da disp. derogatoria única, 1) e consonte o art. 70.2.d) LSG para o solo urbano e art. 72.2.e) LSG para o solo urbanizable, que se adquire, en xeral, co outorgamento por parte do concello da licenza de edificación, sempre que o exercicio de tal dereito sexa conforme coa ordenación urbanística aplicable –isto é, consonte a lexislación urbanística e o planeamento vixente–, ademais, dada a natureza normativa do mesmo, ha de estar publicado (arts. 9.3 CE e 70.2 LBRL)¹³.

Non obstante, a disposición adicional terceira da LSG determina que nos concellos que carezan de plan xeral ou de Proxecto de ordenación do medio rural “poderá edificarse nos terreos que merezan a condición de solo urbano consolidado ou estar en áreas consolidadas pola edificación”.

En canto ós prazos para a edificación, a LSG, como a LRSV, establece que serán os fixados polo planeamento e non pola preceptiva licenza, como dicía o TR/92. Nun ou noutro caso, o sometemento a prazo para edificar constitúe unha manifestación da dimensión temporal da propiedade urbana, un elemento determinante ó servizo, en última instancia, da utilización do solo de acordo co interese xeral e da loita contra a

⁹ Vid. STC 61/97 (f. x. 17.i).

¹⁰ Vid. STC 61/97 (f. x. 17.c).

¹¹ Vid. STC 61/97 (f. x. 17.d).

¹² Vid. STC 61/97 (f. x. 34.a): o acto de edificación implica a materialización sobre un determinado terreo xa convertido en soar do aproveitamento urbanístico patrimonializado polo titular dominical daquel, de tal maneira que o acto autorizatorio da licenza municipal constitúe o modo de control ou intervención administrativa para fiscalizar se se produciu a adquisición da facultade urbanística concretada no dereito de edificar.

¹³ Para determinar cál é, entón, a “ordenación aplicable” que determina o contido do dereito de propiedade –pois ha de terse en conta que despois de solicita-la licenza e antes de que se dicte resolución sobre o seu outorgamento ou denegación, pode producirse un cambio de ordenación–, se ben existiron distintas posturas xurisprudenciais, a partir dunha STS 15/IV/1981, veu afirmándose o criterio que distingue segundo que a resolución se dicte dentro ou fóra do prazo legal (art. 168.4 LSG e art. 9 RSCL): no primeiro caso, sería a ordenación que estivese vixente no momento da resolución, e se o acordo sobre a mesma recae transcrito o dito prazo, a existente no instante da solicitude (STS 1/XII/1992; Arzdi. 9737).

especulación¹⁴, sendo a Administración, a competente para fixar tales prazos que, consonte a LSG –arts. 70.2.d) e 72.2,e) LSG– deberá facerse no plan xeral.

B) Deberes.

A LSG, a pesar de pór especial énfase, na súa exposición de motivos, na diferenciación das dúas categorías de solo consolidado e non consolidado dentro do solo urbano, non distingue claramente cáles son os deberes dos propietarios nas mesmas ó regulalos no artigo 70.2. Polo contrario, o artigo 14 da LRSV distingue en dous apartados os deberes duns e doutros propietarios.

Podería concluírse, *prima facie*, que ó non realizar esa diferenciación de réxime xurídico a LSG estaría imponéndolles practicamente os mesmos deberes a uns e a outros en virtude dunha posible competencia autonómica para desenvolve-las bases estatais, o que suporía considerar estas como un mínimo común para tódalas CCAA.

Tal apreciación estaría en contra do que a propia LRSV di en relación coa cesión obrigatoria tanto de propietarios de solo urbano (art. 14.2.c) como do urbanizable (art. 18.4) que “ten un carácter de máximo” de conformidade co declarado na STC 61/1997 e que loxicamente “poderá ser reducido pola lexislación urbanística”.

De acordo con iso e cunha interpretación adecuada da funcionalidade das bases estatais como preservadoras contra unha desigualdade inxusta, desde o punto de vista do interese xeral común, habería que concluír que os preceptos básicos da LRSV que recoñecen deberes han de interpretarse como un máximo que non poden traspasar as comunidades autónomas, aínda que si poden reducilos.

Esta consideración ha de conducirnos a rexeita-la xeneralización dos deberes dos propietarios de solo urbano, sen distinción entre o consolidado e o non consolidado, por supoñer unha interpretatio *in peius* á luz da LRSV.

Doutra parte, a enfática diferenciación das citadas categorías de solo urbano obriga a buscar unha interpretación congruente, para o que a propia LSG proporciona elementos, a pesar da súa insatisfactoria sistematización.

A exposición de motivos aclara a distinción. Convén transcribi-las súas palabras para maior claridade:

“O solo urbano consolidado debe ser aquel no que, por determinación do planeamento xeral, non é necesario realizar operacións ou actuacións de execución integral, é dicir, non é preciso delimitar un polígono e apli-

¹⁴ Vid. STC 61/97 (f. x. 17.j).

car un sistema de actuación para levar adiante as cesións, a distribución de cargas e beneficios e a execución da urbanización. É o solo no que culminou o proceso da súa conversión en urbano, aínda que non se edifícase. Normalmente este solo terá a cualificación xurídica de predio, aínda que non cabe excluír desta categoría de solo parcelas nas que aínda se teña que efectuar algunha obra parcial de urbanización para alcanzar aquela cualificación mediante simples proxectos de obras. A fronteira entre o solo urbano consolidado e o non consolidado encóntrase, pois, no límite entre o solo que non require un proceso completo e complexo de xestión urbanística, comprensivo de cesións, distribución de cargas e beneficios e urbanización completa, aínda que precise dalgunha illada de urbanización; e o que, sendo urbano por reunir ou estar baixo a influencia dos servizos urbanísticos básicos, debe aínda someterse ó proceso descrito”.

E máis adiante,

“O recoñecemento expreso das dúas categorías de solo urbano esixe que se extraian as consecuencias lóxicas no plano dos seus respectivos réximes urbanísticos. Encontrándose o solo urbano consolidado recoñecido polo planeamento ó final do seu proceso de formación, non cabe esixirlle novas cesións; ó contrario, estas serán procedentes no solo que, por requirir-la finalización do proceso descrito, se integra en unidades de execución integral porque no alcanzou aquel grao de consolidación”.

E en concreto sobre o deber de cesión, a propia exposición de motivos concreta que

“só está xustificada nas áreas de nova urbanización e nos terreos urbanos que non culminasen o proceso de conversión polo cumprimento das obrigas de cesión, equidistribución e urbanización, en congruencia coas dúas categorías de solo urbano que en realidade existen”.

a) Solo urbano consolidado

O deber de urbanización –dereito simultáneo ó de edificación– refírese ó necesario para que o solo urbano xa consolidado adquira a condición de predio. Só nese sentido poderá ser aplicable o deber a que se refire o apartado c do artigo 70.2 (“custea-la parte que lle corresponda do importe da urbanización”).

E, por suposto, en concordancia co dereito á edificación o propietario de solo urbano consolidado debe “solicita-la licenza de edificación e edifica-los predios cando o plan o estableza e nos prazos que o mesmo sinala” (art. 70.2.d).

Polo que se refire á cesión de terreos en que se localice o aproveitamento correspondente ó Concello –a STC 61/1997 di que debe facérselle á Administración actuante e non necesariamente ó Concello– por exceder do susceptible de apropiación privada, hai que ter en conta o que dispón o artigo 71 da LSG relativo a aproveitamento urbanístico da propiedade.

Concretamente prevese que os terreos situados en zonas de solo urbano consolidado poden estar ou non incluídos polo plan urbanístico en áreas de repartimento. No segundo caso, o seu aproveitamento é o real, é dicir, o que “resulte da aplicación directa das ordenanzas ou normas urbanísticas ou da parcela” (art. 71.a). Pero no primeiro caso o aproveitamento urbanístico será “o aproveitamento tipo fixado para a área” (art. 71.b).

Así como para o solo urbano non consolidado é razoable que sexa obrigatorio o establecemento de áreas de repartimento (art. 87.1) de cargas e beneficios e fixación dos aproveitamentos tipo (art. 10.b), no consolidado é potestativo, de modo que os plans xerais “poderán definir áreas de repartimento, fixando os aproveitamentos tipo para os únicos efectos de facilita-la distribución dos novos beneficios e cargas que o plan estableza e de determina-lo aproveitamento atribuíble ós propietarios de terreos que, polo seu destino público, sexan obxecto de cesión ou de expropiación” (art. 87.2).

Dada a transcendencia da inclusión ou non en áreas de repartimento bótanse de menos criterios obxectivos que guíen os planificadores para a correspondente decisión que, agora, sen desenvolvemento regulamentario, pode conducir á arbitrariedade. Quizais a xustificación podería encontrarse en relación coa non necesidade ou na necesidade, respectivamente, de efectuar algunha obra parcial de urbanización a que se refire a exposición de motivos. En todo caso, para evita-la actual inseguridade, necesítase unha concreción regulamentaria, ademais do razoable precepto de que “en ningún caso entrará no repartimento o aproveitamento da edificación existente que o plan manteña” (art. 87.2 in fine).

A citada distinción relativa ó solo urbano permite que poidan aplicarse no consolidado, incluído en áreas de repartimento –como obviamente no non consolidado– as **transferencias de aproveitamento urbanístico** recollidas no artigo 108 e seguintes da LSG. A anulación pola STC 61/1997 dos preceptos da TR de 1992 que os regulaban fundouse no carácter supletorio que lles atribuíu a lexislación estatal de 1990-1992, o que, en principio, constituiría un argumento favorable para a competencia autonómica.

Polo tanto, só no solo urbano consolidado que estea incluído en áreas de repartimento, necesitado dunha motivación seria e obxectiva, será esixible o deber de cesión a que se refire o artigo 70.2.c) da LSG.

b) Solo non consolidado (ou “non transformado”)

Os deberes que o artigo 70.2 da LSG enumera nos seus cinco apartados son atribuíbles ós propietarios de solo urbano non consolidado e correspóndense substancialmente cos seis apartados de que se compón o artigo 14.2 da LRSV para os terreos de solo urbano “que carezan de urbanización consolidada”. Ha de subliñarse que esa regulación coincide coa prevista no artigo 18 da LRSV dos deberes relativos ó solo urbanizable, salvo

o de custear e, no seu caso, executa-las infraestructuras de conexión cos sistemas xerais exteriores á actuación.

Velaquí os citados deberes:

1º) O deber que impón o primeiro apartado do art. 70.2.a) LSG, de “cederlles gratuitamente ós concellos respectivos os terreos destinados a viais, parques, xardíns públicos e demais dotacións públicas establecidas polo planeamento sempre que sexa posible o repartimento equitativo das cargas e beneficios entre os propietarios afectados” é unha cesión *obligatoria*, pois a finalidade deste deber básico, non é outra, que responder ó principio constitucional de participación da comunidade nas plusvalías xeradas pola acción urbanística dos entes públicos (art. 47.2 CE), que establece o art. 3 da LRSV como principio xeral en materia de réxime do solo¹⁵. Así se reconece no artigo 14.2.a) da LRSV¹⁶.

Non parece que exista inconveniente en entender que se trata de dotacións públicas de carácter local, como recolle o citado artigo 14.2 da LRSV, xa que forman parte do modelo urbanístico e territorial, sendo, conseguintemente, unha competencia urbanística autonómica determina-la forma de obtención destes terreos en función do tipo de actuación –sistemática ou asistemática– de que se trate¹⁷.

O artigo 153 da LSG proporciónalle o fundamento positivo a aquela tese: a cesión de terreos para dotacións públicas locais será gratuíta “sempre que poida aplicarse algún dos instrumentos de distribución de cargas e beneficios”. Á mesma conclusión chégase consonte unha reiterada xurisprudencia e o artigo 46.2 do RXU¹⁸.

Con carácter xeral, pode sinalarse que, mentres que a obtención de terreos dotacionais ó servizo da colectividade se poderá facer por expropiación ou por ocupación ou mediante transferencias de aproveitamentos urbanísticos (arts. 152 e 109 LSG), no caso de que estean ó servizo dunha área de repartimento, os terreos han de ser cedidos polos propietarios “en canto especialmente beneficiados¹⁹”.

¹⁵ Este deber é, así mesmo, unha manifestación, do principio constitucional proclamado no art. 45.2 CE, en virtude do cal “os poderes públicos velarán pola utilización racional de tódolos recursos naturais, co fin de protexer e de mellora-la calidade de vida e de defende-lo medio natural, para o que se apoian na indispensable solidariedade colectiva”: *vid.* voto particular, núm. 3, da STC 61/97.

¹⁶ Art. 14.2.a) LRSV: “Os propietarios de terreos de solo urbano que carezan de urbanización consolidada deberán asumirlos seguintes deberes: a) Cederlle *obligatoria* e gratuitamente á Administración todo o solo *necesario* para os viais, espazos libres, zonas verdes e dotacións públicas de *carácter local* ó servizo do ámbito de desenvolvemento en que os seus terreos resulten incluídos”.

¹⁷ *Vid.* STC 61/97 (f. x. 17.b e 29.b).

¹⁸ *Vid.*, entre outras, SSTS 27/III/1990 (Arzdi. 2261) e 13/VI/1995 (Arzdi. 4952).

¹⁹ *Vid.*, por todas, STS 24/III/1997 (Arzdi. 3563).

Neste sentido, constitúe unha xurisprudencia consolidada a que declara que, a cesión gratuíta de terreos para viais, parques, etc., en solo urbano, constitúe un principio xeral obrigatorio, imposto –no noso caso– polo art. 70.2.a) LSG –art. 14.2.a) LRSV– e que se produce, unicamente, cando os ditos viais sexan para o servizo do polígono correspondente, non obstante tal cesión para que o propietario afectado poida esixir-lo repartimento equitativo da carga que iso supón e que haberá de efectuarse, en principio, a través do instituto da reparcelación (que prevé a LSG)²⁰.

2º) Cesión obrigatoria e gratuíta de terreos destinados a sistemas xerais que se inclúan en áreas de repartimento –art. 70.2.a) *in fine* LSG–.

No mesmo sentido se expresa o art. 14.2.b) LRSV (que contempla este deber nun apartado independente, precisamente, para destaca-la diferenza que con respecto ó mesmo, existe entre o solo urbano non consolidado e o solo urbanizable):

“Ceder obrigatoria e gratuitamente o solo necesario para a execución dos sistemas xerais que o planeamento xeral, no seu caso, inclúa no ámbito correspondente, *para os efectos da súa xestión*”.

A diferenza fundamental a que se facía referencia entre o contido e o alcance deste deber en solo urbano, e no urbanizable, consiste en determinar se o dito deber leva ou non aparelado o deber de custear ou executa-la urbanización dos sistemas xerais. A resposta ha ser negativa, xa que no solo urbano non consolidado a cesión de solo para a execución de sistemas xerais se impón “para os efectos da súa xestión”; finalidade que non prevé o art. 18.2 LRSV.

A tese debe ser tamén aceptada para a LSG pola consideración de máximo que ten o deber contido na LRSV.

3º) “Cede-lo terreo necesario para situa-lo 15 por 100 do aproveitamento tipo que lles corresponda ós terreos incluídos nas áreas de repartimento que se definan polo planeamento en solo urbano non consolidado” (art. 70.2.b LSG).

O artigo 14.2.c) LRSV di, en cambio: “Cederlle obrigatoria e gratuitamente á Administración actuante o solo concerne ó 10 por 100 do aproveitamento do correspondente ámbito”.

O legislador de 1998, ó configurar este deber, volvendo á mesma terminoloxía do TR de 1976 seguiu a pauta xa marcada polo Real

²⁰ Cando tal repartimento, por esta vía, non sexa posible e o afectado non obteña ningunha compensación coa afectación, haberá de arbitrarse un medio para tal efecto, que non poderá ser outro que o da indemnización a través do procedemento sinalado para a expropiación. É dicir, cando non exista polígono obxecto da xusta distribución (suposto dun único propietario) nin sexa posible a reparcelación e o afectado non obteña ningunha compensación coa afectación, entón, haberá de acudirse ó instituto expropiatorio. *Vid.*, entre outras, SSTS 17/XI/1975 (Arzdi. 4400); 31/X/1984 (Arzdi. 57359; 29/X/1996 (Arzdi. 9514).

decreto-lei 5/96 e a posterior Lei 7/97, impondo, así, o deber de cedelo 10 % do aproveitamento tipo da área de repartimento²¹ coa finalidade de garanti-lo principio constitucional de equidistribución dos beneficios e cargas derivados da ordenación urbanística (arts. 5 LRSV e 74 LSG)²².

O propio lexislador estatal dispón, expresamente –art. 14.2.c) LRSV–, que esta porcentaxe “ten carácter de máximo”, outorgándolle-la posibilidade ós lexisladores autonómicos de reduci-la dita porcentaxe, así como acurta-la “participación da Administración actuante nas cargas de urbanización que lle correspondan ó dito solo”.

Con esta previsión, queda definitivamente fixada a porcentaxe máxima de cesión de aproveitamento á Administración que, consonte a disposición transitoria 4^a da LRSV, deberán aplicar de *forma inmediata* os lexisladores autonómicos e, polo tanto, o galego, que, como se deriva do precepto citado, previra unha porcentaxe superior. E iso, en tanto non acometan a súa reforma, na que poderán “reducir” a dita porcentaxe pero nunca aumentala.

En canto á participación da Administración actuante nos custos de urbanización –que, de acordo coa xurisprudencia, será o Concello, salvo que a lexislación autonómica estableza outra cousa²³ (no caso galego é o concello)–, o concello ó que lle corresponda o 10 por 100 do aproveitamento deberá participar nesa proporción nos custos de urbanización, podendo a lexislación autonómica “reducir” a dita participación.

Podería cuestionarse se a lexislación autonómica pode chegar a eliminar totalmente a dita participación con base nunha interpretación extensiva da marxe de manobra que lle ofrece a lei. En concreto, cál sería a consecuencia dunha eliminación de toda participación da Administración nas cargas de urbanización: ¿sería o mesmo que impoñe-lo deber de cesión do solo correspondente ó 10 por 100 do aproveitamento do correspondente ámbito “libre de cargas”?

O TS resolveu esta constante confusión cunha resposta claramente negativa, declarando que:

“Efectivamente, a expresión ‘libre de cargas e gravames’ que recollen (as ordenanzas do PXOU), e referida ó 10% do aproveitamento medio que ha de facérselle ó concello *non fai ningunha alusión ó custo da urbanización* senón á condición de libres dos bens obxecto de cesión. Pola súa parte, a alusión do estudio económico a que o custo da urbanización corre a cargo

²¹ O aproveitamento tipo e as áreas de repartimento constitúen as técnicas que utilizou o lexislador galego, baseándose no TR/92 son plenamente constitucionais, para garanti-lo principio de igualdade no repartimento de cargas e beneficios na execución do planeamento: STS 30/VI/1997 (Arzdi. 5385).

²² Vid. STS 4/V/1982 (Arzdi. 3114): “...a xusta distribución de beneficios e cargas é presuposto da cesión obrigatoria e gratuíta...”.

²³ Vid., por todas, unha STS 23/XII/1997 (Arzdi. 9620).

dos propietarios non exclúe a Administración pois tan propietaria é ela do 10% cedido como os demais propietarios, e precisamente, por asemellarse a súa condición á dos demais propietarios é polo que esta propiedade non se distingue para estes efectos da dos demais propietarios²⁴ (STS 23/XII/1997).

Polo tanto, esta dobre medida do art. 14.2.c) LRSV non pode interpretarse separadamente.

A tese exposta pode defenderse de acordo coa citada STC na medida en que admitiu²⁵:

Por unha parte, que “o feito de que a “carga”, “límite” ou “deber” urbanístico se faga efectivo na fase de execución do planeamento non significa que, en termos substantivos (...) a lei que o establece non estea regulando por definición as condicións básicas do dereito de propiedade urbana, con todo o que iso poida supoñer para os efectos competenciais (arts. 33.2 e 149.1.1 CE)”.

Por outra, que o art. 149.1.1 CE “pode comprender así mesmo o establecemento –a prol das condicións básicas que garantan a igualdade no exercicio do dereito de propiedade– dun mínimo do aproveitamento urbanístico obxecto de apropiación, isto é, o contido básico ou elemental do dereito de propiedade urbana (ben sexa por referencia a algúns criterios básicos ou principios xerais que teñan que observarse en todo o territorio nacional, ben sexa acudindo a algunha fórmula abstracta que permita unha cuantificación, sempre que nun e noutro caso non exceda das condicións básicas, nin se invada por esta vía a competencia urbanística)”.

E ademais, tamén se lle recoñecía ó Estado, para darlle cumprimento ó principio constitucional consagrado no art. 45 CE, a competencia para “fixar un mínimo en punto á recuperación pola comunidade das plusvalías xeradas pola acción urbanística dos entes públicos (...), en caso de que opte por un modelo de devolución a través da determinación do aproveitamento urbanístico susceptible de apropiación²⁶”.

²⁴ Vid. STS 23/XII/1997 (Arzdi. 9620).

²⁵ Vid. STC 61/97 (f. x. 17.c).

²⁶ Con base nestas declaracións, podería cuestionarse por qué o lexislador estatal, na súa competencia para fixa-los “mínimos” non estableceu a forma de calcula-lo aproveitamento ou a base de cálculo do aproveitamento tipo, pois esta técnica, aínda sendo propiamente urbanística, ten por obxecto iguala-lo dereito de propiedade. E iso, de acordo coa doutrina establecida polo TC en relación coa “concreta forma de configuración legal do aproveitamento urbanístico susceptible de apropiación”, que se derivaba do art. 27 TRLS de 1992: “... resulta rexeitable, a este propósito, afirmar que o aproveitamento urbanístico susceptible de apropiación (o 85 por 100 do aproveitamento tipo ou medio, de que falan os apartados 1.2 e 4 do art. 27) non pode ser entendido como unha limitación ou, mellor, delimitación do contido da propiedade urbana, cando non é senón unha das regras máis básicas e fundamentais do seu alcance e contido no ámbito urbanístico”.

Sen entrar en discusións doutrinais nin aludir a aspectos fiscais, cabe destacar unha diferenza substancial respecto do réxime xurídico que prevía o TR/92.

Na medida en que o art. 14 LRSV non utiliza ningún criterio poboacional para os efectos de distinguir aqueles municipios nos que se non se aplican as técnicas ou ámbitos equidistributivos, se a lexislación urbanística autonómica non establece tal distinción, o deber de cesión que prevé o art. 14.2.c) LRSV será aplicable a tódolos municipios²⁷. Este é o caso da CA de Galicia, tal e como se declara, expresamente, na propia E.M da LSG (n.º 4, último parágrafo):

“O principio de igualdade esixe que o réxime de cesións e de apropiación de aproveitamento sexa o mesmo en tódolos municipios. A cesión do 15 por 100 (hoxe 10 por 100) baseada na plusvalía creada pola clasificación do solo, só está xustificada nas áreas de nova urbanización e nos terreos urbanos que non culminasen o proceso de conversión polo cumprimento das obrigas de cesión, equidistribución e urbanización, en congruencia coas dúas categorías de solo urbano que na realidade existen”.

Con todo, o cumprimento deste deber de cesión xunto co deber de urbanizar que, así mesmo prevé a LRSV con carácter básico (art. 14.2.e) nesta clase de solo, determinan a adquisición por parte do propietario do dereito ó aproveitamento urbanístico; aproveitamento que integra o contido urbanístico da propiedade inmobiliaria e que a LSG regula no art. 71, o apartado c) da cal deberá interpretarse de acordo coa LRSV.

Agora ben, a atribución efectiva ó propietario afectado por unha actuación urbanística dos usos e intensidades susceptibles de adquisición privada, ou, no seu caso, o seu equivalente económico, isto é, do aproveitamento urbanístico apropiable –que se concreta nun determinado volume edificatorio ou na posibilidade de obtelo²⁸–, deberá facerse polo planeamento²⁹ nos termos e coa técnica urbanística que a LSG prevé

²⁷ Dentro do marco do TR de 1992, o xogo do art. 27.4, disposición transitoria primeira, núm. 2º, letra d) e disposición adicional primeira, núm. 3, nos municipios de poboación inferior a 25.000 habitantes, se a comunidade autónoma (de oficio ou a instancia do concello) non establece disposición autonómica en contrario, aplicaríase o 100% do aproveitamento susceptible de apropiación ós particulares, non podendo o concello impoñe-lo 85% do aproveitamento tipo por vontade propia sen acordo da CA. Agora ben, era de esperar que o TC declarase a nulidade de tales normas, pois o TRLS de 1992 na súa regulación incorrera claramente nunha extralimitación, xa que a LRRU (art. 9) vinculaba ese 85% á execución do planeamento e non á existencia do aproveitamento tipo. A STC 61/97, así o confirmou, ó declarar inconstitucionais tales disposicións, “tendo en conta a expresa referencia a concretas e detalladas técnicas urbanísticas (f. x. 17.c)”.

²⁸ Vid. STS 24/II/1997 (Arzdi. 1290).

²⁹ Vid. STS 1/1/1994 (Arzdi. 602): O “volumen edificatorio” ou aproveitamento de que é susceptible cada parcela obxecto de equidistribución determínanos o propio plan,

para o seu cálculo, que é o aproveitamento tipo; técnica plenamente compatible, consonte a STC 61/97, coa LRSV³⁰:

“O aproveitamento urbanístico que lle corresponde a cada terreo será o 85 % (agora, o 90 %) do aproveitamento tipo da área de repartimento en que se encontre situada, sen que teña relevancia respecto disto a súa cualificación concreta no plan” (art. 73 LSG).

4º) “Proceder á distribución equitativa dos beneficios e cargas derivados do planeamento, con anterioridade ó inicio da execución material deste” (art. 14.2.d LRSV).

O lexislador galego, se ben non contempla dun modo autónomo e explícito este deber entre os deberes urbanísticos básicos que se lles imponen ós propietarios de solo urbano, no artigo 70.2 fai unha referencia ó repartimento equitativo das cargas e beneficios entre os propietarios afectados no apartado a, ó tratar de cesión de terreos para dotacións públicas.

De tódolos xeitos ese deber pode deducirse dunha interpretación sistemática, con base nos artigos 131 e seguintes da LSG que figuran no capítulo segundo do título IV relativo á execución dos plans, e o artigo 120 relativo ós polígonos que son necesarios para a execución dos plans e que han de ser delimitados, precisamente, para permitirla xusta distribución de cargas e beneficios, que é unha das finalidades da acción urbanística (art. 3.26 da LSG) e, para o solo urbano, incluído en áreas de repartimento, recoñécese no artigo 96.

Que esa distribución –xusta ou equitativa– deba facerse antes do inicio da execución material do planeamento é razoable. Por vía interpretativa e/ou regulamentaria pode –e debe– aceptarse a súa aplicación na LSG

non a Administración municipal nin, moito menos, o particular interesado, e non pode ser obxecto de variación, como declarou o TS “nin so pretexto de novas obrigas, pois aquel, polo seu rango regulamentario, non pode establecer máis cesións nin outros deberes cós previstos na lei”.

³⁰ A STC 61/97 outorgáralle ó lexislador autonómico para a regulación destas unha dobre alternativa: a) Establece-las técnicas ou mecanismos que regulaba a lexislación anterior de 1992, xa que, precisamente, a súa inconstitucionalidade foi declarada polo TC por exceder do que son condicións básicas de exercicio do dereito de propiedade urbana, e o Alto Tribunal recoñécelle ó lexislador urbanístico a competencia para “determinalo instrumento, o procedemento ou a forma en que ha de realizarse a execución do planeamento”; b) Prever outros instrumentos distintos, sempre e cando cos mesmos se “garanta a distribución equitativa dos beneficios e cargas entre os afectados, así como o cumprimento dos deberes de cesión correspondentes e custeamento da obra urbanizadora, na medida en que iso entronca co estatuto básico da propiedade urbana amparado no art. 149.1.1 CE (f. x. 27.b).”

Por tanto e, na medida en que a LSG contempla os mesmos instrumentos que prevía o TR/92, deben entenderse plenamente conformes coa STC 61/97 e coa LRSV. En solo urbano son os previstos no art. 95 LSG.

que só esixe que as operacións de redistribución deberán realizarse “con anterioridade á petición de licencia”.

5º) “Custea-la parte que lles corresponda do importe da urbanización, ou executala nos polígonos que se xestionen polo sistema de compensación de acordo cos prazos previstos” (art. 70.2.c, LSG).

A LRSV, con carácter xeral, dispón: “Custear e, no seu caso, executa-la urbanización (art. 14.2.e).

Tal e como dispón a LSG, o cumprimento deste deber pode limitarse a custea-los gastos de urbanización ou ben, abarcar, así mesmo, a execución material das obras de urbanización, segundo o sistema de actuación de que se trate previsto na LSG.

O deber de urbanizar como condición de exercicio do dereito de edificar constitúe un deber básico inherente ó contido esencial da propiedade urbana nesta clase de solo e forma parte do modelo secuencial de adquisición de facultades urbanísticas (urbanizar e edificar).

A obriga de soporta-la carga do custo da urbanización ten, en virtude do art. 178 RXU e como declarou o TS, carácter real, nunca persoal³¹. Do que resulta, que o suxeito obrigado a custea-las obras será, en principio, o promotor da urbanización, pero despois, por subrogación, os sucesivos propietarios das parcelas, sen prexuízo da execución subsidiaria por parte do concello nos termos establecidos pola LSG.

En segundo termo, a concreción e o alcance das específicas obras para realizar, así como a calidade das mesmas, han de vir establecidas polo planeamento urbanístico de conformidade co esquema xeral fixado pola LSG en función do sistema de actuación aplicable en cada caso.

6º) “Solicita-la licencia de edificación e edifica-los predios cando o plan así o estableza e nos prazos que este sinala” –art. 70.2.d) LSG–.

Polo contrario, o art. 14.2.f) LRSV límitase a establecer, como manifestación da dimensión temporal da propiedade urbana, con carácter básico, o deber de: “Edifica-los predios no prazo que, no seu caso, estableza o planeamento”, e omite, polo tanto, o de solicita-la licencia de edificación que, como se sinalou, ha de entenderse, na nova lei estatal, implícito no dereito para edificar.

É unha novidade da LSG, acollida tamén na nova regulación estatal do réxime do solo, que se lle atribúa, expresamente, ó planeamento a función de fixa-los prazos para o exercicio do *ius aedificandi*, pois consonte a lexislación estatal anterior era a licencia en canto acto autorizadorio a que determinaba, mediante o seu outorgamento, a adquisición do dereito de edificar e a que sinalaba os prazos para o seu exercicio.

De acordo co teor literal do artigo 70.2.d), *in fine*, o propietario unicamente ten o deber de edificar se “así” o establece o planeamento e nos

³¹ *Vid.*, por todas, STS 24/VI/1997 (Arzdi. 5371).

prazos que o mesmo fixase. Polo tanto, se o plan non determinase nada respecto disto, dado que o artigo 83.1 LSG determina que “os propietarios de predios deberán solicita-la licencia de edificación dentro do prazo fixado no plan que se execute”, habería de entenderse que é no acto de outorgamento da licencia cando terán que fixarse os prazos de iniciación, interrupción máxima e finalización das obras³².

Máis correcta é a redacción do artigo 14.2.f) da LRSV, xa que “no seu caso” se refire só á fixación de prazos polo planeamento –pode facerse no outorgamento da licencia– pero non fai referencia ó deber de edifica-los predios, que debe entenderse un deber xeral, dada a vocación mesma dos predios para ser edificados.

3.3. Réxime xurídico do solo urbanizable

a) Segundo o artigo 67 da LSG,

“constituirán o solo urbanizable os terreos que o Plan xeral de ordenación municipal ou as normas provinciais de planeamento incorporen ó proceso de desenvolvemento urbano en consecuencia coas actuacións públicas programadas ou privadas concertadas”.

Nalgunha medida, salvo na non distinción entre programado e non programado, a LSG segue a tradición da lexislación urbanística. Polo contrario, a LRSV defínea así:

“O solo que, para os efectos desta lei, non teña a condición de urbano ou de non urbanizable, terá a consideración de solo urbanizable, e poderá ser obxecto de transformación nos termos establecidos na lexislación urbanística e no planeamento aplicable” (art. 10 LRSV).

É, na definición desta clase de solo, onde a nova Lei 6/1998 supón un xiro radical respecto da anterior regulación estatal e tamén en relación coa LSG, pois configúroa cun carácter residual –propio do solo non urbanizable común da lexislación urbanística anterior e da LSG– o que reserva o seu desenvolvemento ou transformación ó correspondente planeamento de desenvolvemento –Plan parcial na LSG (art. 21– que en canto peza do PG “de natureza subordinada ó seu nivel operativo e elaboración demorada por razóns puramente estratéxicas”, constitúe, como sinalou o TS un verdadeiro instrumento de *flexibilización* do planeamento³³.

O obxecto primordial da LRSV e a clave da reforma operada por esta é, precisamente, a “busca dunha maior flexibilidade” no desenvolvemento das políticas urbanísticas, crendo que para iso, debía rexeitarse a concepción da propiedade que inspiraba a lexislación urbanística anterior,

³² Vid. STC 61/97 (f. x. 17.j).

³³ Vid. STS 13/V/1988 (Arzdi. 3755).

desde a LS de 1956 que a lexislación de 1990-1992 levara “ás súas últimas consecuencias³⁴”, e que asumiu, plenamente, a LSG.

O lexislador de 1998, aínda sendo consciente das súas limitadas competencias para alcanzar este obxectivo, propónse introducir unha concepción da propiedade na que se reforce a dimensión individual do dereito –isto é, as facultades urbanísticas dos propietarios–, realizando, desde a súa competencia para regula-las condicións básicas do dereito de propiedade (art. 149.1.1 CE), un cambio, presuntamente substancial, nos criterios de clasificación do solo, co fin de “facilita-lo aumento da oferta de solo, a través da posibilidade de que todo o solo que aínda non foi incorporado ó proceso urbano, en que non concorran razóns para a súa preservación, poida considerarse susceptible de ser urbanizado³⁵”.

A regulación que contén a Lei 6/98 desta clase de solo –que coincide, practicamente, co solo urbanizable programado e apto para urbanizar do TR de 1992³⁶–, distingue dous subtipos ou categorías deste único solo urbanizable segundo estea delimitado ou incluído en ámbitos –“solo sectorizado”, podería denominarse– ou non, aínda que ambos, coa mesma finalidade de poder ser susceptibles de urbanización, ben mediante a tramitación do correspondente planeamento de desenvolvemento (plans parciais) cando se trate de solo urbanizable en que o planeamento xeral delimitase os seus ámbitos –ou sectores– ou fixase as condicións para o seu desenvolvemento (art. 16.1 LRSV), ben na forma establecida pola lexislación urbanística cando non estean delimitados os ditos ámbitos ou non se fixasen as condicións para o seu desenvolvemento por parte do planeamento xeral (art. 16.2 LRSV).

Esta distinción introduciuna o lexislador cunha finalidade clara. E é que, a presunta desaparición da programación temporal nesta nova clase de solo que xa se derivaba da Lei 7/1997, do 14 de abril de medidas liberalizadoras en materia de solo e colexios profesionais (art. 1), co obxecto de “incrementa-la oferta de solo coa finalidade de abarata-lo solo dispoñible”, non podía entenderse como unha eliminación total da dita programación.

³⁴ Vid. E.M.1, parágrafo segundo, da Lei 6/98. Nela fálase do fracaso da dita concepción “que hoxe é imposible de ignorar” e que “reclama unha enérxica rectificación, o norte da cal non pode ser este que se repite ata catro veces na E.M.-. Agora ben, mentres que o éxito deste obxectivo aínda está por ver, o certo é que non pode falarse, de forma tan tallante, dun fracaso do TRLS de 1992, cando non existe unha base xurisdicucional consolidada que o confirme.

³⁵ Vid. E.M., 2, parágrafo primeiro da Lei 6/98.

³⁶ A Lei 7/1997 do 14 de abril, que suprimiu a distinción entre solo urbanizable programado e non programado (art. 1.1) declarou aplicable ó solo urbanizable as disposicións contidas no TRLS de 1992 para o solo urbanizable programado (art. 1.3).

É dicir, o programa desaparece como concepto imperativo ou coercitivo para os particulares, pero, de acordo coa STC 61/97 ha de entenderse que segue existindo en canto inherente a todo planeamento urbanístico municipal, para fixa-los desenvolvementos prioritarios, o sistema de infraestructuras, etc., e en xeral, para realiza-la fixación duns parámetros lóxicos coa finalidade de “asegurarlle un mínimo de consistencia ó dereito do propietario do solo clasificado polo planeamento como urbanizable que como tal mínimo, debe entenderse comprendido sen discusión dentro das condicións básicas do estatuto xurídico da propiedade³⁷”.

A exposición de motivos da LRSV esténdese na súa explicación:

“O réxime urbanístico do solo prescinde así de impoñerlles ós propietarios un sistema de actuacións programadas pola Administración, sen datos nin garantías efectivas que aseguren a súa execución, que esta só está en condicións de ofrecer en relación coas súas propias actuacións. Isto non implica, en ningún caso, unha renuncia á función directiva e orientadora que é consubstancial á idea de plan. Moi ó contrario, a lei parte do efectivo exercicio desa función por parte do planeamento xeral, que pode e debe fixar en todo caso a estrutura xeral do territorio, isto é, a imaxe da cidade que a comunidade que o aproba considera desexable, xa que esa é unha referencia da que, en ningún caso, pode prescindirse.

Esta é a idea xeral da que a lei parte co propósito de non introducir, desde a definición do estatuto xurídico básico da propiedade do solo, rixideces innecesarias que poidan impedi-lo despregamento por parte dos lexisladores autonómicos e por parte das administracións públicas competentes, de políticas urbanísticas máis flexibles e con maior capacidade de adaptación ás cambiantes circunstancias no contexto dunha economía, a globalización da cal a fai especialmente sensible ós cambios de conxuntura”.

Sendo o lexislador estatal consciente de que o aumento da oferta de solo, en canto obxectivo central da nova concepción, excede da competencia que a CE lle atribúe para regula-las condicións básicas do dereito de propiedade, reforza a dita competencia, autoinvocando a que lle atribúe o art. 149.1.13 CE³⁸

A invocación deste título é controvertible, incluso desde a STC 61/1997, pero en tanto non resolvan os correspondentes recursos de inconstitucionalidade contra a nova norma, a LSG debe adaptarse, no básico, á LRSV, o cal supón, en relación co réxime xurídico do solo urbanizable, un cambio total de perspectiva.

³⁷ Vid. E.M. 2, último parágrafo, da LRSV.

³⁸ Así se deriva da propia E.M. da Lei 6/98 cando sinala que: “Hai que ter presente, así mesmo, que a reforma do mercado do solo no sentido dunha maior liberalización que incrementa a súa oferta forma parte da necesaria reforma estrutural da economía española, para a que o lexislador estatal ten as competencias que lle atribúe o artigo 149.1.13 da Constitución española”.

b) Os propietarios de solo urbanizable xenérico ou residual, segundo a LRSV, teñen dous dereitos básicos (art. 15 LRSV):

1º- O “dereito a usar, gozar e dispoñer dos terreos da súa propiedade consonte a natureza rústica dos mesmos”. É unha facultade que terá o propietario en tanto non exercite o seu dereito a promove-la transformación do mesmo, podendo destina-los seus terreos, unicamente, ós fins que a LRSV prevé para o solo non urbanizable: “agrícolas, forestais, gandeiros, cinxéticos ou outros vinculados á utilización racional dos recursos naturais” (art. 20 LRSV) encadrando a “natureza rústica” no solo non urbanizable.

Polo tanto, ata que os propietarios non insten a Administración para a aprobación do correspondente Plan parcial para promove-la súa transformación, este solo estará sometido ó mesmo réxime xurídico có solo non urbanizable, coas limitacións que, no seu caso, establezan as leis ou o planeamento, ó exercicio do dereito de edificar.

2º- O “dereito de promove-la súa transformación”. A presunción xeral favorable á transformación urbanística do solo, concrétase no dereito que a LRSV lles atribúe ós propietarios do solo urbanizable “a promove-la súa transformación instando a Administración para a aprobación do correspondente planeamento de desenvolvemento, de conformidade co que estableza a lexislación urbanística”.

Malia esta remisión xenérica á lexislación urbanística, é dicir, á competencia das comunidades autónomas, o artigo 16 da LRSV establece dous réximes diferentes: un, contido na propia lei (art. 16.1) e outro xenéricamente deixado ás comunidades autónomas.

O dereito a promove-la transformación do solo urbanizable poderase executar desde o momento en que o planeamento xeral delimite os seus ámbitos ou se establecesen as condicións para o seu desenvolvemento (art. 16.1 LRSV). Tal dereito exercítase, loxicamente, mediante a presentación ante o concello do correspondente planeamento de desenvolvemento. A regulación deste dereito é congruente, dentro da filosofía de lei, co obxectivo de flexibilización e a supresión das dúas categorías de programado e non programado. De todos modos, a aprobación correspóndelle á potestade discrecional do concello, o control da cal será o propio de toda potestade discrecional, pero non asegura a rapidez perseguida pola lei.

Tamén, no mesmo solo, poderán solicitarlle á Administración, mentres non se aprobe o correspondente planeamento de desenvolvemento (art. 17 LRSV), a oportuna autorización para levar adiante, excepcionalmente, usos e obras de carácter provisional³⁹, pero, neste caso, sempre que non estean prohibidas pola lexislación urbanística autonómica.

³⁹ Cabe destacar, respecto das denominadas, xurisprudencialmente, “licencias provisionais” ou “a precario”, que a LRSV (art. 17) suprime o previo informe preceptivo

Polo contrario, no solo urbanizable non “sectorizado” (art. 16.2 LRSV) o exercicio do dereito de promover a súa transformación ou desenvolvemento, dependerá da delimitación dos correspondentes ámbitos ou sectores e do establecemento da súa ordenación precisa mediante o planeamento de desenvolvemento, nos termos que sinala a lexislación urbanística das CCAA (art. 78 en relación co 72.1 da LSG), xa que existe unha correspondencia entre o solo rústico en áreas delimitadas precisamente para poder incorporarse ó proceso de desenvolvemento urbanístico (art. 68.3 LSG) e o solo urbanizable da LRSV.

A través do procedemento que prevexa a lexislación autonómica poderán autorizarse, neste solo, con carácter excepcional, actuacións específicas de interese público, trala xustificación de que non concorren circunstancias que fagan incompatible a súa transformación por encontrarse sometido a algún réxime especial de protección, que é o recoñecido para propietarios de solo non urbanizable (arts. 17 e 20.1. parágrafo 2º da LRSV).

A dita autorización, segundo o artigo 77.3 da LSG, é competencia do órgano autonómico, xa que se trata de fins de interese supramunicipal e é anterior ó outorgamento da licenza municipal e trala información pública por prazo de vinte días.

Os propietarios de solo urbanizable non sectorizado teñen tamén o **dereito de consulta urbanística** (art. 16.2 da LRSV) que, con esta denominación xenérica se regulaba no artigo 43 do TR de 1992, pero para salvar a inconstitucionalidade declarada por uso incorrecto da supletoriedade segundo a STC 61/1997, remíteselle a súa regulación ás comunidades autónomas, coa indicación de que deberán regular tamén os prazos de contestación á dita consulta.

A LSG non regula a consulta urbanística e é unha lagoa do ordenamento autonómico que debe cubrirse fixando o prazo para contestar e os efectos da non contestación. Na actualidade habería que invocar o dereito recoñecido como precepto estatal básico e a Lei 30/1992 de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

A situación de **transitoriedade** en que se encontren os solos urbanizables ou aptos para urbanizar consonte os instrumentos de planeamento xeral existentes á entrada en vigor da Lei 6/98 ha de resolverse coa aplicación inmediata ós mesmos do réxime que prevé o seu art. 16.1 LRSV para promover a súa transformación, diferíndose, polo contrario, a aplicación das regras básicas que para o exercicio do dito dereito prevé o art.

e vinculante da CA que prevía a lexislación anterior, e que coincidía así coa regulación que, dos “usos e obras provisionais” contén a LSG, na que xa non se esixía o dito informe (art. 57 LSG).

16.2 no momento da revisión do planeamento en que deberá incorporarse a clasificación do solo consonte a nova lei⁴⁰.

Agora ben, a diferenza das leis estatais anteriores, a LRSV xa non prevé un prazo preceptivo para proceder á adaptación do planeamento á nova lexislación, senón que difire a mesma e, polo tanto, a clasificación do solo, ó momento da revisión do planeamento xeral.

Polo contrario, o planeamento que se encontre en tramitación á entrada en vigor da Lei 6/98, isto é, o planeamento xeral ou a súa revisión que foran obxecto de aprobación inicial, poderá seguirse tramitando consonte as clasificacións existentes sen necesidade de adaptalas ás previstas na nova lei⁴¹.

c) Deberes dos propietarios de solo urbanizable.

Seguindo a concepción que se deu da facultade de "transformación do solo clasificado como urbanizable", non xa como un dereito subxectivo connatural no contido mesmo do dereito de propiedade senón como un dereito propiamente urbanístico que lle atribúe directamente a Administración ó propietario, os deberes ós que a LRSV condiciona a súa adquisición (art. 18) son os mesmos que os que a lei lles impón ós propietarios de solo urbano non consolidado.

Remitíndonos, por iso, á análise que se fixo dos deberes dos propietarios de solo urbano non consolidado ó estudia-lo réxime xurídico do solo urbano, onde xa se apuntaba, neste sentido, que aquel constituía, por razón dos deberes a que dá lugar, materialmente, un solo urbanizable, unicamente resta por examinar, o deber que regula o apartado terceiro do art. 18 LRSV, consistente en:

"Custear e, no seu caso, executa-las infraestructuras de conexión cos sistemas xerais exteriores á actuación e, no seu caso, as obras necesarias para a ampliación ou reforzo dos ditos sistemas requiridos pola dimensión e densidade da mesma e as intensidades de uso que esta xere, de conformidade cos requisitos e condicións que estableza o planeamento xeral".

A previsión deste deber legal, que constitúe a única diferenza entre o réxime de deberes dos propietarios de solo urbanizable e de solo urbano non consolidado –pois neste último os sistemas xerais deben estar fixados polo planeamento xeral–, xa se contiña no TRLS de 1976 (art. 123 e 146.3.c) e no RXU (art. 66), respectivamente, para o desenvolvemento do solo urbanizable non programado que fose obxecto dun programa de actuación urbanística e para solo apto para urbanizar de NNSS para desenvolver por un Plan parcial, que incluía entre os seus deberes a execución das ditas conexións.

⁴⁰ Vid. disp. trans. primeira, b) e segunda da LRSV.

⁴¹ Vid. disp. trans. terceira da Lei 6/98.

A finalidade deste deber básico dos propietarios de solo urbanizable, que é inherente ó carácter residual co que configura a LRSV esta clase de solo, non é outra que facer posible o proceso productivo, consistente en crear un “hipotético” ou “futurible” solo apto para propiciar novos desenvolvementos urbanos mediante actuacións illadas desconectadas dos núcleos xa existentes. E iso, de conformidade co principio rector da política social e económica que consagra o art. 45.2 CE e co inescusable mandato ós poderes públicos, á vez que principio, contido no art. 47 da dita norma, en canto directrices constitucionais de obrigado cumprimento tanto pola Administración no exercicio da súa potestade de planeamento para estende-lo solo urbanizable requirido para o crecemento da cidade, como polos administrados no exercicio dos seus dereitos e deberes urbanísticos.

Así, e aínda que non o sinala, expresamente a lei, ha de entenderse⁴² que neste deber básico de custear-las obras de conexión se encontra implícito o deber de cesión do solo correspondente en que teñan que sustentarse as mesmas, podendo recoñecérselles ós interesados o beneficio de expropiación de acordo co declarado vixente art. 183 TRLS de 1992⁴³ –e co art. 226 RXU–, en virtude do cal:

“En todo caso, a aprobación do programa de actuación urbanística implicará a declaración de utilidade pública e a necesidade de ocupación, para os efectos de expropiación forzosa, dos terreos necesarios para o enlace da zona de actuación cos correspondentes elementos dos sistemas xerais”.

Agora ben, aínda que a referencia que contén o dito precepto ós PAUS (pois en solo urbanizable programado non se prevía este deber de urbaniza-las infraestructuras de conexión) puidese aplicárselles perfectamente ós plans parciais que prevé a LSG nos novos procedementos de tramitación do planeamento ou nos xa revisados, o certo é que este suposto expropiatorio por razón de urbanismo só poderá aplicarse, de acordo cos arts. 33 e 34 LRSV, cando a lexislación autonómica a previra, como causa de utilidade pública, coa finalidade de enlaza-lo solo urbanizable obxecto de transformación cos correspondentes sistemas xerais exteriores á actuación.

E así se deriva da LSG, pois a mesma se remitiu, neste punto, á regulación que, das expropiacións urbanísticas, establece a lei estatal (disposición adicional primeira da LSG).

Agora ben, de acordo coa disposición transitoria segunda da LRSV, o deber que prevé o seu art. 18.3 trátase dun deber “futuro”, pois o seu exercicio non é preceptivo en tanto non se revise o planeamento xeral e se incorpore a nova clasificación do solo consonte os criterios establecidos na LRSV.

⁴² Cfr. ORTEGA GARCÍA, A., *Derecho Urbanístico Estatal (Después de la Ley 6, do 13 de abril de 1998)*, ed. Montecorvo, Madrid, 1998, pág. 94.

⁴³ Vid. disposición derogatoria única da LRSV.

3.4. Réxime xurídico do solo rústico

Como se indicou anteriormente, a LSG utiliza a categoría de solo rústico e non a de solo non urbano, e doutra parte, aquel ten un carácter residual como tradicionalmente o tivo en parte na lexislación estatal o solo non urbano, pasando agora a ter ese carácter o solo urbanizable na LRSV.

Co obxecto de examinar qué posibles correlacións existen nunha e noutra lei en función da seguridade xurídica e concluír cál é o dereito aplicable, é preciso analiza-la regulación de ámbolos dous solos nas citadas leis.

De acordo co artigo 9 de LRSV distínguense tres tipos de solo non urbanizable: a) os que **están** "sometidos a algún réxime especial de protección incompatible coa súa transformación" de acordo con plans e lexislación sectorial (agricultura, defensa, medio natural, dominio público, etc.); b) os que "o planeamento xeral considere necesario preservar polos valores" que xustificaron o sometemento dos anteriores; c) aqueles outros que o planeamento xeral "considere **inadecuados** para un desenvolvemento urbano".

Nos dous primeiros casos é inequívoco que nos encontramos ante realidades obxectivas, reconducibles a conceptos xurídicos indeterminados⁴⁴. E é tamén claro que a inadecuación en que se basea o terceiro dos supostos supón unha potestade discrecional, o exercicio da cal esixe motivación para non caer en arbitrariedade, segundo xurisprudencia consolidada.

Na LSG non se distingue entre o solo protexido "externamente" e o protexido "internamente" por determinación do propio plan. Pero esa ausencia de diferenciación é irrelevante porque, en último termo, o planeamento debe incluír eses dous supostos de solo protexido. O artigo 79 da LSG relativo a proteccións especiais no solo rústico correspóndese co solo non urbanizable protexido, tanto porque o planeamento xeral "deberá delimitar aqueles espazos ou elementos existentes no solo rústico que polos seus valores ecolóxicos, do medio natural, paisaxísticos, históricos, etnográficos e culturais ou con **potencialidade** productiva sexan obxecto de especial protección urbanística", canto por que se prohíbe "calquera utilización que implique transformación do seu destino ou natureza ou lesione o valor específico que queira protexerse" (art. 79.2 LSG), xa que a incompatibilidade coa súa transformación é a que define tal solo na LRSV.

⁴⁴ Así se deduce da propia xurisprudencia cando declara que a clasificación dun terreo como solo urbanizable especialmente protexido "implica o simple recoñecemento da súa singularidade coa finalidade da adecuada protección dos espazos naturais do territorio municipal, en harmonía co modelo territorial deseñado polo planificador municipal", sen que tal determinación da natureza clasificatoria deste solo permita deducir ou supoñer "que foi efecto dun desaxuste ou excepción non motivada do modelo elixido, ou dunha decisión administrativa (STS 22/XII/1997; Arzdi. 9617).

Polo que se refire ó terceiro suposto do artigo 9.2 da LRSV, a súa funcionalidade resulta tecnicamente mellor cuberta polo solo rústico común que prevé a LSG: “en tanto manteñan este carácter –determinación obxectiva– só poderán ser destinados a usos característicos do medio rural, vinculados á utilización racional dos recursos naturais” (art. 77.1). E aínda pode engadirse que a regulación da LSG é máis consistente cá da LRSV, precisamente pola existencia da categoría de solo rústico común, como salienta a exposición de motivos: “partindo das categorías básicas de *protexido e común* trátase de evitarlle calquera tipo de agresión ó protexido e disciplínase o uso do común”.

Baste para iso comproba-lo disposto no apartado 1 do artigo 20 da LRSV. En relación cos dereitos dos propietarios do solo non urbanizable que, con carácter xeral, reconece o parágrafo primeiro, non se distingue entre os seus tres supostos e coinciden cos do solo rústico común da LSG que, en cambio, contén unha limitación máis estrita para os de protección especial, como se indicou antes (art. 79.2).

A incongruencia da regulación da LRSV evidénciase en relación co réxime excepcional recollido no segundo parágrafo para autorizar actuacións específicas de interese público, que non deberían admitirse en ningún dos dous supostos de solo non urbanizable protexido –externa ou internamente– do artigo 9 e non só no protexido externamente, recollido no seu apartado 1.

Esa mesma posibilidade que, como se recordou anteriormente, se dá tamén no solo urbanizable non sectorizado é admisible no solo rústico común, o réxime do cal, entendo, é o recollido no artigo 77 da LSG, xa que ó de protección especial se lle dedica o artigo 79, sen violentar, polo tanto, a natureza do solo rústico de especial protección.

Polo que se refire ó solo rústico previsto no artigo 68.3 da LSG –áreas delimitadas polo plan xeral “en tanto son incorporadas ó proceso de desenvolvemento urbanístico mediante a aprobación do correspondente Plan parcial”– o seu réxime xurídico é equiparable ó do solo urbanizable non incluído en “sectores ou ámbitos para o seu desenvolvemento” ó que se refire o artigo 17, *in fine*, que, pola súa vez, remite ó do solo non urbanizable (art. 20).

A falta de correspondencia completa entre a LSG e a LRSV provén, como se expuxo anteriormente, da distinta concepción que unha e outra teñen da residualidade do solo que para a primeira caracteriza o rústico e para a segunda o urbanizable. A explicación formal hai que buscala no marco estatal que a LSG tivo en conta. Pero a intención do lexislador galego queda claramente expresada na exposición de motivos da LSG. Esas áreas previstas no artigo 68.3 da LS responden inequivocamente á idea central da LRSV acerca do solo urbanizable, en que non se diferencia entre programado e non programado, que non era o que preexistía e que tivo que to-

mar en conta a LSG. Paga a pena transcribi-las palabras da exposición de motivos:

“O estudio profundo do solo rústico, categoría de solo a que se lle devolve a súa xenuína denominación, permite que poidan incorporarse ó proceso de desenvolvemento urbanístico áreas de solo rústico común que presenten as condicións de aptitude obxectiva para seren soportes de tal desenvolvemento, co que se evita así a excesiva clasificación de solo urbanizable cando aínda non está asegurada a existencia de iniciativas públicas ou privadas para o seu desenvolvemento”.

¿Para que clasificar como solo urbanizable non programado eses terreos? Máis lóxico é que conserven a súa natureza de rústicos –e non de protección– e poidan ser utilizados segundo ela.

Dada a importancia que a LSG lle atribúe na súa exposición de motivos ó solo rústico, malia a forzada incongruencia de consideralo residual respecto das outras clases de solo, resulta razoable que conteña un réxime xurídico máis detallado cá LRSV, e non só polo carácter básico dos preceptos da lei estatal.

Entre os **dereitos** dos propietarios deste solo figura o de poder realizar construcións destinadas a usos característicos do medio rural, reproducindo con algunha modificación o que se dicía no artigo 85 do TR de 1976.

A LSG reconece explicitamente (art. 77.6) a posibilidade de que o plan xeral permita a construción de vivendas unifamiliares illadas no solo rústico que non sexa obxecto de especial protección.

Tamén, como se expuxo anteriormente ó tratar do solo urbanizable non sectorizado, “poderán autorizarse construcións e instalacións para fins de interese xeral que teñan que situarse no solo rural, ou aquelas, a situación das cales veña determinada polas características e esixencias da actividade” (art. 77.3 LSG).

O artigo 20.1 da LRSV recolle análoga permisión e subliña que será “excepcionalmente” e que non poderán construírse en terreos que estean sometidos a algún réxime especial de protección (art. 9.1 LRSV), para o que as cualifica como “actuacións de interese público” e remite ó procedemento que se prevé na lexislación autonómica. Polo que se refire a Galicia é o contido no artigo 77.4 da LSG comentado anteriormente.

O carácter excepcional debe ser admitido como criterio interpretativo, xa que a LSG, segundo a exposición de motivos, pretende impoñer “un maior rigor no emprego dos parámetros da *utilidade pública e interese social*”⁴⁵. Estes eran os que figuraban no artigo 40 da Lei 11/1985 de Galicia. O procedemento previsto no citado artigo 77.4 da LSG é menos

⁴⁵ Tal declaración non era vinculante en canto á idoneidade da súa localización.

detallado⁴⁶ e á súa vista a declaración da exposición de motivos resulta un tanto voluntarista.

Agora ben, en todos estes casos, como destacou o TS, o “carácter social” da edificación ou o “interese social” da obra proxectada require para a súa situación en solo non urbanizable a súa previa xustificación⁴⁷, obriga imposta polo artigo 44.2.d) RXU ó esixí-la xustificación por parte do interesado da utilidade pública ou do interese social, así como no seu artigo 44.4 ó esixir que “na resolución haberá de valorarse a utilidade pública ou interese social da edificación ou instalación”⁴⁸.

Á luz da exposición de motivos da LSG esa xustificación debe ser esixida con maior razón.

En relación cos tipos de construcións permitidas, a LSG precisa algo máis que o TR de 1976 (art. 85) e a Lei 11/1985: prohíbese non só as edificacións características das zonas urbanas, senón tamén as vivendas e usos residenciais⁴⁹.

E unha determinación especialmente interesante é a contida no apartado 9 do citado artigo 77 da LSG: “non poderá autorizarse clase ningunha de edificación se non estivesen resoltos, por conta do propietario, os servizos urbanísticos” que se requiren para construír no solo de núcleos rurais (art. 76.2).

Por último, cabería facer referencia á ulterior limitación que, seguindo a tradición do réxime urbanístico desta clase de solo, contén o artigo 77.7 e 8 da LSG, concordante co 20.2 da LRSV, consistente na prohibición de efectuar no mesmo parcelacións urbanísticas, así como fraccionamentos, nas transferencias de propiedade, divisións e segregacións en contra do disposto na lexislación agraria, forestal ou outra de similar natureza⁵⁰.

3.5. Conclusión reflexiva

A STC 61/1997 é discutible en varios aspectos, tanto polo que se refire á interpretación do artigo 149.1.1 da CE como fundamento para cualificar como básicos preceptos do TR de 1992 como moi especialmente

⁴⁶ Anteriormente iniciábase no concello coa obriga de remitirle o expediente despois da preceptiva información pública por un prazo de quince días á Comisión Provincial de Urbanismo, coa posibilidade de subrogación desta se aquel non cumpría en tempo co seu deber. Suprimidas as comisións provinciais pola Lei 7/1995, a competencia para autorizar correspóndelles ós delegados provinciais da consellería. Sobre a dobre autorización autonómica e municipal existe unha consolidada xurisprudencia. Cfr. STS 22/VII/1997.

⁴⁷ Vid. STS 1/XII/1997 (Arzdi. 9450).

⁴⁸ Vid. STS 15/X/1985 (Arzdi. 4595).

⁴⁹ Na Lei do 85 dicíase “vivendas colectivas”

⁵⁰ Vid. STS 5/XI/1997 (Arzdi. 8159).

pola súa concepción da supletoriedade do dereito estatal con graves consecuencias desde o punto de vista da *prudencia iuris* e da prudencia política. Pero supuxo tamén un reto á responsabilidade das comunidades autónomas en relación coa competencia sobre urbanismo que a Constitución lles atribúe como exclusiva.

Algunhas tiveron que reaccionar por vía de urxencia aceptando o dereito estatal anulado pola sentenza e aprobando medidas transitorias ou urxentes⁵¹. A Comunidade Autónoma de Galicia non se encontrou nesa situación, xa que tiña aprobada unha lei suficientemente completa.

Ó longo do exposto anteriormente pretendeuse razoar sobre a legalidade vixente tendo á vista a Lei 6/1998, do 13 de abril, que declara básicos unha serie de preceptos que se corresponden, en canto á materia, co regulado na LSG.

Sen cuestionar dialecticamente a corrección deses preceptos da LRSV pode concluírse que non afectan significativamente ó disposto na LSG, nin sequera polo que se refire ó carácter residual que a LRSV lle atribúe ó solo urbanizable. Basta, nos casos menos conformes, cunha interpretación para salva-la falta de correlación, se se quere defender por razóns de carácter práctico.

Desde unha perspectiva autonómica esa operación sería, incluso, innecesaria. É claro que a lexislación autonómica, como ás veces recoñece a LRSV pode ir máis alá do que nela se prevé ou se regula, sempre que se respecte o contido esencial do dereito de propiedade⁵². Pero, por discutible que sexa o fundamento do artigo 149.1.1. non parece razoable que a Comunidade Autónoma poida impoñer un deber superior ó fixado como base estatal en tanto sexa configuradora do contido do dereito de propiedade, como sería a cesión de solo.

A LSG segue o que foi a regulación tradicional do urbanismo, condensada no TR de 1976, cos seus aspectos positivos e negativos: por un lado, o hábito xerado na súa aplicación, en favor por tanto da seguridade xurídica, e por outro, a excesiva complexidade da súa armazón técnica, que non foi eficaz para cumprir cos principais obxectivos da lexislación urbanística.

Seguindo a tendencia da Lei de 1985, a LSG incorporou, e matizou as principais innovacións daquela relativas ó peculiar asentamento disperso da poboación, coa extraordinaria importancia que teñen os núcleos, que son máis determinantes que a clasificación do solo á hora dunha regulación xurídica.

⁵¹ Así, a Lei 1/1997, do 25 de abril da C.A. de Cantabria, Lei 1/1997 do 18 de xuño da C.A. de Andalucía, Lei 5/1997, do 10 de xullo da C.A. de Castela-A Mancha, Lei 20/1997, do 15 de xullo da C.A. de Madrid, Lei 9/1997, do 13 de outubro da C.A. de Castela e León.

⁵² Cfr. STC 61/97 (f. x. 7 e 9).

Desde o punto de vista da legalidade non resultaría necesaria unha reforma da LSG; se acaso unha pequena modificación, se non se quere acudir á vía da interpretación, polo que se refire á clasificación do solo e ós seus réximes xurídicos.

Obviamente o novo sistema de valoracións que contén a LRSV e que o lexislador estatal regulou con carácter de lexislación plena en virtude dos arts. 149.1.1 e 18 CE, partindo da afirmación dun contido urbanístico inherente á propiedade⁵³, deberá aplicarse tanto na Comunidade Autónoma galega como no resto do territorio nacional.

O procedemento de tramitación dos instrumentos de ordenación urbanística, os instrumentos e sistemas de execución do planeamento, os supostos indemnizatorios e o réxime de expropiacións urbanísticas, que prevé a LSG, non resultou afectado pola LRSV e, polo tanto, nin sequera son cuestionables desde o punto de vista da legalidade.

Outra cousa sería contempla-lo problema desde o punto de vista da conveniencia de reforma-la LSG para afastarse dunha regulación en exceso complexa nuns aspectos, e continua-la liña iniciada para a aprobación do planeamento pola Lei 7/1995, de delegación e distribución de competencias. En relación con estas non deixa de chocar, como expoñente dunha inercia⁵⁴, as que se lle atribúen á Consellería en materia de normas provinciais ou de ordenación urbanística común a varios municipios e protección da legalidade en zonas verdes, espazos libres, dotacións, equipamentos e solo rústico con especial protección.

Pero tamén a plausible orientación flexibilizadora que ofrecen outros preceptos, dos que depende a inclusión ou non de solo en áreas de repartimento e equivalentes, e consecuentemente un réxime xurídico, requirirían unha maior obxectivización ou criterios obxectivos para a súa determinación.

Como a historia recente do urbanismo revela, un dos grandes problemas para o éxito da súa regulación radica na efectividade da súa aplicación. A Lei 8/1990 e o TR de 1992 practicamente non foron aplicados e, numerosos preceptos da lexislación anterior ou non o foron ou o foron con notoria dificultade xerando o problema que querían resolver: creación de solo apto para edificar. Neste sentido a LSG é, quizais, demasiado debedora desa tradición.

⁵³ Vid. STC 61/97 (f. x. 19).

⁵⁴ Cfr. MEILÁN, J. L. prólogo cit., páx. XII, con crítica tamén sobre as comisións provinciais de urbanismo, acertadamente suprimidas en Galicia.

Postscriptum

Redactado o presente traballo, publicouse no *Diario Oficial de Galicia* do 25 de setembro de 1998 a Instrucción 1/1998, do 24 de xullo da Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda da Xunta de Galicia sobre aplicación da Lei do solo de Galicia no marco da Lei 6/1998, do 13 de abril sobre réxime do solo e valoracións.

Segundo declaración auténtica da súa introducción, a Lei do Solo de Galicia "foi escrupulosamente respectuosa coa orde constitucional de distribución de competencias", do que ofrece como proba a remisión que a disposición adicional 1ª lle fai á lexislación estatal.

A finalidade da citada instrucción é de carácter hermenéutico –non podía ser doutra maneira– dirixida ás administracións públicas e ós "distintos operadores urbanísticos", "buscando a interpretación que permita a eficaz e plena aplicación da lexislación urbanística autonómica en canto resulte compatible co novo marco da lexislación estatal".

Tal obxectivo coincide substancialmente co do traballo, co que existen notorias coincidencias e algunha diferenza.

1. A citada instrucción entende que no solo urbano consolidado non poden aplicarse os procedementos de xestión previstos na LSG, como delimitación de polígonos, actuacións sistemáticas, etc., por entender que o impide o artigo 14.1 da estatal LRSV.

Como se di no traballo, a LSG admite que no solo urbano consolidado os plans xerais poden definir áreas de repartimento coa conseguinte repercusión no aproveitamento (art. 87.2). Coa cautela que establece o artigo 87.2 in fine ("en ningún caso entrará no repartimento o aproveitamento da edificación existente que o plano manteña") e a necesidade dunha motivación "seria e obxectiva" da inclusión do solo urbano en áreas de repartimento para evita-la arbitrariedade, estimo que a interpretación que realiza a instrucción é innecesariamente contundente. Poden existir casos nos que sexa moi conveniente utilizar eses procedementos de xestión en beneficio dun urbanismo racional en aspectos concretos que melloren a imaxe da cidade, sen ter que acudir á expropiación forzosa, que dificilmente podería xustificarse, a súa oportunidade, en operacións daquela natureza.

Doutra parte, como se razoa no traballo, os preceptos sobre transferencia de aproveitamento urbanístico, ós que non se alude explicitamente na instrucción, anulounos a STC 61/1997, en razón do carácter supletorio que lles atribuíu a lexislación estatal 1990-1992.


2. Polo que se refire ó solo de núcleo rural, a instrucción equipárao taxativamente ó solo urbano "por estar consolidados pola edificación e coas características que establece a lexislación urbanística", segundo a expresión do artigo 8.b in fine da LRSV que equipara a esa consolidación cualificadora o "feito físico da agrupación de vivendas", xa que en defi-

nitiva "ámbalas dúas clases de solo lle serven de soporte físico a un asentamento de poboación", por suposto sen que estea asegurada a equivalencia da calidade.

A instrucción engade –pasando o seu carácter, para adoptar outro de tipo regulamentario– que o planeamento deberá incluír no estudio do medio rural unha análise detallada do grao de consolidación edificadora de cada núcleo rural e que xustifique o ámbito delimitado.

3. A instrucción participa, como o traballo, da diferente concepción da LRSV e da LSG en relación co carácter residual do solo: para aquela, esa condición tena o solo urbanizable e para a segunda o solo rústico de acordo cunha inercia que debía superarse. De tódolos modos as equivalencias non resultan difíciles:

- a) O solo urbanizable definido pola LSG correspóndese co solo urbanizable "sectorizado" da LRSV, como reconece a instrucción e se razoa no traballo.
- b) O solo rústico común apto para urbanizar da LSG correspóndese co urbanizable non sectorizado da LRSV.
- c) O solo rústico de especial protección da LSG correspóndese co non urbanizable, o mesmo que o rústico non obxecto de especial protección da LSG se corresponde co solo non urbanizado inadecuado para o desenvolvemento urbano da LRSV.

Dado o amplo carácter residual que ten o solo urbanizable na LRSV, a instrucción puntualiza –con espírito regulamentario– que "o planificador estará obrigado a considerar como apto para urbanizar a totalidade do solo rústico común, excepto os ámbitos que resulten inadecuados para o desenvolvemento urbanístico, o que terá que xustificarse cumpridamente no preceptivo estudio do medio rural". 

COMENTARIOS A LA LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL, DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Luis M^a Cabello de los Cobos y Mancha

Director general de los Registros y del Notariado

Dentro del Programa de acción (1996-2000) del Ministerio de Justicia, la reforma del derecho privado ocupa una posición esencial, ya que su contenido incide directamente en la agilidad y seguridad del tráfico jurídico y económico, en la libre circulación de bienes y servicios, y en el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos en su aspecto personal y patrimonial.

La reforma de la justicia, el acceso a ella y la pronta solución de conflictos, unido ese objetivo a la desjudicialización de la contratación privada, requiere no sólo la adecuación de los medios personales, formativos y materiales a las necesidades de cada momento, sino el dotar a los jueces y tribunales de los instrumentos jurídicos útiles para desarrollar su misión constitucional. La unidad del mercado, la integración europea, el acceso a una vivienda digna, la erradicación de la morosidad, la disminución de los costes, la transparencia del mercado, la libre competencia, tienen un traslado necesario a la actuación de jueces y tribunales, garantías de las libertades individuales y sociales. Como dice el Informe para 1997 del Banco Mundial, el Estado debe suministrar "bienes públicos puros", y, entre ellos, destacan la independencia y dotación del Poder Judicial y la protección de los derechos reales (singularmente, la propiedad). La seguridad jurídica, judicial y extrajudicial (ésta sujeta a aquélla), el cumplimiento voluntario y forzoso de las normas, la previsibilidad de

las resoluciones judiciales, producen un efecto directo en la economía de mercado ("Justicia y libre mercado en la Unión Europea", *BIMJ* n.º 1824/98).

En este orden de cosas, la ministra de Justicia, Margarita Mariscal de Gante, en su Programa de acción, ha abordado las siguientes reformas:

1º. *De carácter general:*

- Anteproyecto de nueva Ley de enjuiciamiento civil (abril, 1997; aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 1997).
- Anteproyecto de Ley concursal (Comisión General de Codificación, 1996).
- Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación (1996; Ley 7/1998 de 13 de abril).
- Anteproyecto de ley de reforma de la ley de tratamiento automatizado dotados de carácter personal (1997; Congreso, 1998).

2º. *De carácter sectorial:*

- Anteproyecto de nueva Ley de venta a plazos de bienes muebles (1996; Congreso, 1997; Ley 28/1998, de 13 de julio).
- Anteproyecto de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (1996; Congreso, 1997; Ley 42/1998, de 15 de diciembre).
- Informe articulado sobre la reforma de la Ley de propiedad horizontal (1997; Congreso, 1997).
- Borrador de Anteproyecto de ley de juntas arbitrales de derecho privado (1997).
- Borrador de reforma de la Ley de fundaciones (1997).
- Borrador de Anteproyecto de ley del Registro de Bienes Muebles (1997).
- Borrador de Anteproyecto de ley de venta a distancia (1998).

3º. *Sobre el estado civil:*

- Informe articulado sobre Anteproyecto de ley en materia de adopción internacional (1997; Congreso, 1998).
- Informe articulado sobre Anteproyecto de ley sobre atribución de apellidos (1997; Congreso, 1998).
- Informe articulado de Anteproyecto de ley sobre el uso del nombre y apellidos, por coficialidad lingüística (1997; Congreso, 1998).
- Borrador de Anteproyecto de ley de reforma de la Ley de Registro Civil (1998).

Ahora, en el presente estudio -opinión estrictamente personal-, se publica, en parte, la conferencia pronunciada en la Escola Galega de Administración Pública (1998).

1. Precedentes prelegislativos

La integración de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, que debió trasponerse con fecha límite de 31/12/1984 y que ha sido, no obstante, objeto de aplicación por el Tribunal Supremo aun antes de finalizar ese plazo (SSTSS de 23/07/1993 y 20/07/1994¹) y recientemente, por el efecto directo en nuestro ordenamiento interno (STS 12/07/1996), ofrecía dos posibilidades:

- La aprobación de una ley de condiciones generales, en la que se inserta la directiva, siguiendo una técnica parecida a la aplicada por la Comisión General de Codificación.
- La modificación parcial de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios (en adelante, LDC), sin abordar la regulación de las condiciones generales.

La LDC, en su artículo 10, había recogido la jurisprudencia del TS sobre cláusulas abusivas, elaborada con base en el Código civil y con referencia, en determinados supuestos, al concepto de "condición general de la contratación". Cabía la crítica por mezclar el concepto de "condición general" y el de cláusula abusiva, que partía del presupuesto de condición general y daba a entender que la condición general es o puede ser cláusula abusiva².

En un principio, se elaboró un anteproyecto modificativo de la LDC. Tal vez por su simplicidad, creando una Comisión Nacional de Control. Comisión fuertemente contestada por el sector empresarial debido a su carácter intervencionista. A esa comisión, por razones evidentes de publicidad y seguridad jurídica, se unía un registro.

El Consejo de Estado, en su dictamen (31/10/1996), declaró cómo se desaprovechaba la ocasión única de dotar a nuestro ordenamiento de una Ley de condiciones generales, presupuesto de la aplicación, en buena parte, de la noción cláusula abusiva, y más aún, con un anteproyecto, elaborado por la Comisión General de Codificación (1983, 1988), plenamente conocido y respaldado por 1ª doctrina científica. Portugal y Alemania, así lo habían hecho. Habían integrado las cláusulas abusivas dentro de sus leyes de condiciones generales, con doble regulación.

El Ministerio de Justicia, al abordar el problema de la transposición, mantuvo el mismo criterio que el Consejo de Estado y adaptó el texto de

¹ Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, en *Estudios en Homenaje a D. Aurelio Menéndez. Reflexiones sobre las Condiciones Generales*, págs. 4959-4960

² En realidad, la cláusula abusiva puede existir con o sin condición general, y ésta, en principio, es una cláusula válida, si bien, según Alfaro (*op. cit. infra*), declarativa y aunque se trate de derecho dispositivo. Vid. DE CASTRO, Díez-PICAZO y MIQUEL GONZÁLEZ, sobre la naturaleza de las condiciones generales.

la Comisión General de Codificación, manteniendo la reforma parcial de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. A un tiempo suprime la Comisión Nacional de Control de Cláusulas Abusivas, tomada del derecho francés (Decreto de 10/03/1993), cuya inoperatividad ha sido puesta de manifiesto por los autores (“en mars 1997, –señala el pfr. Gilles Paisant– 10 avis avaient été rendus depuis l’instauration de cette procédure”³).

A. Doctrina.

Escribe el profesor De Castro en 1961, en su importante estudio sobre “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes” (*Anuario de Derecho Civil*), que el debate doctrinal se centra en el atribuir o no carácter normativo a las condiciones generales –poder del predisponente o de un grupo de predisponentes para legislar–, de fuente del derecho, de uso mercantil, de derecho natural o de contenido contractual, discurrendo su análisis por el derecho romano, el derecho común, la codificación hasta la época actual, donde se reconoce el carácter imperativo de determinadas normas dispositivas y la imposibilidad de exclusión de elementos básicos generales de los contratos o de determinado tipo contractual. El debate de la autonomía de la voluntad y de la libre prestación del consentimiento. Los límites genéricos de la ley, la buena fe, las buenas costumbres, el orden público o el equilibrio de contraprestaciones. La erradicación de la renuncia de derechos, de las limitaciones o exoneraciones de responsabilidad, la imposición de cláusulas compromisarias, la sujeción a fuero (...) y tantas otras que hoy son unánimemente reconocidas como cláusulas nulas por abusivas. Así como la posibilidad de integración judicial del contrato, una vez anulada alguna o algunas de aquellas.

Señala De Castro la importancia capital que tuvo, para la evolución de nuestro derecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1857, “dictada en un recurso de nulidad”, que marca un nuevo camino doctrinal y jurisprudencial, en torno a la irrenunciabilidad de la ley, e incluso del privilegio, así como sobre las interpretaciones o doctrinas que intentan o postulan la disminución del efecto protector de la ley, por razón del cumplimiento de “los fines de pública utilidad”.

Treinta y siete años después de postular el profesor De Castro la oportunidad de una reforma legal, se lleva a cabo bajo su misma premisa inspiradora: “el equilibrio y la búsqueda de un efecto económico neutro, estimulando el cumplimiento voluntario de la norma”. En el Proyecto de

³ Vid. Les critères d’appréciation du caractère abusif des clauses, Journée d’étude sur les clauses abusives (21– 3– 97), INC Hebdo, n.º 1015, 12–12–1997, pág. 11 (su referencia en el boletín de la Agencia Europea de Información a los Consumidores de Vitoria, Gobierno Vasco).

ley remitido a Las Cortes también se estimó –cuya importancia refleja– necesaria la colaboración, la activa colaboración de los notarios, como redactores de documentos públicos, con la doble fórmula de abstención (nulidad: ya regulada por la normativa notarial) y de advertencia, propia de un jurista⁴.

A esta cita del profesor De Castro podría añadir innumerables autores, desde el trabajo de Rodrigo Bercovitz en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (1987), la monografía de Alvaro Águila–Real (*Las condiciones generales de contratación*, Civitas, 1991), el artículo de Alberto Empananza (La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el Ordenamiento español, 1994⁵) o el de Miquel González (Reflexiones sobre condiciones generales, Estudios en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, 1996), el prólogo de Díez–Picazo a la obra que sobre la materia ha publicado la Fundación BBV, “Condiciones generales y cláusulas abusivas” (1996), hasta cuestiones más concretas, “El control de las condiciones generales imprecisas o abusivas en el ámbito registral” (1993), del prof. Albiez Dohrmann, o “Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral”, de la abogado Llaveró Rodríguez–Porrero publicado el 9 de enero de 1998 por la revista jurídica *La Ley*.

El prof. Díez–Picazo señala que la “contratación por medio de condiciones generales constituye un fenómeno inevitable en la economía moderna, en que una parte muy importante de los negocios se realiza a través de lo que se ha podido llamar una contratación en masa. Las condiciones generales cumplen, por ello, una función económica que no se puede desconocer. Sólo uniformando el contenido contractual, puede el empresario racionalizar las operaciones comerciales y sólo de este modo pueden reducirse los llamados “costos de la negociación de contratos”....Por eso, la polémica que los últimos treinta y cuarenta años se mantenía en torno a la validez de este modo de contratar y las dificultades de su calificación jurídica, es hoy una polémica superada. Naturalmente, las “condiciones generales” sólo pueden ser contenido contractual. De ninguna

⁴ En estos días (febrero de 1998), acaba de aparecer publicado el artículo de referencia en el libro *Estudios jurídicos del Profesor De Castro*, coeditado por el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores, ed. Centro de Estudios Registrales, Tomo II, págs. 921–963.

⁵ *Revista de Derecho Mercantil*. El prof. Empananza destaca la necesidad de una ley de condiciones generales, de la regulación de las acciones colectiva y del efecto “ultra partes” de las sentencias firmes estimatorias, para disminuir costes –y tiempo– (“mediante la extensión de los efectos de la sentencia condenatoria que declarase la nulidad de las condiciones generales a todos aquellos formularios contractuales que incluyesen similares términos”, “que sólo podrá afectar al empresario predisponente condenado judicialmente”), el reconocimiento de la acción de retractación (...) (*op. cit.*, págs. 492, 494, 496, 498 y 500).

otra fuente del derecho puede derivar su obligatoriedad. No puede decirse que exista un poder reglamentario de los empresarios que vincule a los clientes sin necesidad de aceptación". Las "condiciones generales, o son contenido contractual o no son nada" y, ello, aunque se ponga "en crisis el dogma de la plenitud de la voluntad y, sobre todo, la idea de que es necesaria una concurrencia perfecta de voluntades"⁶

Miquel González⁷, por su parte, dice al respecto: "La libertad contractual se bifurca en dos aspectos: libertad de decisión (celebrar o no el contrato) y libertad de configuración (establecer unas u otras normas). Esta diferenciación corresponde a la distinción entre contrato como acto y contrato como regla. En los contratos con condiciones generales los problemas proceden de la exclusión de una de las partes de la libertad de configuración del contenido contractual". Y su régimen jurídico – indica– se manifiesta en tres puntos esenciales: 1) Control de inclusión por el que se decide cuando una condición general ha sido incorporada al contrato. 2) Reglas de interpretación de las cláusulas. Y 3) Control de contenido por el que se decide sobre la validez de una condición general incorporada e interpretada.

El prof. Lasarte, por otro lado, destaca el carácter irreversible de la contratación en masa, dentro de la economía de mercado, y la redacción de condiciones generales como parte del propio sistema organizativo de las empresas ("hábitos de consumo"). En "la actualidad, condiciones generales de la contratación y contratos de adhesión son sustancialmente dos caras de la misma moneda"; ello no impide la existencia de un contrato de adhesión individual –podemos añadir. Tras la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, puede decirse que existe "una regulación bastante completa (aunque técnicamente imperfecta) de las condiciones generales", a través de su artículo 10. En él, se define la condición general, se establecen los requisitos formales de "integración en el documento contractual" y de constancia (recibo, copia, documento), salvo renuncia; también los requisitos materiales ("equidad contractual"): buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones; la interpretación "contra stipulatorem"; la primacía de las cláusulas particulares; y la sanción de nulidad"⁸.

⁶ Vid. *op. cit.*, págs. 29–31. En contra de la tesis de Alfaro (concreción empresarial de la buena fe), que supondría otorgar a los empresarios "una cierta dosis de poder normativo que es inconciliable con el sistema de fuentes del derecho y con el Estado democrático".

⁷ Reflexiones sobre las condiciones generales, *Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez*, Tomo IV, ed. Civitas, Madrid–1996, págs. 4941 y ss.

⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo III, Contratos, ed. Trivium, Madrid, 1994, págs. 71 y ss.

Martínez de Aguirre, en su obra *El Derecho civil a finales del siglo XX*, señala: "la principal misión actual del derecho civil –es–: la promoción y defensa de la persona, su dignidad y derechos". El derecho comunitario es un facto activo de homogeneización"⁹.

B. Comisión General de Codificación.

En base a las recomendaciones del Poder Judicial y del Consejo de Estado, en sus Informe (1995) y Dictamen (1996) respectivos, al Anteproyecto de ley por el que se modifica la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios; en plena sintonía, en términos generales con el borrador de Ley de condiciones generales de la contratación, elaborado por la Comisión General de Codificación en 1988, plenamente aceptado y conocido por la doctrina (en términos expresos del Consejo de Estado); se siguió por el Ministerio de Justicia –según hechos indicados– dicho borrador, adaptándolo a la Directiva comunitaria e incorporando aquellos nuevos elementos que juzgó imprescindibles para la plena eficacia de la futura ley"¹⁰.

Dice la exposición de motivos del borrador: "...sobre los efectos de la sentencia que puede recaer en los litigios promovidos sobre ineficacia de las condiciones generales. En este sentido, la sentencia firme que, a instancia de las entidades legitimadas –se refiere a las acciones colectivas–, declara la ineficacia de la totalidad o de una parte de unas condiciones generales, impondrá al demandado la obligación de eliminar –de– sus condiciones generales las que se declaren ineficaces y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Pero es que, además, esta obligación afectará también a quienes se dediquen a la misma actividad que el demandado y utilicen en su contratación para circunstancias análogas cláusulas iguales a las declaradas ineficaces" (arts. 23–27). Se prevé depósito de las condiciones en el Registro, a efectos de prescripción y de publicidad, por razones de seguridad jurídica y de conocimiento de los legitimados para interponer la acción colectiva. El depósito se concibe obligatorio (art. 29). "El catálogo de cláusulas concretas que son consideradas ineficaces –continúa la exposición de motivos– aparece recogido en los artículos 9 a 17 y no ha pretendido ser ni excesivamente extenso ni muy minucioso (...) El carácter abierto del catálogo permite que su contenido se vaya ampliando paulatinamente a través de la práctica judicial. A esta tarea puede contribuir eficazmente la publicidad registral regulada en los artículos 23 y 25 del anteproyecto".

⁹ Ed. Tecnos, 1991, págs. 89 y 108.

¹⁰ Su texto íntegro en mi estudio, "La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles" (ed. Civitas, 2a edición, Madrid– 1993). Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo III, Contratos, ed. Trivium, 1994, págs. 79 y as.

Las cláusulas abusivas contenidas en el articulado son las siguientes: plazo excesivamente largo para aceptar o rechazar la oferta contractual, la reserva de la facultad de interpretar los términos del contrato, de determinar si sus prestaciones se ajustan a lo pactado, o de resolver unilateralmente sin motivo válido y justificado –con la especialidad de los contratos de larga duración o de duración indeterminada, prórrogas y preaviso– o de impedir o limitar la facultad resolutoria (art. 1124 Cc), el ejercicio de derechos en caso de retraso culpable, o la prohibición de compensar los créditos (arts. 9 a 11 del borrador)... Y otras muchas reflejadas en la ley y en la directiva. También contiene excepciones concretas (arts. 9 a 16) para la relación entre profesionales o empresarios que contratan dentro de su giro o tráfico.

C. Consejo General del Poder Judicial.

En el Informe de 20/12/1995:

■ “se considera indispensable la creación de un registro a través del que se dé publicidad a las condiciones generales para poder ejercer las correspondientes acciones legales”.

■ se “debería introducir también la acción de retractación y sería conveniente establecer la acumulación obligatoria de todos los procesos que versen sobre un mismo objeto así como reforzar la **eficacia del control judicial** de las condiciones generales de contratación a través del otorgamiento de **eficacia ultra partes** a las sentencias firmes dictadas en procesos en que se ejerciten acciones de cesación o retractación”¹¹.

En el Informe de 09/04/1997 se recomienda la oportunidad de introducir “un procedimiento de conciliación ante un tercero que no estuviese investido de jurisdicción a fin de llegar a un acuerdo en la redacción de la cláusulas” y plantea distintas cuestiones de gran interés –que pasaron al texto del anteproyecto– y algunas dudas interpretativas –sin conexión con el Informe anterior– sobre el Registro de Condiciones Generales, que el proyecto de ley, en base al informe anterior y al dictamen del Consejo de Estado, aclara.

D. Consejo Consultivo de los Consumidores.

El Consejo de Consumidores y Usuarios (Informe de 24 de febrero de 1997) es favorable al Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación: “Se considera –señala– que una normativa de esta índole viene a acrecentar la protección de los consumidores, por ello estima conveniente que nuestro ordenamiento jurídico pueda disponer de una

¹¹ Argumentación reproducida por el Consejo de Estado en su dictamen n.º 2939/96, de 31 de octubre de 1996.

normativa reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación". Y a continuación enumera algunos extremos necesitados de "modificación o aclaración". Entre ellos, declara:

■ La eficacia "ultra partes" de la sentencia recaída en este tipo de procedimientos judiciales –ex art. 18– evitaría muchos litigios innecesarios (...) sería aconsejable –para evitar pronunciamientos divergentes– que los jueces gozaran de más poder de apreciación en el tema de la competencia territorial y de la nulidad de pleno derecho de determinadas cláusulas".

■ El "Registro de Condiciones Generales nos merece una opinión aceptable, puesto que resultará beneficioso para el consumidor. Pero aunque la creación de un Registro de Condiciones Generales es positiva, los efectos beneficiosos para el consumidor quedan claramente desdibujados al otorgarse carácter potestativo a la inscripción de tales cláusulas. Creemos que con objeto de conseguir un mayor control de las condiciones generales de la contratación, la inscripción debe ser obligatoria".

E. Consejo de Estado.

El Consejo de Estado se ha pronunciado dos veces sobre esta materia. La primera, el 31 de octubre de 1996 (Dictamen 2939/96), durante la tramitación del anteproyecto de Ley de reforma de la general para la defensa de los consumidores y usuarios, recomendando elaborar una Ley de condiciones generales de la contratación y la creación de un registro público estatal (STC 71/1982, de 30 de noviembre), con base en las recomendaciones coincidentes del Consejo General del Poder Judicial y en los términos sugeridos por el Consejo General de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y el Colegio de Registradores, sin crear nuevos órganos, tal y como ha hecho el legislador portugués, con referencia expresa al Registro Mercantil Central, de Venta a Plazos –cuya técnica sigue la ley– (...) La segunda (Dictamen n° 3194/97), el 24 de julio de 1997, reconoce la competencia estatal, con cita de la STC de 26 de enero de 1989, declara la correcta transposición de la directiva, una vez incorporada su recomendación anterior sobre la conveniencia del dictado de una Ley de Condiciones Generales de la Contratación (se ocupa de la necesidad del recurso de casación por acción colectiva, del concepto de cláusula abusiva, de que la sentencia firme sea estimatoria...¹²).

¹² Vid. anexo I de mi libro *La ley de condiciones generales de la contratación*, ed. CER., 1998.

F. Memoria Justificativa.

La Memoria Justificativa del proyecto de ley, remitida a Las Cortes, contiene con largueza las claves de la nueva regulación y su fundamento. Las razones del prelegislador.

Dice concretamente:

“Las condiciones generales son, ante todo, cláusulas que van a formar parte del contenido de un contrato”¹³.

Ahora bien, son cláusulas que se caracterizan por la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) Predisposición por una de las partes contratantes.

Poco importa si el predisponente ha redactado por sí mismo tales cláusulas o utiliza cláusulas redactadas o establecidas anteriormente por otros. Lo importante es que exista predisposición de determinadas cláusulas contractuales.

b) Ausencia de negociación individual¹⁴.

Toda cláusula no negociada individualmente no siempre es condición general, ya que puede tratarse de un contrato de adhesión particular. Sin embargo, la afirmación inversa siempre se cumple: toda condición general

¹³ Al margen de la discusión doctrinal sobre si realmente tienen o no naturaleza contractual (condiciones generales de los contratos) o si más bien tienen carácter normativo por sí mismas (condiciones generales de la contratación), el proyecto de ley precisamente lo que quiere regular son los contratos en los que se den condiciones generales. Es decir, regula el aspecto contractual de las condiciones generales (*Vid. supra* Díez-Picazo, *op. cit.*, pág. 30).

¹⁴ El Consejo de Estado afirma que “no comparte en sus términos literales las anteriores definiciones –sobre la distinción entre condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente–, ya que siendo normalmente los contratos de adhesión aquéllos en los que una de las partes, – generalmente un empresario o profesional que realiza una contratación en masa– establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el giro de sus actividades se realicen, las condiciones generales de la contratación hacen referencia a una realidad previa al contrato de adhesión y se presentan como un conjunto homogéneo de reglas predisuestas formalmente por un sujeto, relativas a los contenidos contractuales de ciertos contratos a celebrar (con independencia de su constancia expresa o no en los singulares contratos). Existe entre ambos fenómenos una relación evidente en la práctica pues las condiciones generales de la contratación nacen para integrarse en una serie o grupos de contratos a los que aportan un factor de tipicidad de carácter extralegal. La redacción de dichas condiciones no es el resultado de un acuerdo entre aquéllos que van a celebrar el contrato sobre la base de ellas, sino fruto exclusivo de una de las partes o de un tercero que las ha formulado previamente o predispuesto. No obstante, también hay que tener en cuenta la existencia de contratos prerredactados con carácter particular, es decir, que las condiciones predisuestas no lo hayan sido con la finalidad de aplicarlas a todos los contratos del mismo tipo que celebre la empresa con consumidores, sino a uno concreto cuya categoría puede considerarse como contrato de adhesión”.

implica predisposición, y en consecuencia, no negociación individual de la cláusula.

El requisito de la predisposición conlleva necesariamente que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente. Si existe negociación individual no existe predisposición, y por tanto, tampoco condición general del contrato.

Por otro lado, la circunstancia de que se haya negociado individualmente alguna de las condiciones particulares del contrato, no excluye el carácter de condiciones generales del conjunto.

c) Que esté destinada a una pluralidad de contratos.

Las condiciones generales deben estar redactadas por el predisponente –o por un tercero– con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos a celebrar por aquél con diferentes personas.

La exigencia de que exista predisposición, incorporación al contrato exclusivamente imputable a una de las partes y finalidad de destinarse a una pluralidad de contratos, excluye del concepto de condición general de los contratos a las meras recomendaciones de determinadas cláusulas, en tanto no se comiencen efectivamente a utilizar¹⁵.

Estos requisitos (carácter contractual, predisposición que excluye la negociación individual y finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos) se recogen en el artículo 1 del proyecto:

“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes”.

A continuación distingue entre “condiciones generales” y “cláusulas abusivas”, y justifica cada específica regulación:

“En este sentido, el proyecto no pretende refundir en un sólo texto dos regulaciones. La dualidad de régimen jurídico se mantiene: condiciones generales en la ley “ad hoc”; protección al consumidor en los contratos de adhesión (haya o no condiciones generales), en particular frente a las cláusulas abusivas, en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Todo ello sin perjuicio de que se pretenda una regulación homogénea cuando las condiciones generales sean asimismo abusivas e intervenga un consumidor”¹⁶.

¹⁵ Carecería del más mínimo sentido afirmar que los meros formularios contractuales tengan el carácter de condiciones generales de la contratación. No basta con la aptitud para ser incluidas en una pluralidad de contratos; se requiere que se sean efectivamente utilizadas.

¹⁶ “No existe una refundición legal o que las condiciones generales utilizadas frente a consumidores quedan doblemente sometidas a la misma regulación: las condiciones

Prosigue la memoria con la determinación del ámbito subjetivo –hoy artículo 2 de la ley aprobada–, con referencia a los tres tipos de relaciones jurídicas posibles:

- A) relaciones entre consumidores.
- B) relaciones entre empresarios o profesionales.
- C) relaciones de empresarios o profesionales con consumidores.

A. Las relaciones de consumidores entre sí no son objeto de regulación alguna en el proyecto. Su régimen jurídico será el derivado de la aplicación de las normas generales sobre obligaciones y contratos del Código civil.

En este sentido nada impedirá que un juez pueda declarar nulas determinadas cláusulas contractuales por abusivas¹⁷ o dejar sin efecto un contrato por alteración de las circunstancias que lo motivaron, que produzca un importante desequilibrio contractual¹⁸.

B. Las relaciones de empresarios o profesionales entre sí se seguirán rigiendo también por las normas generales del Código de comercio y supletoriamente del Código civil, y será aplicable a estas relaciones contractuales lo ya dicho respecto a la posibilidad de que sean objeto de una acción judicial individual de nulidad contractual.

Lo que ocurre es que las relaciones de empresarios o profesionales entre sí son objeto de un nuevo régimen jurídico cuando se basen en condiciones generales, ya que el proyecto también extiende a ellas su ámbito de aplicación.

Las relaciones contractuales entre profesionales¹⁹, en cuanto estén basadas en condiciones generales, deberán someterse a los requisitos esta-

generales pueden darse frente a consumidores o frente a empresarios y merecen una regulación general; las relaciones contractuales con consumidores cuando existe una posición de predominio y una mera adhesión por parte de éstos (existan o no condiciones generales), merecen una regulación específica, dentro de la Legislación de protección del consumidor, en particular frente al posible abuso que produzca un desequilibrio contractual. No existe por tanto doble regulación, sino regímenes jurídicos distintos para lo que son cosas distintas, sin perjuicio de que cuando se solapan los supuestos de hecho (caso de que una condición general se produzca frente a un consumidor y sea abusiva) el Ordenamiento jurídico deba ser armónico y no contradictorio. Ello explica la remisión del artículo 7.2 del proyecto al 10 bis de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios". El prof. Díez-Picazo se muestra favorable a que la protección de la directiva se extienda a cualquier adherente a las condiciones generales, no sólo al consumidor (*op. cit.*, pág. 37).

¹⁷ Fundamentalmente por vía del artículo 1256 del Código civil, que prohíbe dejar el cumplimiento de un contrato al arbitrio de uno de los contratantes, y que supone la proscripción de cláusulas de interpretación unilateral, resolución al arbitrio de uno de los contratantes, etcétera.

¹⁸ Cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁹ Expresión esta –como señala el Consejo de Estado– que también abarca al empresario.

blecidos por el proyecto, esto es, deberán incorporarse al contrato y estar claramente redactadas; en consecuencia, no ser ilegibles, oscuras, ambiguas ni incomprensibles. Caso contrario, podrán ser objeto de las acciones colectivas de cesación o retractación²⁰.

Lo que no existe es una lista específica de cláusulas nulas por abusivas²¹, que –como se ha dicho– por razones de competitividad empresarial se dejan al régimen general de nulidad contractual.

C. Las relaciones de profesionales con consumidores pueden tener una triple manifestación:

- c.1. Derivar de cláusulas contractuales negociadas individualmente.
- c.2. Derivar de cláusulas contractuales predisuestas al consumidor, que se limita a adherirse a ellas, aunque estén circunscritas a un solo contrato.
- c.3. Derivar de condiciones generales de la contratación.

En el primer caso (c.1) las relaciones entre profesionales y consumidores se registrarán por las reglas generales, pudiendo instarse por cualquier parte una acción de nulidad contractual de carácter individual, en los supuestos previstos en las normas generales sobre obligaciones y contratos.

En el segundo caso (c.2) las relaciones contractuales se registrarán por las reglas generales y además y específicamente por las normas de protección al consumidor, entre ellas las que definen el concepto de cláusula contractual abusiva (artículo 10 bis de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios).

En el tercer caso (c.3) las relaciones contractuales se registrarán por la Ley de condiciones generales, pudiendo ser objeto de acciones colectivas de cesación o retractación por parte de las entidades legitimadas activamente para ello. Tales acciones colectivas no sólo podrán ser ejercitadas si las condiciones generales no cumplen los requisitos de incorporación y claridad que en el proyecto se regulan, sino también si son abusivas (se entienden por abusivas las mismas que para los contratos de adhesión individuales).

En cualquier caso en estas relaciones (c.3) siempre prevalecerá la más proteccionista Ley general de defensa de los consumidores y usuarios, en cuanto que la Ley de condiciones generales será aplicable si en la negociación con consumidores se acude a cláusulas de tal naturaleza, pero sólo

²⁰ Esta necesidad ha sido puesta de manifiesto por asociaciones empresariales (PYMES).

²¹ "En Portugal la Ley 220/95, de 31 de enero distingue dos listas de cláusulas contractuales prohibidas, según que se trate de relaciones entre empresarios o relaciones con consumidores finales. En el proyecto español también se sigue una idea similar, si bien dejando "a cero" al contenido de la lista cuando se trata de relaciones entre empresarios o profesionales.

en lo no regulado específicamente por aquella²². Será así aplicable a los consumidores la más estricta exigencia de constancia expresa documental de las cláusulas y el régimen de moderación de los artículos 10.1 y 10 bis 2 de la Ley 26/1984.

A pesar de que el proyecto desde el inicio pretende distinguir las diversas clases de relaciones antes expresadas, en el texto actual se han hecho las correcciones que se han estimado más adecuadas para que su ámbito subjetivo quede claramente perfilado²³.

En cualquier caso, así entendido el ámbito de aplicación del proyecto, no se pueden alegar cuestiones de inconstitucionalidad”.

A continuación la memoria se centra en el ámbito territorial, en los contratos excluidos, en la no incorporación y nulidad, en el Registro de Condiciones Generales –con sus precedentes de derecho comparado–, en el ejercicio de las acciones colectivas, en la colaboración de los profesionales oficiales, ejercientes de funciones públicas.

Es de destacar por su importancia práctica para la desjudicialización de la contratación el efecto horizontal de las sentencias estimatorias firmes:

“Mientras que las sentencias –incluso las dictadas en acciones colectivas– producen efectos *inter partes*, la inscripción de tales sentencias en el Registro de Condiciones Generales permitirá su eficacia *erga omnes*, efecto típico y propio de un registro de derecho privado. No cabe atribuir efectos “*ultra partes*” o carácter normativo a una sentencia, ni siquiera aunque se publique en el *Boletín Oficial del Estado*; esta atribución deriva y es propia de la inscripción en los registros jurídicos.

En el artículo 19 queda claro el efecto prejudicial que tienen las sentencias dictadas en acciones colectivas, y que sólo puede ser efectivo a través de la eficacia “*erga omnes*” que atribuye la inscripción en el Registro de Condiciones Generales²⁴.

Con ello se aclara que el efecto horizontal de las sentencias sólo se atribuye a las acciones colectivas de cesación, y no a las de retractación y que sólo afectan a la cesación de cláusulas idénticas utilizadas por el mismo predisponente, con lo que se respeta el principio constitucional de tutela judicial efectiva.

El ejercicio de la acción de retractación exige en la redacción del proyecto que las cláusulas hayan sido efectivamente utilizadas en alguna ocasión. Así, los meros formularios no serían susceptibles de la acción, para la cual se exige que haya una efectiva utilización, aunque sea en ocasiones

²² Cfr. artículo 10.2 de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios, en la nueva redacción del proyecto.

²³ Especialmente en la exposición de motivos.

²⁴ Este es el sentido de la eficacia *ultra partes* que respecto del Registro Público de Condiciones Generales propugnaba el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 20 de diciembre de 1995.

aisladas. No deja, por ello, de tener sentido la distinción entre la acción de cesación (que se utilizará frente a los predisponentes de las condiciones que se estimen nulas) y la acción de retractación (que se utilizará frente a corporaciones u organizaciones empresariales o profesionales que recomienden cláusulas generales contrarias a la ley)".

Por otra parte, la memoria señala:

"El proyecto señala las funciones de colaboración de determinados profesionales – ejercientes de funciones públicas– en la aplicación de la ley, en concreto de notarios, registradores de la Propiedad y mercantiles y corredores de comercio"²⁵ (*cuestión pendiente* –podemos añadir ahora–, *por razón de la naturaleza multidisciplinar del derecho del consumo y de gran eficacia práctica, requerida, además, por las asociaciones de consumidores*).

Este deber de información, que corresponde a los profesionales ejercientes de funciones públicas, no debe confundirse con la información de las condiciones generales que corresponde al predisponente de las mismas; el primero va referido a la aplicación en general de la ley y la segunda se refiere a las concretas estipulaciones que puedan constituir condiciones generales.

A este respecto conviene aclarar la distinta intervención de unos y otros.

a) En cuanto a los notarios, el proyecto les atribuye una importante función de asesoramiento a los contratantes otorgantes de algún instrumento público –más aún siendo redactores del contrato–. "En su función de dación de fe extrajudicial y de asesoramiento a los interesados cuya voluntad debe plasmarse en la escritura pública, los notarios deben cabalmente advertir a los consumidores del carácter posiblemente abusivo de las cláusulas prerredactadas por el otorgante empresario o profesional, todo ello sin perjuicio de la facultad de abstenerse de autorizar la escritura si considera que dichas cláusulas son claramente contrarias al Ordenamiento jurídico, facultad de abstención y no de mera advertencia que les atribuye el Reglamento notarial"²⁶.

"b) En cuanto a los registradores de la Propiedad y Mercantiles, de conformidad con el criterio general del artículo 18 de la Ley hipotecaria (el hecho de que una cláusula sea general y no particular no es una excepción), deberán calificar su validez a los efectos de practicar, denegar o suspender la inscripción"²⁷.

Pero deben tenerse en cuenta las siguientes aclaraciones:

²⁵ Artículo 10.5 –hoy 6– de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios modificado por la disposición final primera del proyecto.

²⁶ A veces, se ha planteado ¿cómo van a conocer si se trata de condiciones generales! Suponemos que si se aplica la O.N. E. y H. de 05/05/1994 (oferta a disposición del consumidor) o después de autorizar "diez", "cincuenta" o "cien" contratos iguales la presunción se convierte en evidencia.

²⁷ Cfr. Igualmente artículo 65 Ley hipotecaria.

■ que sólo se refiere a cláusulas de eficacia real, ya que las cláusulas meramente obligacionales no son objeto de inscripción²⁸.

■ que ello es independiente de los recursos, gubernativo y judicial, que pueden interponerse conforme a la legislación hipotecaria.

■ que dentro de dichas causas de nulidad calificables estarán las cláusulas objetivamente abusivas, pero no las cuantitativas o subjetivamente abusivas. A este respecto puede citarse la doctrina ya vigente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que admite la calificación de las cláusulas abusivas por dejar el contrato al arbitrio de uno de los contratantes, pero no de aquéllas cuyo carácter abusivo no sea objetivo²⁹ (cuando imponga una valoración cuantitativa).

“Por otro lado, la conveniencia de adaptar la actuación de los registradores a la legislación sobre protección de los consumidores, es lo que ha impulsado al proyecto a modificar –a través de la disposición adicional segunda– los artículos 222, 233, 253 y 258 de la Ley hipotecaria, en materia de publicidad e información al consumidor³⁰.

²⁸ Cfr. artículos 98 Ley hipotecaria y 9 de su reglamento.

²⁹ “La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de septiembre de 1988 confirma la nota de calificación del registrador que había denegado la cláusula de interés variable en una escritura de préstamo hipotecario, en la que el tipo de referencia estaba constituido por el preferencial de la propia entidad acreedora, lo que era atentatorio contra lo dispuesto en el artículo 1256 del Código civil y 10 de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios”.

Sobre el ámbito de la calificación en esta materia, fuera ya de la memoria justificativa y de la posición de los más prestigiosos hipotecaristas (García García, Amorós Guardiola...), nos remitimos al estudio de Llaveró Rodríguez–Porrero, citado *infra*, y a la posición favorable del profesor Emparanza: “la labor emprendida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha dictaminado varias resoluciones sobre la eventual invalidez de cláusulas insertas en documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad” (La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español, *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, pág. 494: se remite al estudio del profesor Albiez Dohrmann “El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral, *RCDI* n.º 618, 1993, págs. 1421 y ss, para quien la calificación es inevitable.)

No obstante, la ley aprobada ha modificado el respectivo artículo. Se ha dicho (no sé si interesadamente) que supone una invasión de competencias jurisdiccionales, olvidando los artículos 66.2 de la Ley hipotecaria y 101 de su R.H. (*La calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del juez o tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento. – Si la ejecutoria que en éste recayere resultare contraria a la calificación, el registrador practicará el asiento solicitado, el cual surtirá sus efectos desde la fecha de presentación del título, si se hubiere tomado la correspondiente anotación preventiva y ésta estuviese vigente*) e incluso la existencia de los procedimientos ejecutivos extrajudiciales, donde se priva de la propiedad de un inmueble a una persona determinada.

³⁰ También se acomoda la legislación a la debida protección de datos de carácter

c) En cuanto a los corredores de comercio, se pretende utilizar su función en orden también a la debida aplicación de la Ley de condiciones generales y general de defensa de los consumidores y usuarios, y en este sentido se les atribuye funciones de información a los consumidores, pero no se establece una deber específico de advertencia, a diferencia de los notarios, dada la diferente función que ejercen unos y otros, puesta de relieve por el propio Consejo de Estado³¹.

G. Tramitación parlamentaria

En general, el proyecto de ley ha sido muy bien recibido por los partidos políticos, como demuestra, de forma incontrastable, la ausencia de enmiendas a la totalidad en ambas cámaras, y las propias enmiendas al articulado introducidas en el Congreso de Diputados, publicado en *Boletín de las Cortes Generales*, Senado, el 21 de febrero de 1998. Su necesidad y urgencia también ha quedado acreditada toda vez que la fecha límite de transposición de la directiva venció el 31 de diciembre de 1994.

Ningún partido político ha impugnado los elementos esenciales: la regulación de las condiciones generales (la "letra pequeña"), las acciones colectivas, el depósito y publicidad registral (*erga omnes*), el efecto horizontal de las sentencias (*ultra partes*), las cláusulas abusivas ("lista negra"). Las enmiendas han girado en torno a la matización o adición de algunos artículos, su modificación, su aclaración, su supresión. En torno, pues, al nivel de protección del consumidor (elevación, mantenimiento o disminución), entre otras cuestiones.

Tal vez, como novedades –entre otras muchas que se aprecian en el anexo IV–, se pueden señalar dos: con la admisión de recurso de casación en todo caso, recogida en el proyecto de ley, la distinción entre eficacia *ultra partes* y doctrina legal frente al mismo predisponente y la supresión de la exclusión del objeto de las contraprestaciones (objeto principal del contrato y su adecuación al precio, siempre que se defina de forma clara y precisa), presente en la directiva.

personal (vid. GIMENO SENDRA, Vicente, "El Registro de la propiedad y el derecho a la intimidad", en la revista *La Ley*, número 4307, 11 de junio de 1997, e Instrucciones de la DGR y N. de 29/10/1996 y 17/02/1998).

³¹ "Cfr. Dictámenes del Consejo de Estado números 484/95, página 47", (y 3194/97, págs. 67 y 68).

2. Derecho comunitario³²

Una de las cuestiones de principio que debe tenerse presente es la carencia, en general, de competencias de la Unión Europea en materia de derecho privado y, en concreto, sobre los derechos reales. Sólo aquello que afecta a las libertades comunitarias –directivas societarias– o a la protección de los consumidores es objeto de regulación. No así el derecho de familia o el de obligaciones y contratos, en general. Sólo en cuanto afecte al libre mercado, a su transparencia, a la libre competencia, como señalaba el Libro Verde antes mencionado.

A. Comisión Europea

Desde 1975, fecha en que se aprueba el Programa preliminar para una política de protección e información de los consumidores (Resolución de 14/04/1975), hasta la creación de una dirección general específica, la XXIV, pasando por la introducción en el Tratado CE de una política comunitaria expresa (Maastricht, 1992, art. 129 TCE), la Unión ha desarrollado una notable actividad, plagada de normas, en este campo. Es la competencia atributiva de su intervención en el derecho privado, fuera del control de los servicios financieros (Dirección General XV) y de la regulación sobre sociedades mercantiles.

Precisamente, de lo que se trata, ahora, es de trasponer una Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas. Directiva de mínimos y de efecto horizontal, que no excluye sectores específicos³³ y que se refiere, como es tradicional en la Unión Europea, al consumidor como persona física (a diferencia de nuestro derecho, más proteccionista: art. 1 de la LDC).

B. Comité Económico y Social.

El Comité Económico y Social, el llamado segundo Parlamento Europeo, en su dictamen sobre la propuesta de directiva (91/C 159/13), señala: “la directiva no constituirá una importante desviación del derecho contractual de nueve Estado miembros (Reino Unido, Francia, Alemania, Países Bajos, España, Portugal, Irlanda, Dinamarca y Luxemburgo), cuyas legislaciones en materia de cláusulas abusivas en los contratos incluyen unos principios muy próximos a los presentados en la directiva y que ya se están aplicando a las partes contratantes de dichos estados”. Y añade “la directiva tampoco introducirá cambios radicales en el derecho con-

³² En general, mi libro *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1994.

³³ El Segundo Programa para una política de protección e información a 108 consumidores (Resolución del Consejo de 19/05/1981) se refiere, expresamente, a las condiciones abusivas de crédito (II.B.28.1).

tractual de los tres estados miembros (Bélgica, Italia y Grecia) en los que no existe legislación específica en la materia, dado que en dichos países un cuerpo de jurisprudencia penaliza, aunque a veces con algunas dudas, las cláusulas abusivas de los contratos”.

C. Política de los consumidores

La Guía del consumidor europeo en el Mercado Único, editada por el Servicio de Política de los Consumidores de la Comisión Europea (hoy Dirección General XXIV) en 1995, destaca las siguientes cláusulas abusivas:

- Las que excluyen la responsabilidad del profesional por daños físicos o muerte del consumidor, consecuencia de la relación contractual.
- Las que limitan, en caso de incumplimiento defectuoso, parcial o total, la responsabilidad del profesional.
- Las que comprometen al consumidor en firme y no al profesional, que condiciona unilateralmente su obligación.
- Las que permiten retener cantidades abonadas, en caso de renuncia del consumidor al contrato o a su ejecución, sin establecer una cantidad equivalente para el supuesto inverso.
- Las cláusulas de penalización o indemnización desproporcionadas por incumplimiento del consumidor.
- Las que facultan al profesional para la rescisión unilateral, sin derecho correlativo, o a la retención de cantidades sin prestación efectuada.
- Las que autorizan a la finalización o extinción de contratos de duración indefinida, sin preaviso con antelación razonable.
- La prórroga automática, sin consentimiento del consumidor, en los contratos de larga duración.
- La adhesión irrenunciable a cláusulas de las que el consumidor no ha podido, en tiempo, conocer su trascendencia real.
- La alteración unilateral por el profesional de los términos del contrato, de la prestación o del servicio.
- El aumento unilateral del precio o su establecimiento en el momento de la entrega del bien o prestación del servicio.
- La reserva exclusiva de estimar cumplido el contrato o de su interpretación.
- Eximirse el profesional de la responsabilidad de sus mandatarios o supeditarla a condiciones especiales.
- Exigir el cumplimiento del consumidor, sin el correlativo del profesional.
- Cesión del contrato, con merma de garantías del consumidor, sin consentimiento de éste.

■ Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos, con sujeción a un arbitraje no regulado legalmente.

■ Inversión de la carga de la prueba.

Como dice Llaveró Rodríguez-Porrero: "El Segundo Plan trienal de acción (1993-1995) manifiesta la necesidad de crear mecanismos extra-judiciales de control, que desempeñen una labor cautelar y preventiva de los conflictos que causen al consumidor, seguridad cautelar que actuará de manera más eficiente y con un radio de acción más amplio que las acciones de mero resarcimiento una vez que las condiciones generales abusivas han causado un daño y perjuicio cuya reparación se reclama". "Y en este marco de control del contenido de las condiciones generales debe situarse la función de los notarios y de los registradores, quienes mediante el ejercicio de sus funciones de control previo de la legalidad de las cláusulas contribuyen de manera decisiva a depurar y eliminar de los contratos de adhesión aquellas cláusulas abusivas de transcendencia real que con desprecio absoluto al principio de la equivalencia de las prestaciones y de la buena fe contractual causan graves perjuicios para el consumidor"³⁴.

Sobre la protección del deudor hipotecario en los estados de la Unión Europea, la Federación Hipotecaria ante la CEE ha llegado a las siguientes conclusiones: "*Ce panorama de la protection du consommateur en matière de crédit hypothécaire dans les pays de la Communauté révèle la diversité des systèmes et pratiques en vigueur.*

Toutefois, et contrairement aux idées généralement reçues selon lesquelles il reste beaucoup à faire, on constate heureusement, grâce à des évolutions récentes, des tendances communes qui montrent que, dès à présent, un haut niveau de protection du consommateur est assuré dans le domaine du crédit hypothécaire. - Cette protection vise généralement trois objectifs principaux: l'information, la liberté de choix, la sécurité juridique...

Dans la majorité de pays européens, les législations en vigueur accordent une priorité évidente aux mesures d'information générale du consommateur par une réglementation de la publicité, dont l'objectivité est garantie par des règles issues du Droit Civil et Commercial. Pénal ou Administratif. La liberté de choix est également assurée, soit par un délai de réflexion, soit, le plus souvent, par un droit de rétractation ou plutôt un pouvoir de fait de renunciation.

Bien entendu, la sécurité du consommateur s'apprécie tant lors de la conclusion du contrat que lors de son exécution. Pour ce qui est de la conclusion, très peu de pays connaissent des contracts-types (contrats d'adhésion) et c'est la liberté contractuelle qui prévaut. Il faut noter que les contraintes prudentielles, statutaires et autres auxquelles sont soumis les prêteurs hypothécaires, garantissent un niveau de sécurité très important pour le consommateur.

³⁴ Op. cit., pág. 2.

La qualité spécifique du crédit hypothécaire est d'ailleurs essentiellement sa sécurité exceptionnelle tant pour le consommateur que pour le créancier, sécurité encore renforcée par l'intervention souvent obligatoire d'un notaire.

Enfin, l'existence de plus en plus généralisée d'association représentatives de consommateurs, ayant ou non, selon les cas, vocation nationale, mais bénéficiant de la personnalité morale et par là, du droit d'ester en justice, contribue grandement à parfaire cette protection.

Malgré tout, la Commission des Communautés Européennes a jugé nécessaire d'inclure dans son dernier Plan d'Action Triennal pour la politique de protection des consommateurs dans la C.E.E., 23 actions à entreprendre au niveau communautaire tout en respectant le principe de "subsidiarité". Quatre domaines prioritaires ont été retenus: représentation, information, sécurité et transactions des consommateurs.

La Commission a donc adopté plusieurs propositions de directives que intéressent plus particulièrement le crédit hypothécaire et notamment celles visant:

- à encourager la publicité comparative;
- à la protection des personnes à l'égard des données à caractère personnel;
- aux contrats négociés à distance;
- aux clauses abusives dans les contrats.

La Fédération Hypothécaire auprès de la CE se réjouit des initiatives de la Commission visant à accroître la transparence des conditions offertes permettant au consommateur d'exercer son libre choix.

Si la protection du consommateur doit être d'un niveau élevé, il nous apparaît cependant que quelques procédés abusifs qui peuvent encore subsister ici ou là, ne justifient pas une harmonisation lourde qui affecterait les pratiques généralement saines des établissements de crédit et qui sont de loin les plus répandues.

En particulier, une extension de la réglementation concernant les problèmes techniques et opérationnels tels que les modalités de remboursement anticipé, étroitement liés aux situations des marchés financiers et des systèmes de refinancement, poserait des problèmes de gestion, parfois insurmontables aux établissements de crédit, qui ne pourraient que se répercuter sur le coût des prêts et donc sur les consommateurs. Il faut veiller à un certain parallélisme entre les droits de l'emprunteur et ceux du prêteur garant des capitaux qu'il ère.

En conclusion, il faut sans doute éviter d'imposer à la Communauté des réglementations protectrices excessives susceptibles de se retourner contre le consommateur, le risque éventuel, dû à la mise en application sans réserve du principe de la reconnaissance mutuelle des techniques et des normes nationales, étant tempéré par la clause d'intérêt général contenue dans la deuxième directive de coordination bancaire.

Il importe de trouver un juste équilibre entre la liberté d'une part et la protection d'autre part.

*Pour sa part, la Fédération Hypothécaire, consciente de l'importante croissante attachée à la protection des consommateurs dans les pays de la Communauté, profitant des opportunités que lui sont offertes, continuera d'apporter son concours aux initiatives de la Commission dans ce domaine fondamental pour le développement du crédit dans le cadre du marché unique*³⁵.

3. Finalidad de la Ley

En nuestro derecho interno, la evolución se ha producido de forma parecida a la de otros países. Por un lado, como hemos indicado, se plantea la aprobación de una Ley de condiciones generales (borrador de la Comisión General de Codificación de 1983), en base a la doctrina legal y científica, que interpreta y aplica las normas de los códigos civil y de comercio. Por otro, se precipita –por el síndrome tóxico– la aprobación de una Ley de defensa de los consumidores y usuarios, que intenta incluir en su artículo 10 esas doctrinas, legal y científica. Es decir, en cualquier caso, existe una consolidada jurisprudencia sobre condiciones generales y cláusulas abusivas, que abarca las relaciones entre profesionales y empresarios y entre éstos y consumidores.

Vulgarizando conceptos, la finalidad de la ley no es otra que la erradicación en la contratación de la denominada, con sentido expresivo, real y gráfico, “letra pequeña”, y de las cláusulas abusivas, mediante la inclusión de una “lista negra” de ellas, de carácter enunciativo. Cláusulas que, a veces, sólo serán negras en su definición y “grises” en su noción práctica, en cuanto necesitan de la declaración judicial, subsumiendo en su dictado el supuesto de hecho concreto. Pero, para el jurista, la duda es competencia judicial, igual que la valoración cuantitativa del abuso de derecho, sólo el abuso cualitativo evidencia la presencia de una cláusula nula³⁶.

La finalidad de la ley, como hemos señalado es servir de cauce al libre mercado: libre competencia, transparencia del mercado (concurren-

³⁵ “La Protection de l’Emprunteur Hypothécaire dans les pays de la Communauté Européenne, ed. Federation Hypothécaire aupres de la C.E.E., Bruselas–1992, págs. 177–179.

El paralelismo entre la directiva y el Código civil se muestra en sus artículos 1116, 1155, 1316, 1317, 1476, 1691, 1795, 1826, también en otros como los artículos 1195, 1308, 1256, 1288 y 1154 (*vid.* “La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea, *op. cit.*, págs. 210–211). Entre nosotros, RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, estudia este sector, dentro del marco del derecho comparado de la Unión Europea y del derecho interno. En especial, “La adhesión a las condiciones generales” (cap. III, II) y “Las condiciones contractuales abusivas” (cap. III, III), págs. 199 y ss.

³⁶ *Id.* su estudio en mi libro *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1993.

cia³⁷), libre elección del consumidor y seguridad jurídica para las pequeñas y medianas empresas. Su aceptación general, la muestra la inexistencia de enmiendas a la totalidad en su tramitación parlamentaria y su vocación de ser una ley equilibrada, exenta de la noción de intervencionismo³⁸. Se cuenta, además, con una certeza: la experiencia previa de distintos estados de la Unión Europea (Alemania, Gran Bretaña, Francia, Portugal...), que valora como positivo su efecto económico. Es una ley para el mercado único europeo³⁹. La inutilidad económica de la inclusión de cláusulas abusivas, como he tenido ocasión de expresar, es evidente. Situación que refuerza el cumplimiento voluntario de su contenido⁴⁰.

³⁷ La Ley alemana contra la limitación de la concurrencia, de 27 de julio de 1957, recoge las primeras referencias a las condiciones generales (DE CASTRO y BRAVO, F., *op. cit. infra*, pág. 962).

³⁸ Se excluyó la Comisión Nacional de Control de Cláusulas Abusivas y el Registro Público de ella dependiente previstos en el borrador de anteproyecto de 1995.

³⁹ Sería absurdo que un empresario español que interviene en otro mercado estatal (Alemania, Gran Bretaña...) estuviera sujeto a normas de esta naturaleza y, correlativamente, una empresa comunitaria o extranjera que lo hace en España, en perjuicio de los consumidores españoles, no se sujetase a ellas. Decía De Castro en 1961: "La integración de la economía española en la general europea o en la mundial, el contacto con firmas extranjeras, multiplicarán los casos en los que será necesario averiguar la eficacia de las condiciones generales, fueran o no fueran sometidas a la firma del contratante" (*op. cit.*, pág. 921).

⁴⁰ Vid. mi artículo "La inutilidad económica de las cláusulas abusivas", *Expansión*, 05/12/1997: "Sólo el efecto psicológico intimidatorio, en la mayoría de los casos, justifica que el profesional incluya cláusulas abusivas en los contratos, pues en buena parte de los casos la consumación forzosa del contrato se fundamenta en la falta de pago del precio o de entrega de la contraprestación, única causa directa de ejecución, sin fase declarativa. El perjuicio del consumidor nace, sin embargo, de la imputación de gastos o de la detracción de cantidades.

En cualquier caso, el control de la nulidad de las cláusulas abusivas es judicial. Serán las sentencias del Tribunal Supremo las que aborden su declaración, tal y como ocurre en la actualidad. Ya advirtió el Comité Económico y Social de la Unión Europea que la directiva no suponía una importante desviación de nuestro derecho contractual. La doctrina legal, en base al Código civil, ha depurado la materia y muestra la directiva gran paralelismo con su dictado. La novedad, en definitiva, reside –y ello es importante– en la clarificación en materia de condiciones generales, en el reconocimiento de las acciones colectivas, en el efecto horizontal o *erga omnes* de las sentencias (efecto substantivo propio de la publicidad registral en nuestro ordenamiento jurídico y que afecta al mismo predisponente), en la tipificación enunciativa de las cláusulas abusivas... en la desjudicialización de la contratación privada en beneficio de las pequeñas y medianas y de los consumidores. A veces, a primera vista se confunden por los comentaristas ambas leyes –condiciones generales y defensa de los consumidores–, pero, enseguida, observan su articulación y correlación, según esté presente o no un consumidor. Se trata de la libertad civil, de la libre prestación del consentimiento, del restablecimiento del equilibrio contractual, de la libertad, en suma.

Como es obvio, en el intento desjudicializador, se cuenta con la colaboración de notarios y registradores, conforme al artículo 7 de la directiva, que prevé medidas extrajudiciales. Nadie comprendería, caso contrario, que el notario, redactor del do-

cumento, incluya cláusulas nulas por abusivas en los contratos, o que, como asesor jurídico, no advierta de su posible nulidad. Igualmente, en su respectivo hábito y sólo en éste, los registradores deben rechazar las cláusulas nulas por abusivas (a efectos de su inscripción), conforme al vigente artículo 18 de la Ley hipotecaria. Nadie comprendería, tampoco, que, en contra de la seguridad de los derechos y del tráfico jurídico, se inscribiesen pactos nulos, de patente nulidad (cláusulas tipificadas y sentencias del Tribunal Supremo), y que las titularidades –los derechos patrimoniales de los ciudadanos– estuviesen amenazadas de nulidad.

Por otra parte, parece que la reforma de la Ley hipotecaria sigue sin entenderse. Tal vez, por su excesiva claridad. Nadie se ha preocupado de conocer su fundamento en las normas vigentes – y vigentes hace cincuenta y catorce años–, y su efecto beneficioso para los consumidores, en cuanto impone obligaciones concretas a los registradores, tan evidentes que casi no merecen comentario. Sería retrógrado, ahora, el que no se impulsase, como se hace en la reforma propuesta, la plena informatización de los registros y su apertura a las nuevas tecnologías de las comunicaciones (intercomunicación de registradores, solicitud telemática a través de cualesquiera de ellos). Se confunden los derechos de los ciudadanos e interesados con los deberes registrales internos. El que una base de datos sea fiable, y más en materia inmobiliaria (sobre la publicidad se entrega el precio y se contrata), es requisito insoslayable de su utilidad social y pública. Por ello, el acceso directo al núcleo de la base de datos debe prohibirse: en otro caso, la publicidad que se expida, a través de ella, no valdrá nada y, además, confundirá a los interesados en su consulta. Por ejemplo, con una terminal doméstica se puede hacer una transferencia bancaria, pero por esa terminal, es obvio, no se puede acceder al núcleo central del ordenador de la entidad financiera. Este es el mismo caso. Si la base de datos contiene el fichero (hoy en ficha de cartón), su destrucción (desaparecida la ficha de cartón) supone la destrucción del archivo del registro (ninguna finca podrá encontrarse en los libros).

Por otra parte, el acceso físico a los libros está ya prohibido, para que no se destruyan los folios registrales (“cancelando” el consultante las cargas y la finca). Es un problema de conservación del archivo.

Dos reales decretos de 1983 imponen al registrador la obligación de dedicar, al menos, dos horas al día para asesorar e informar sobre aspectos registrales – y sólo registrales–. Un artículo vigente en 1996, el 355 del Reglamento hipotecario, impone el informe no vinculante: 1. Explicativo de la situación jurídico-registral de la finca. 2. Sobre el modo más conveniente de actualizar el contenido registral de conformidad con los datos aportados por el solicitante. 3. Sobre el alcance de una determinada calificación. Es decir, lo que dice el proyecto de ley, pero más barato: no es necesario pedir, a la vez, como ahora, una certificación.

El artículo 5 del Real decreto 1935/1983, de 25 de mayo, impone la obligación de asesorar e informar sobre aspectos registrales (“Todos los registradores deberán dedicar, como mínimo, dentro de las horas de oficina, dos horas para informar al público en materias relacionadas con el registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes le solicitan”). Como vemos, desde hace catorce años la “novedad” existe. La protección de datos (artículo 12 del Reglamento del Registro Mercantil) es tan evidente como necesaria, así lo entiende la Agencia de Protección de Datos y el profesor Gimeno Sendra, magistrado del Tribunal Constitucional. No creemos que sea de interés saber si una persona es o no hijo natural o adoptivo, si la causa de una anotación es delito (el no expresar violación, asesinato...). Los datos sensibles o los que afectan a la solvencia patrimonial (cargas caducadas o canceladas).

La ley vigente exige interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles, en la parte necesaria (no todo) y previo examen de los libros. En la exhibición, el Reglamento hipotecario – vigente– prohíbe la copia literal de los asientos. Es lo mismo que contiene el proyecto, clarificando la materia (circulars de 8 de abril de 1983 y

4. Tres leyes en un proyecto único

A grandes rasgos, la técnica prelegislativa se puede resumir de la siguiente forma⁴¹:

1º. Es una Ley de condiciones generales de la contratación tiene vocación de simplicidad (24 artículos) y claridad de intelección.

2º. Se distingue, con nitidez, entre "condiciones generales" y "cláusulas abusivas", también entre condiciones generales y contrato de adhesión sin condiciones generales.

3º. Su ámbito material, objetivo y subjetivo, se extiende a cualesquiera condiciones generales y a todas las relaciones jurídicas⁴². Cláusulas pre-dispuestas con la finalidad de incorporarse a un número indefinido de contratos. Sólo excluye los contratos administrativos, sucesorios, familiares y laborales.

4º. Regula las acciones colectivas declarativa, de cesación y de retractación (una vez insertas las condiciones generales en un contrato⁴³) y la acción individual de nulidad, la prescripción de aquélla y la publicidad de ambas.

12 de junio de 1985, instrucciones de 5 de febrero de 1987 y 29 de octubre de 1996; sobre presentación, Instrucción de 3 de diciembre de 1996). La obligación, lógicamente, es del registrador (¿quién expide las copias de las escrituras?, ¿los propios interesados fotocopian el Protocolo notarial?, ¿quién expide la información urbanística o la certificación catastral?, ¿quién dicta las sentencias?, ¿se pretende el autoservicio?).

Por lo demás, expresar al consumidor los derechos que le asisten frente al registrador: requisitos registrales, recursos, minuta de inscripción, medios legales de subsanación... Y calificación global y unitaria. Todo a la vez. No un defecto hoy y otro mañana (ya existe así desde 1989 en el Reglamento del Registro Mercantil). También el expresar al interesado, al consumidor, directa y gratuitamente ("observaciones"), sin perjuicio de que subsane por los medios que tenga por conveniente según su interés, los medios de subsanación. Es decir, lo que dice el Real decreto 1983 y existe para documentos judiciales y administrativos desde hace cincuenta años. Que no sea suficiente decir "infringe el párrafo 2º, inciso 3º del artículo tal", sino aporte el poder, la ratificación, las capitulaciones, acompañe la escritura... Además, el Consejo General del Poder Judicial no hizo sobre estos aspectos observación alguna...".

⁴¹ "Cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación", diario ABC, 29/09/97.

⁴² Igual que en Alemania, Portugal o Italia. Incluso en nuestro derecho vigente, según Alfaro (*op. cit.*, págs. 111 y ss. y 180): *vid.* STS. 26/05/1986 (agente de seguros y compañía aseguradora). También la Comisión General de Codificación y Rodrigo Bercoz, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (con su hermano Alberto, ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 188).

⁴³ A diferencia de lo que plantea, ahora, la doctrina francesa para su derecho interno: ampliar el ámbito a las cláusulas abusivas contenidas en libros formularios (Jean-Pierre Pizzio, *Les éditeurs de modèles de conventions et la protection contre les clauses abusives*, INC Hebdo, n.º 1015, 12/12/97, págs. 32 y ss.). En nuestro derecho, cabría pensar en la vía acción de retractación, pero siempre que hubiesen sido utilizadas por el predisponente. No obstante, parece claro que, en principio, están excluidas, según se desprende de la memoria justificativa.

5°. La publicidad de las resoluciones judiciales, declarando nulas determinadas cláusulas, y su efecto horizontal, se instrumenta a través de creación de un registro jurídico⁴⁴, cuya inscripción –la de las condiciones generales– es, por regla general, voluntaria⁴⁵, con efectos *erga omnes*, instrumento de seguridad, donde se incluyen –con carácter obligatorio– las sentencias y las anotaciones de demanda, objeto, asimismo, de publicación en el *BORME* o en un periódico de gran circulación, por decisión judicial.

6°. El ámbito territorial se articula por una norma imperativa de conexión: la residencia del adherente (arts. 3 y 5 de la Convención de Roma).

7°. Son nulas las cláusulas que infrinjan disposiciones de derecho necesario o sean abusivas.

8°. Se modifican determinados artículos de la LDC, incluyendo una disposición adicional que relaciona las cláusulas abusivas.

9°. Se establece una cláusula de aplicación preferente, dentro de la LDC.

10°. Se regula la actuación de los profesionales oficiales (notarios, corredores de comercio, registradores⁴⁶), dentro de las tres leyes (LCG, LDC y LH).

Tres niveles de concreción en el ajuste del derecho privado a las normas consumeristas: primer nivel, condiciones generales (notarios, también corredores y registradores); segundo nivel, protección de los consumidores (notarios, corredores y registradores); y tercer nivel, publicidad e información registrales.

5. Estructura y articulado

La ley se estructura en siete capítulos, que integran 24 artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El capítulo I, disposiciones generales, se compone de seis artículos: artículo 1, ámbito objetivo (definición), artículo 2, ámbito subjetivo, artículo 3, ámbito territorial, artículo 4, contratos excluidos, artículo 5, requisitos de incorporación, y 6, reglas de interpretación.

⁴⁴ *Vid.* art. 20 de la ley alemana (García Amigo, *op. cit.*, págs. 96 y ss.) y art. 94 de la ley británica (Fair Trading Act. 1973). También la ley portuguesa (elogiada por el Consejo de Estado, Dictamen n.º 2939/96).

⁴⁵ Salvo sectores específicos; previsión legal que, aún con su supresión, siempre como posibilidad hubiera existido (R.D.).

⁴⁶ "Asimismo, mis artículos: "La protección registral de los consumidores en la Directiva 93/13/CEE", *Estudios sobre Consumo*, n.º 28 (1993, y "Las cláusulas de los contratos bancarios y los derechos de los consumidores", *Noticias de la Unión Europea*, CISS, n.º 138, julio de 1996. En general, el libro *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1994.

El capítulo II, no incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales, se integra por cuatro artículos: artículo 7, no incorporación, artículo 8, nulidad, artículo 9, régimen aplicable, y artículo 10, efectos.

El capítulo III, Del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, con un artículo, el 11.

El capítulo IV, Acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales, contiene nueve artículos: artículo 12, acciones de cesación, retractación y declarativa, artículo 13, sometimiento a dictamen de conciliación, artículo 14, competencia material y tramitación del proceso, artículo 15, competencia territorial, artículo 16, legitimación activa, artículo 17, legitimación pasiva, artículo 18, intervinientes en el proceso, recurso de casación contra sentencias de cesación, artículo 19, prescripción, y 20, efectos de la sentencia.

El capítulo V, Publicidad de las sentencias, con los artículos 21, publicación, y 22, inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

El capítulo VI, Información sobre condiciones generales, con un artículo, el 23, información.

Y el capítulo VII, Régimen sancionador, artículo 24, con el mismo epígrafe.

La disposición adicional primera modifica la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, la segunda, la Ley hipotecaria, la transitoria única, aplicación y adaptación (retroacción), la derogatoria única, sobre la adicional segunda de la Ley de arbitraje, y las tres finales, en materia de título competencial, autorizaciones al Gobierno y entrada en vigor.

A. *Condiciones generales.*

El artículo 1.1 define las condiciones generales de la contratación: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

Así pues, son elementos configuradores: la predisposición y la incorporación impuesta por un contratante, con la finalidad de ser incluidas a una pluralidad de contratos (con independencia de su forma, extensión o cualesquiera otras circunstancias y aunque alguna cláusula se haya negociado individualmente o ciertos elementos de ella⁴⁷).

⁴⁷ El apartado 2 del mismo artículo aclara: “El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato”.

El artículo 2 define, por su parte, los elementos subjetivos: predisponente (profesional: persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional o empresarial, pública o privada) y adherente (persona física o jurídica, sea o no, a su vez, profesional). Es curioso que haya “sorprendido” la terminología: llamar “predisponente” al que dispone con carácter previo y “adherente” a quien se adhiere en virtud de un contrato, tradicionalmente, conocido como “de adhesión”⁴⁸.

Su ámbito territorial (artículo 3) se extiende a aquellas condiciones generales presentes en contratos sujetos a la legislación española o extranjera (si, en este caso, se emitió la declaración de voluntad en España y el adherente en ella tiene su residencia habitual), sin perjuicio de tratados o convenios internacionales (Convenio de Roma de 19/06/1980, ratificado el 07/05/1993, BOE 19/07/1993).

El artículo 4 excluye los contratos administrativos, laborales, de constitución de sociedades, sobre relaciones familiares, sucesorios, los que reflejen disposiciones o principios de convenios internacionales ratificados o regulados específicamente por disposiciones generales, de carácter obligatorio.

Los requisitos de incorporación se establecen en el artículo 5: “1. Las condiciones generales pasan a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”.

Dos supuestos especiales se añaden en los números 2 y 3: cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y cuando se trate de contratación telefónica o electrónica⁴⁹. Y una obligación general: “4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

⁴⁸ Vid. Díez-PICAZO, que utiliza los mismos términos, *op. cit.*, por ejemplo, pág. 39.

⁴⁹ “2. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito –*vid* Código civil– y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. 3. En los casos de contratación telefónica o electrónica, será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor –debe

El artículo 6 establece que, en caso de contradicción, se aplicarán las condiciones más beneficiosas para el adherente, y, en idéntico sentido, se resolverán las dudas, aplicándose, supletoriamente, las reglas del Código civil⁵⁰.

Si el adherente no ha podido conocer, de manera completa y al tiempo de la celebración del contrato, las condiciones generales, o no están firmadas, o sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles, se determina en el artículo 7 su no incorporación. Y el artículo 8, la nulidad de aquéllas que contravengan esta ley o cualquier norma imperativa o prohibitiva, en particular, las abusivas, cuando el adherente sea un consumidor. El régimen de la declaración judicial de no incorporación o nulidad de la cláusula o del contrato, así como su aclaración e integración por la sentencia estimatoria, en ejercicio de acción individual, se contiene en los artículos 9 y 10. Será competente el juez del domicilio del demandante.

El ámbito intertemporal (contratos y clausulados preexistentes) se aborda en la disposición transitoria única:

“Los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de esta ley, que contengan condiciones generales, podrán inscribirse en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, salvo que, por norma expresa, se determine la obligatoriedad de su inscripción, en cuyo caso deberán hacerlo en el plazo que indique dicha norma.

Desde la entrada en vigor de esta ley, podrán ejercitarse las acciones de cesación, de retractación y declarativa reguladas en la misma”.

La publicidad registral de las condiciones generales se establece en el artículo 11. La inscripción, siguiendo la técnica del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, se realiza mediante su depósito y con carácter voluntario, salvo que se imponga para un sector específico. En el Registro se inscriben, asimismo, obligatoriamente, las sentencias firmes estimatorias y las medidas cautelares y se anotan las demandas (*vid.* art. 22⁵¹). También la persistencia en la utilización de las condiciones declaradas nulas. Está sujeto el régimen de recursos a la legislación hipotecaria y, en consecuencia, a la jurisdicción ordinaria (algo, por otro lado, inevitable⁵²).

entenderse adherente, a menos que se trate de una excepción- justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”.

⁵⁰ En la actualidad, se contenía la norma en el art. 10, apartado 2, principio *contra stipulatorem o contra proferentem* (art. 1288 del Código civil) y de prevalencia de las cláusulas, particulares o generales, más beneficiosas para el consumidor. *Vid.* GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores y usuarios*, ed. Dykinson, Madrid, 1994. IV Cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, págs. 89 y ss.

⁵¹ “En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el juez dictará mandamiento al registrador de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo”.

⁵² Si se sigue la línea discursiva de la competencia constitucional y ministerial, se

La publicidad registral es medio de cognoscibilidad general, facilita la interposición de acciones colectivas, produce efectos *erga omnes* (por ejemplo, para notarios y registradores: art. 10.6 LDC) y *ultra partes* (las sentencias firmes estimatorias, por acción colectiva de cesación, impondrán al predisponente la eliminación de las cláusulas nulas de las condiciones generales y el deber de abstención en el futuro: art. 20.1. Y vinculará a los jueces en los términos de su número 4 como doctrina legal –fuente normativa– frente al mismo predisponente).

Por otro lado, se establece, siguiendo la recomendación del Consejo del Poder Judicial (“un tercero no investido de jurisdicción”), el dictamen de conciliación por el registrador de Condiciones Generales, con carácter potestativo (art. 13).

La disposición adicional tercera prevé la existencia de un Registro de Condiciones Generales, al menos, en la cabecera de cada tribunal de justicia. El principio constitucional de libre circulación de bienes y servicios, la unidad del mercado, la unidad de la jurisdicción, impone que la publicidad registral se articule con una estructura (disposición final segunda) similar al Registro de Venta a Plazos: un Registro Central coordinado con un Registro Provincial (para facilitar al profesional el cumplimiento o el ejercicio de sus derechos, así como al consumidor y a los legitimados en acciones colectivas los suyos). Ahora, no se habla de “provincial”, sino de uno, al menos, por Tribunal Superior de Justicia. Estructura que nunca supone ni debe suponer duplicidad, antes al contrario coordinación interna, con el mismo coste. La publicidad centralizada (facilita la consulta: una vez por diecisiete, diecinueve o veinte), sin perjuicio del acercamiento y la globalización por territorios de los tribunales de justicia. Es decir, podría ser presentación en cualquier registro de España, remisión del clausulado al territorial y de copia al central (en el Venta a Plazos, el provincial la remite directamente a éste).

Las acciones colectivas –una de las más importantes novedades de la ley– se regulan en los artículos 12 (cesación, retractación y declarativa); 14 (competencia material y tramitación del proceso: jurisdicción ordinaria, acumulación de acciones colectivas); 15 (competencia territorial: establecimiento del demandado, y, a falta de éste, su domicilio); 16 (legitimación activa: asociaciones o corporaciones empresariales, profesionales y

impugnan claramente los “esfuerzos” de algunos contra el carácter jurídico del Registro: libre circulación de bienes y servicios, unidad de mercado, obligaciones y contratos, Ministerio de Justicia, jurisdicción ordinaria, cognoscibilidad de los clausulados, efecto substantivo de la publicidad registral de las sentencias. En otro caso, ¿jurisdicción contencioso-administrativa?, ¿por qué el Poder Judicial observaba que la potestad sancionadora correspondía al Ministerio de Justicia?, ¿por qué realiza la labor prelegislativa?, ¿por qué el Consejo de Estado recomienda el Registro Mercantil Central o el Venta a Plazos?

de agricultores, cámaras de comercio, asociaciones de consumidores y usuarios, el Instituto Nacional de Consumo, los órganos autonómicos y locales correspondientes, los colegios profesionales y el Ministerio Fiscal); legitimación pasiva (profesional que las utilice o recomiende, varios profesionales de un sector o asociaciones); 18 (intervinientes en el proceso y recurso de casación); y 19 (prescripción general: plazo, dos años desde la fecha de la inscripción. La declarativa es imprescriptible). El artículo 20 se ocupa del efecto de la sentencia:

“1. La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción de cesación, impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en esta ley o en otras leyes imperativas, y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

2. Si la acción ejercitada fuera la de retractación, la sentencia impondrá al demandado la obligación de retractarse de la recomendación efectuada y de abstenerse de su recomendación futura, de aquéllas cláusulas de condiciones generales que hayan sido consideradas contrarias a derecho.

3. Si la acción ejercitada fuera la declarativa, la sentencia declarará el carácter de condición general de la cláusula o cláusulas afectadas y dispondrá su inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

4. La sentencia dictada en recurso de casación, conforme al artículo 18, párrafo 3 de esta ley, una vez constituya doctrina legal, vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente”.

La publicación del fallo de las sentencias firmes estimatorias, a costa del condenado, se dispone en el artículo 21: *BORME* o un periódico de los de mayor circulación, o en ambos medios.

Por su intervención en el tráfico jurídico, civil y mercantil, se dispone el deber de información sobre la aplicabilidad de esta ley a notarios, corredores y registradores. El notario, además, como redactor del documento, velará, advertirá que la incorporación de las condiciones ha tenido lugar por la suscripción del contrato y de las normas de interpretación de éste (arts. 5 y 6). También hará constar el carácter de condiciones generales de aquéllas que tengan tal naturaleza y estén inscritas o la manifestación contraria de los contratantes.

Finalmente, el artículo 24 establece un régimen administrativo de sanción del incumplimiento del deber de inscripción o por contravención de lo dispuesto en las sentencias. La competencia, la potestad sancionadora, tal y como aconsejó el Consejo del Poder Judicial, corresponde al Ministerio de Justicia.

B. Cláusulas abusivas⁵³

La disposición adicional primera incorpora la directiva. Para ello se modifican los siguientes artículos de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios:

1º. El artículo 2, apartado 1, letra b): “La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”. Es decir, la reforma eleva a rango de principio general de protección de los consumidores la exclusión de las cláusulas abusivas. Así, el aspecto jurídico-privado de la ley queda reflejado en su parte programática (la exclusión del abuso jurídico de derecho)⁵⁴.

2º. El nuevo artículo 10 contiene ese principio general, con amplio criterio: 1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) *Concreción, claridad y sencillez* en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de *recibo justificante*, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.

c) *Buena fe y justo equilibrio*⁵⁵ entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la *interpretación* más favorable para el consumidor.

3. Si las cláusulas tienen el carácter de *condiciones generales*, conforme a la Ley sobre condiciones generales de la contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta.

⁵³ Es lo que se suele denominar “control de fondo o control de contenido” de las condiciones generales o de los contratos de adhesión. Existe para ello, según Díez-Picazo, un control concreto (en relación con el concreto contrato establecido entre el predisponente y el adherente, y compete a este) y un control abstracto (a través de las acciones colectivas y su eficacia debe ser *erga omnes*): *op. cit.*, págs. 39-40.

⁵⁴ El ámbito contractual sujeto se contiene, con una fórmula amplia, en la nueva disposición adicional segunda. “Lo dispuesto en la presente ley será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respeta el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla”. Circunstancia que obliga al órgano competente a cumplir su imposición, no al profesional afectado (que, a su vez, deberá cumplir lo previsto en esa normativa específica).

⁵⁵ Ya hemos visto la situación de la concurrencia o no de ambos requisitos en derecho comparado.

4. Los *convenios arbitrales* establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal.

5. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta prevista en el artículo 22 de esta ley. Todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta ley.

6. Los notarios y los registradores de la Propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

Los notarios, los corredores de comercio y los registradores de la Propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia”.

En coordinación con la Ley de condiciones generales, la actualización jurídico-privada del artículo supone, recogiendo la demanda comunmente sentida por los consumidores, extender el efecto *erga omnes* de la publicidad registral de las sentencias, imponiendo una prohibición a notarios y registradores, sin perjuicio del establecimiento del deber activo de información, que comparten con los corredores. Efecto horizontal (*erga omnes*), pues, que refuerza el cumplimiento de las sentencias y se articula en una doble vía: artículo 10.6, para notarios y registradores (sólo se necesita sentencia inscrita, cualquier sentencia); artículo 20, para jueces y tribunales (efecto prejudicial –art. 20.1, excepción de cosa juzgada– y *ultra partes* –art. 20.4, fuente normativa aplicable al mismo predisponente⁵⁶).

⁵⁶ Frente a éste, la doctrina legal opera como norma específica, como *lex contractus*, ahora fuente primaria de aplicación directa por el juez o tribunal, excluyendo el litigio.

En la redacción originaria, se dejaba en manos del predisponente la facultad de recurrir en casación, pero la sentencia firme estimatoria afectaba a todas las cláusulas iguales. Ahora, esta singular “doctrina legal” no puede entenderse como garantía para el predisponente que no recurre en casación para no extender los efectos de la sentencia estimatoria firme a todos los contratos suscritos o por suscribir, dada la obligación contenida en el art. 20.1. De otra forma, bastaría no recurrir en casación para evitar el efecto *ultra partes* y obligar tanto a los consumidores como a los legitimados para el ejercicio de la acción colectiva a interponer tanto recursos judiciales como contratos se hayan firmado. La acción colectiva pasaría a ser individual. Y al predisponente

3°. El artículo 10bis se refiere a la nulidad de las cláusulas declaradas nulas por disposición legal o judicial: "1. Se considerarán *cláusulas abusivas* todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. *En todo caso* se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa⁵⁷.

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil. A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa

puede interesarle dificultar el efecto de aquella sentencia firme sobre otros contratos, a sabiendas de que un alto porcentaje de consumidores, por razón de la cuantía del contrato, no reclamará.

⁵⁷ En el Congreso se suprimió el siguiente párrafo: "Tal apreciación no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible". Ello, obviamente, no puede referirse sino a la apreciación de cuestiones circunstanciales, pues nunca podrá la declaración judicial sustituir el objeto principal del contrato ni el precio, determinante siempre de su nulidad absoluta por error obstativo (sin posibilidad de moderación o integración).

El párrafo aparecía en la directiva y su supresión como elevación del nivel de protección del consumidor no puede suponer la "suplantación" de la parte esencial del contrato (contraprestación). Sería inconstitucional (afecta al libre mercado: libre competencia). En consecuencia, sólo puede tratarse de elementos accesorios (el interés, por ejemplo, que es a lo que se refería la enmienda de supresión).

Vid. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 41: "Conviene puntualizar que la definición de "cláusulas abusivas" se refiere al contenido contractual, con exclusión de las prestaciones esenciales de las partes...".

en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

3. Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”.

4. Se mantiene la previsión anterior sobre peso y medida, transparencia del precio y los servicios postventa, trasladándola al artículo 23, párrafo final. Asimismo, el artículo 34, apartado 9, coordinado con el párrafo segundo artículo 24 de la Ley de condiciones generales, prevé el régimen sancionador.

5. Se declaran abusivas las cláusulas que infrinjan lo prevenido en la relación que se contiene en la disposición adicional (abuso objetivo y subjetivo, cualitativo y cuantitativo). Como en cualquier otro derecho (cfr. el portugués), la lista negra siempre presupone la labor judicial de integración del supuesto de hecho en la norma. La tutela judicial efectiva siempre tendrá lugar. Unas cláusulas son claramente apreciables y otras se acompañan de elementos circunstanciales. Es lo que denominamos abuso objetivo y subjetivo, o cualitativo y cuantitativo. Las cláusulas se agrupan en cinco apartados: vinculación del contrato a la voluntad del profesional, privación de derechos básicos del consumidor, falta de reciprocidad, sobregarantías y otras.

C. Publicidad registral⁵⁸

Como no podría ser de otra forma y es en la realidad jurídica de las normas vigentes, la nulidad, la moderación, la integración del contrato es –y seguirá siendo– competencia judicial exclusiva. También es lugar común que aquellos profesionales que ejercen funciones públicas en cuanto su actuación extrajudicial se basa, precisamente, en el amparo y salvaguarda de jueces y tribunales, deben coadyuvar al cumplimiento voluntario de los contratos (desjudicialización) y colaborar con la función jurisdiccional. Por tanto, basta recordar el artículo 66 de la Ley hipotecaria o el 101 de su reglamento para reconocer que la validez del título, de la cláusula o del derecho no inscrito siempre admite la revisión judicial. Más aún, las propias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del

⁵⁸ Vid. MARTÍNEZ SANTIAGO, José M., “En torno a la publicidad registral inmobiliaria”, discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, 1997, (sobre la publicidad formal, págs. 46 y ss.; sobre la exhibición de los libros, págs. 52–56, sobre la informatización de los archivos, págs. 68–71). Publicado, asimismo, en la *RCDI* n.º 644, 1998, págs. 117–176. También el discurso del prof. Aurim Guardiola para su ingreso en la R.A. de J. y L.

Notariado, dentro de los actos de jurisdicción voluntaria (como reconoce la exposición de motivos de esta ley), también, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 1161/1994, de 22 de diciembre. Hilo conductor que lleva a una serie de conclusiones en el marco de la nueva ley:

1º. Se trata de una ley de derecho privado, dentro de las competencias exclusivas del Estado, y, en consecuencia –como ha ocurrido– la tarea prelegislativa, dentro del Gobierno, corresponde al Ministerio de Justicia y no a Sanidad y Consumo.

2º. El Ministerio de Justicia en su Programa de actuación 1996–2000 tiene señalado como objetivo prioritario proponer, potenciar y adoptar, dentro de las respectivas competencias, las reformas necesarias para que la Administración de Justicia en España esté dotada de los medios personales, materiales, de formación y jurídicos adecuados. La reforma, pues, de las leyes procesales y substantivas, como herramienta de trabajo de jueces y tribunales, debe producir varios efectos: reducir pleitos, simplificar procesos, agilizar la solución de conflictos.

3º. Para el cumplimiento de ese objetivo, deben ponerse a su servicio todos los medios o instrumentos existentes, desde la conciliación o el arbitraje, a la jurisdicción voluntaria, y, dada su transcendencia social, económica y jurídica, el tráfico privado tiene que contar con quienes en él intervienen sin ser parte en la relación contractual. Es decir, con notarios, corredores y registradores. En concreto, en materia inmobiliaria (derecho constitucional a una vivienda digna), por su importancia subjetiva para los ciudadanos, notarios y registradores deben colaborar eficazmente con la justicia.

4º. El notario, como jurista y redactor de los instrumentos públicos, debe aportar diversos elementos a este objetivo: la certeza de la incorporación al contrato de las condiciones generales, la advertencia de las reglas de interpretación y la exclusión de las cláusulas nulas. Redactar, también, con claridad y sencillez, con transparencia y concreción. Todo ello en línea con el cumplimiento voluntario de las obligaciones y del ejercicio de los derechos.

5º. El registrador, como jurista y redactor de los asientos, debe, asimismo, calificar la validez del contrato, del acto dispositivo, del derecho, (*vid.* art. 18 de la Ley hipotecaria⁵⁹) y de las cláusulas inscribibles (los pactos personales están excluidos: arts. 98 de dicha ley y 98 y 434, párrafo 5, de su reglamento); y, a un tiempo, debe facilitar y calificar el contenido de los asientos (protección de datos y de los consumidores) en orden

⁵⁹ Art. 101 del Reglamento hipotecario: “La calificación de los documentos presentados en el registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los tribunales sobre la validez o nulidad del título....”.

a la publicidad formal que expida, asegurando la claridad, sencillez, transparencia, la veracidad de la información y inalterabilidad de sus archivos (libros, bases de datos), estableciendo deberes específicos frente a cualquier persona interesada en la inscripción de su derecho (antes, durante y una vez practicado el asiento).

6°. Si el artículo 23 de la Ley de condiciones generales se refiere a la redacción del contrato, principalmente, y el 10.6 de la Ley de defensa de los consumidores a la inadmisión de las cláusulas declaradas judicialmente nulas, el tercer nivel de concreción de la reforma del derecho privado en esta materia se incluye en la correlativa de la Ley hipotecaria. Así se coordinan las tres leyes, integrándose una en la otra para formar las normas generales aplicables al caso o supuesto de hecho.

Este enfoque, ínsito en disposiciones vigentes de distinto rango, se encuadra en la práctica diaria y comprobada, sin buscar nuevas fórmulas carentes de previa evaluación. Si releemos, pues, los reales decretos 1935/1983, de 25 de mayo⁶⁰, 3503/1983, de 21 de diciembre⁶¹, las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1987, 29 de octubre de 1996 y 17 de febrero de 1998, las circulares de 8 de abril de 1983 y 12 de junio de 1985⁶², el nuevo Reglamento del Registro Mercantil (R.D. 1784/1996, de 19 de julio), en especial, el artículo 12, o la propia Ley hipotecaria vigente y su reglamento⁶³, comprobaremos el fundamento de aquel aserto. La adaptación de la Ley hipotecaria a los nuevos requerimientos sociales (protección de los consumidores, pro-

⁶⁰ Preámbulo: "...Asimismo, parece conveniente establecer un tiempo diario en que el registrador deberá atender directamente al público para *informarle o asesorarle en materias relacionadas con el Registro*". Y el artículo 5 párrafo primero, dispone: "Todos los registradores deberán dedicar como mínimo, dentro de las horas de oficina, dos horas diarias para informar al público en materias relacionadas con el registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la solicitan."

⁶¹ Preámbulo: "...parece conveniente potenciar la función del registrador en un doble sentido: por un lado, adoptando sistemas en los que *publicidad registral traiga consigo una actuación activa de información por parte del Registro*, lo que indudablemente supone una mayor comodidad para el destinatario de la publicidad registral, y por otro, aprovechando *el carácter profesional del derecho del registrador* para la emisión de *informes explicativos de la situación de las fincas o derechos inscritos...*". En consecuencia, el vigente artículo 355.1 del Reglamento hipotecario: "Mediante petición expresa y por escrito (...) podrá solicitarse que el registrador emita un breve informe no vinculante, explicativo de la situación jurídico-registral de la finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral de conformidad con los datos aportados por el solicitante, o bien sobre el alcance de una determinada calificación registral".

⁶² Publicadas todas ellas –a excepción de la Instrucción de 1998– en el *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña* 76/97, págs. 61 y ss. (distribuido por M. Pons ed.).

⁶³ *Vid.* arts. 221, 222, 225 y 233 de la ley y 332, 333 y 334 de su reglamento.

tección de datos, solicitud telemática, intercomunicación de registradores, libre elección...), se integra, como una necesidad, en el ámbito de la nueva ley, con la seguridad del conocimiento de la eficacia práctica de su implantación.

El nuevo artículo 222, "De la información registral", se divide en ocho apartados: primero, norma general de información; segundo, principio de publicidad directa, medios formales de dar publicidad (nota y certificación) y conservación e integridad de los archivos, especialmente, bases de datos (exclusión de registros paralelos), tercero, valor jurídico de la información (protección de los consumidores); cuarto, claridad y sencillez de la publicidad formal (protección de los consumidores); quinto, definición de la nota simple informativa (protección de los consumidores, campos informáticos); sexto, protección de la intimidad y privacidad⁶⁴;

⁶⁴ ORTI VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática* (Tutela de la persona por el uso de fichero y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada), ed. Comares, Granada, 1994: "Ni que decir tiene que el día que el Registro Civil quede informatizado, teniendo en cuenta el carácter restringido de su publicidad habrá de extremarse el cuidado en la custodia y manejo de los datos, dada la mayor facilidad del acceso a los mismos. Es de esperar que la DGRN adopte pronto las necesarias cautelas, a tenor de la falta de sometimiento de los ficheros del Registro Civil a la LORTAD y la inaplicabilidad de las garantías que establece a favor de los afectados" (págs. 100-101). "...Registro de la Propiedad... hay que recordar que la publicidad registral no es ilimitada....- interés conocido...-O sea, que el registrador dispone de la prerrogativa de negarse a otorgar publicidad. Y que mejor fundamento el peligro para la intimidad, pues desde nuestro punto de vista, *para los particulares, el Registro*, tal como establece la Resolución de la DGRN de 22 febrero 1991, *está limitado a la información que sea acorde con su objetivo. que es la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y el fomento del crédito territorial*. En nuestra opinión, la creciente, inevitable y conveniente informatización de las oficinas registrales exige una *renovada lectura* de los preceptos de la legislación hipotecaria, que imponen *límites a la publicidad*. La razón...: los datos del Registro de la Propiedad en sí mismos no son íntimos en absoluto, pero pueden llegar a serlo cuando se ponen en conexión unos con otros y mucho más si se relacionan con informaciones de otra índole. De ahí que el registrador, pensamos, pueda y deba *abstenerse* de suministrar la información o limitar la misma, cuando la soliciten personas que presumiblemente persigan *intereses distintos a la función y finalidad de la oficina del Registro*. No obstante, resulta harto dudoso que el registrador esté obligado a facilitar la publicidad registral en el caso de una hipotética colisión con la libertad de información por tratarse de datos registrales relativos a una persona de notoriedad pública, dada la prevalencia del derecho a la información. La razón es bien sencilla, el registrador ni tiene medios ni es la instancia adecuada para calibrar el interés general de la noticia, que es lo que da prevalencia al derecho a la información -*vid. infra* en este estudio la STSJ de Andalucía, anexo III.

En lo que concierne al Registro Mercantil (...) la exclusión del mismo de la LORTAD deriva de su finalidad también pública. No hay en el RRM (...) límites legalmente establecidos a la publicidad...por más que los argumentos que hemos hecho para el Registro de la Propiedad sean trasladables al Mercantil..." Prosigue estudiando Orti Vallejo los ficheros de índices, generales y particulares y añade: "De todas maneras, pensamos que la LORTAD debería haber establecido en relación al Registro de la Propiedad y Mercantil, lo mismo que ha efectuado con el Registro Civil. O sea, remitirse de plano

séptimo, información al consumidor sobre un supuesto concreto; y octavo, libre elección de registrador a efecto de nota simple informativa e intercomunicación de registradores (protección del consumidor).

El nuevo artículo 253 de la Ley hipotecaria se compone de tres apartados: primero y segundo, la nota de inscripción debe contener elementos básicos para conocer las operaciones registrales realizadas, la extensión y titularidad del derecho inscrito, así como la situación jurídica en que se encuentra la finca (protección del consumidor, transparencia); y tercero, medios de subsanación de defectos, observaciones y dictámenes (protección del consumidor).

Finalmente, el nuevo artículo 258 de la ley, "De la información y protección al consumidor", contiene cinco apartados: primero, la información genérica sobre las normas registrales (es el derecho básico del consumidor: la información más elemental frente al artículo 222.7); segundo, la denegación de las cláusulas declaradas nulas por abusivas (remisión al artículo 10bis de la Ley general ahora, también, reformada, artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE); tercero, minuta de inscripción (redacción actual del artículo); cuarto, denegación del asiento de presentación; y cinco, calificación, a efectos de inscripción y de publicidad formal, global y unitaria (todos los defectos o toda la nota o certificación a la vez, sin posibles calificaciones o adiciones posteriores).

Los principios de publicidad formal (publicidad directa, publicidad jurídica y publicidad profesional) se recogen en la Instrucción de 17 de febrero de 1998, que dice:

La publicidad formal de los asientos registrales, tanto en el ámbito de los registros de la Propiedad como Mercantiles, como único medio legalmente establecido para conocer la situación jurídica de los bienes inmuebles y de las sociedades y demás sujetos inscribibles, se ajusta a los siguientes principios:

1º. *Publicidad jurídica*. La finalidad de la publicidad formal es la de probar, judicial y extrajudicialmente, la existencia, extensión y límites del derecho inscrito y que su titular es el único legitimado para disponer de él (efectos defensivo y ofensivo), así como la de agilizar el tráfico jurídico y dar certeza a la contratación, haciendo posible en el ámbito inmobiliario y mercantil el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución (artículo 9).

a la legislación especial pertinente...". Y su previsión ulterior de informatización se ha cumplido, e, incluso, respecto de los ficheros convencionales o manuales en virtud de la directiva. También alude a los registros de Venta a Plazos, Hipoteca Mobiliaria... (págs. 102-106). Hoy la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre protección jurídica de las bases de datos se digna de tomarse en consideración en esta materia (registros privados paralelos).

Los registros de la Propiedad, los registros Mercantiles, el Registro Mercantil Central, el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (a integrar en el Registro de Bienes Muebles), los registros de buques y aeronaves, y los registros de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento son registros de valor jurídico destinados no sólo a la difusión general de su contenido, sino a la atribución a los derechos inscritos de su plenitud de efectos, en favor de su titular y en aras, también, de la agilidad y de la seguridad en la contratación con terceros.

La publicidad formal de los asientos registrales es así una publicidad jurídica, en cuanto que constituye el medio técnico jurídico que permite el desenvolvimiento de los especiales y naturales efectos que al derecho inscrito atribuye nuestro Ordenamiento jurídico (publicidad civil y mercantil organizadas).

Si rigurosos son los requisitos de acceso de los derechos al registro, en aras de la solidez de los pronunciamientos registrales (titulación auténtica, calificación registral, tracto sucesivo), también deben serlo los requisitos de control de la veracidad y exactitud de la información suministrada (en otro caso, crearía confusión e inseguridad jurídica a quienes contratan con base en la misma), así como su alcance en relación con el interés del solicitante (que en el ámbito mercantil se presume), todo ello bajo la exclusiva responsabilidad del registrador, como titular del archivo (artículos 222, 227 y 233 de la Ley hipotecaria, 332 y 335 de su reglamento, 23.1 del Código de comercio, y 77 y 78 del Reglamento del Registro Mercantil), de igual suerte que al notario corresponde la expedición de las copias autorizadas y simples del protocolo o archivo notarial.

2º. *Publicidad directa.* El conocimiento de los asientos registrales debe estar al alcance de cualquier interesado, de manera efectiva, y sin necesidad de tener que acudir –con un coste añadido– a la intervención obligada de empresas o profesionales para su obtención, sin perjuicio del derecho de aquél de hacerlo voluntariamente si lo considera conveniente.

La posibilidad de acceso directo a la publicidad formal en ningún caso significa que se acceda directamente a la base de datos de los registradores, de forma que puedan los archivos ser alterados, manipulados, borrados o vaciados. Ello iría en contra de la finalidad del propio registro y del entero sistema registral diseñado por nuestro Ordenamiento jurídico, basado en la seguridad de los pronunciamientos registrales. Los registradores de la Propiedad y mercantiles deben así adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias que garanticen la integridad de los datos contenidos en sus archivos y evitar su alteración, pérdida o destrucción. Es decir, una cosa es la plena libertad en la solicitud de información, por cualquier medio, físico o telemático, y otra el acceso al núcleo central de la base de datos o demás componentes del archivo.

Publicidad directa significa celeridad en la obtención de la informa-

ción solicitada, bajo el control profesional del registrador que asegure su adecuación a los asientos registrales (veracidad de la información). Ello implica la necesidad de incorporar a los registros las nuevas tecnologías para que se pueda emitir la publicidad formal en tiempo real con las debidas garantías. De ahí la obligación de profundizar en el proceso de informatización de los registros, permitiendo la comunicación del interesado con el registrador de forma telemática, así como la expedición por aquél de la publicidad formal a través de fax, correo electrónico u otros medios que conjuguen los citados criterios de eficacia y celeridad con el de veracidad (control profesional) de la información suministrada (*vid.* O.M. 10/06/1997). Entre ellos, de forma imperativa, la ruptura instantánea entre nexo de solicitud y respuesta, surgiendo ésta de la simultánea remisión por el registrador. El tiempo real debe ser un tiempo real jurídico, exento de inseguridad (la mera posibilidad teórica de manipulación de la información generaría el cuestionamiento de la fiabilidad –veracidad jurídica– del sistema).

3º. *Publicidad profesional.* La publicidad formal de los asientos registrales no podrá consistir en dar conocimiento indiscriminado del patrimonio de las personas o publicidad en masa. Quien desee obtener información de los asientos deberá acreditar al registrador que tiene interés legítimo en ello, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral, si bien en el ámbito mercantil dicho interés se presume.

Los registradores serán responsables de que la publicidad formal refleje fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, sin extenderse a más de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante. A este respecto la publicidad formal no puede consistir en la mera reproducción xerográfica o literal de los asientos registrales (*vid.* arts. 233 de la Ley hipotecaria y 334 de su reglamento), sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales o de la literalidad de determinados extremos en que el solicitante esté interesado.

Los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral (*vid.* exposición de motivos de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal). Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquél a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes.

Reducida, en nuestro sistema, por razones de seguridad, eficacia, eficiencia y economicidad, la investigación jurídica de la propiedad y de las

empresas a la mera solicitud de publicidad formal, es preciso cohonestar ésta con la finalidad que le atribuyen las normas. Se consideran, pues, finalidades de la institución registral la investigación –jurídica, en sentido amplio– patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales (objeto, titularidad, limitaciones, representación ...), pero no la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en el registro, de manera que el registrador sólo podrá dar publicidad de los mismos si se cumplen las normas sobre protección de datos (art. 18.4 de la Constitución *habeas data*, *vid.* STC 254/1993). Para su interpretación, el registrador cuenta con el protocolo de colaboración entre la Agencia de Protección de Datos y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (03/11/1994).

En el caso de la publicidad inmobiliaria (donde existe la excepcional posibilidad de manifestación por exhibición mediata de los libros: *vid.* art. 334 del Reglamento hipotecario e Instrucción de 05/02/1987, norma quinta) es al registrador de la Propiedad a quien corresponde determinar y elegir, de entre todas las posibles, cuál va a ser la forma de manifestación del registro (exhibición o nota simple). Potestad de elección reconocida por el Ordenamiento jurídico (como establecen el artículo 332.2 del Reglamento hipotecario y numerosas resoluciones de esta Dirección General, así como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12/03/1997), que supone determinar libremente la forma de manifestación más adecuada en la que se conjuguen y se tengan en cuenta varios fines, como son el principio de publicidad del registro, el derecho a obtener por quien tenga interés legítimo información registral, y el principio de causar el menor daño posible a la conservación de los libros y garantizar la integridad de sus bases de datos, así como aplicar las normas sobre protección de datos antes expresadas.

Por otro lado, en orden a la protección de los intereses jurídicos y económicos de los consumidores (art. 51 de la Constitución y art. 1 de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios), la publicidad registral deberá expresarse con claridad y sencillez, haciendo constar su valor jurídico (claridad gráfica, claridad de conceptos, valor meramente informativo: *vid.* Instrucción de 05/02/1987, norma quinta). Evidentemente, sólo la certificación da fe del contenido de los asientos (arts. 225 de la Ley hipotecaria y 23.1 del Código de comercio).

Estos principios han sido acogidos y puestos de manifiesto reiteradamente por esta Dirección General.

La Resolución–circular de 8 de abril de 1983 sobre publicidad formal de los registros reguló el control de la identidad de los solicitantes legítimamente interesados y adoptó medidas de conservación, seguridad e integridad de los libros del registro.

En ella se recordó que

“...Los registradores deben tomar las medidas necesarias, en cada caso, para armonizar las facilidades que han de darse a quienes tengan interés conforme a la ley en la obtención de la publicidad registral con la seguridad, integridad y conservación de los libros del registro. Por otro lado, la expresada finalidad de publicidad puede desvirtuarse si no existe interés legítimo en la consulta de los libros registrales (...) Los registradores podrán, cuando las circunstancias así lo aconsejen, establecer algún tipo de control de la identidad de los que solicitan la manifestación de los libros del registro, de manera que quede en la oficina información de los que, cada día, hayan examinado dichos libros (...) Los registradores deberán tomar las precauciones adecuadas para que la facilidad del conocimiento del contenido de los asientos (...) no se utilice por personas o empresas que, con falsa apariencia de interés legítimo, funcionan como oficinas de publicidad inmobiliaria, paralelas al registro, con finalidad de lucro, y originando un tráfico, incluso ilegal, de información, que con frecuencia es inexacto, y, por ello, rechazable, por ser el registro el instrumento de publicidad que debe ser directamente utilizado. En consecuencia, cuando el que solicita la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello por quien lo es, debe acreditar, a satisfacción del registrador, dicho encargo”.

La Resolución-circular de 12 de junio de 1985 sobre publicidad formal de los registros dijo al respecto lo siguiente:

“... como ya indicó este Centro Directivo en la Resolución de 8 de abril de 1983, la aparición de personas o empresas que, con falsa apariencia de interés legítimo, funcionan como oficinas de publicidad inmobiliaria, paralelas al registro, con finalidad de lucro, y originando un tráfico, incluso ilegal, de información, que con frecuencia es inexacto, y, por ello, rechazable, por ser el registro el instrumento de publicidad que debe ser directamente utilizado. A todo ello se une la necesidad de salvaguardar la integridad de la información contenida en los libros y de que dicha información sea puesta sólo a disposición de quien tenga interés legítimo en su conocimiento, con la máxima exactitud y rapidez (...). Los registradores, cuando las circunstancias lo aconsejen, establecerán el tipo de control que estimen oportuno sobre la identidad y datos personales de quienes soliciten la manifestación de los libros de manera que quede en la oficina información suficiente de las personas que cada día hayan examinado dichos libros u obtenido notas simples (...) Cuando el que solicite la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello, deberá acreditar a satisfacción del registrador dicho encargo. Podrá dispensarse de la justificación del encargo a profesionales del derecho, oficinas públicas y entidades financieras cuando la información que directamente soliciten se refiera a personas o fincas concretas relacionadas con la legítima actividad de tales profesionales, oficinas o entidades. Se considerará carentes de interés legítimo a aquellos que a juicio del registrador pretenden acceder a la información contenida en los libros del registro con la finalidad de comercializar por cualquier procedimiento la propia información

obtenida.... ". Por otro lado, es obvio que el contenido de los asientos es intrínsecamente variable (actos o negocios jurídicos posteriores, embargos...) Y, por tanto, la captura para su comercialización o reventa perjudica los intereses económicos y jurídicos de los consumidores e interesados en la información registral.

La Instrucción de 5 de febrero de 1987, sobre publicidad en los registros de la Propiedad estableció que

"... se pondrá de manifiesto el contenido de los libros del registro a quienes tengan interés, a juicio del registrador, en conocer el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos. El registrador podrá dispensar la justificación del interés a las personas o entidades cuando la obtención de la información registral constituya el objeto específico de sus actividades profesionales o empresariales o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento (entidades y organismos públicos, entidades financieras, profesionales del derecho, detectives, gestores, agentes de la propiedad inmobiliaria, informadores comerciales, verificadores de fincas y demás profesionales que desempeñen actividades similares). Cuando la persona o entidad que solicite la información registral no sea portadora de un interés directo, el registrador podrá exigirle la acreditación del encargo recibido y la concreción de éste a personas o fincas determinadas (...). Los registradores establecerán el tipo de control que estimen oportuno acerca de la identidad y datos personales de quienes solicitan la manifestación de los libros del registro, de manera que quede en la oficina información suficiente de las personas que cada día hayan examinado los libros u obtenido notas simples de su contenido..."

La Instrucción de 29 de octubre de 1996 ha ordenado la recuperación e incorporación a los índices informatizados de los registradores de todos los datos necesarios de las fincas con asientos posteriores a 1950, que deberá efectuarse antes del 31 de diciembre de 1998, y acordó la necesaria intercomunicación entre sí de los registradores de la Propiedad y mercantiles a los efectos de solicitud y recepción de notas simples (*vid.* O.M. de 10/06/1997). Asimismo define el contenido de la nota simple, único medio de incorporar, uniformemente, a las bases de datos el contenido jurídico esencial de los asientos (definición de los campos informáticos) y coordinar, a un tiempo, la nueva tecnología de las telecomunicaciones con la protección de datos de carácter personal y la protección del consumidor. Si el interesado solicita conocer otro extremo circunstancial deberá advertirlo expresamente.

A ello debemos añadir la reciente reforma del Reglamento hipotecario por R.D. 1867/98, de 4 de septiembre (arts. 332-334 y 355)

Como ha destacado Bourgoignie, al relacionar el derecho de consumo con el derecho privado:

☞ Derecho civil:

“Puesto que la función de consumir se ejerce generalmente mediante el establecimiento de intercambios de consumo formalizados en forma de contratos –principalmente compraventa y contrato de empresa– las disposiciones del derecho de obligaciones y contratos encuentran en el campo del consumo un marco natural de aplicación. El recurso a determinados principios generales del derecho civil, tales como el orden público y las buenas costumbres (CC, art. 1133), la buena fe (CC, art. 1134, párr. 3), la lesión (CC, art. 1118) y el abuso del derecho, permite establecer un cierto control abstracto de los abusos en los intercambios de consumo, procurando aumentar la obligación de información a cargo del profesional con respecto al consumidor en la fase precontractual del intercambio, así como corregir los desequilibrios derivados del empleo de cláusulas abusivas o desproporcionadas en las condiciones del contrato.

Por otra parte, la utilización de bienes y servicios puestos en el mercado y destinados al consumidor, queda cubierta por principios de responsabilidad establecidos mediante las reglas del derecho civil, que delimitarán las responsabilidades de fabricantes, distribuidores, vendedores, prestadores de servicios y consumidores, en el momento en que un producto o servicio se revele peligroso para la salud o la seguridad del usuario, o simplemente defectuoso al no responder al uso que cabría esperar de él”.

☞ Derecho mercantil:

“El derecho del consumo, como hemos visto, excluye de su campo de aplicación las relaciones establecidas entre dos profesionales, salvo en situaciones en que uno de ellos actúa en calidad de consumidor, en el marco de dicha transacción. Las relaciones establecidas dentro del campo del derecho del consumo que se presentan, generalmente, como actos mixtos, se aplicarán en cierta medida, por ejemplo en materia de prueba. Además, se imponen varias obligaciones, tanto al acceso a la actividad comercial como al ejercicio de ésta, referentes directa o indirectamente, de manera positiva o negativa, a la situación de los consumidores. Se trata sobre todo de: (i) reglas que prescriben las condiciones de acceso a la profesión en determinados sectores de actividad de pequeñas y medianas empresas, que puedan mejorar la competencia profesional del prestador partiendo de la calidad del servicio prestado al consumidor, pero cuyo efecto restrictivo sobre la estructura competitiva del mercado es evidente; (ii) y de medidas de consentimiento o autorización previas, impuestas por el legislador para el ejercicio de determinadas actividades, tales como seguros, transporte, organización de viajes, servicios bancarios y financieros, para la fabricación, importación o distribución de múltiples mercancías, tales como los automóviles, medicamentos, productos alimenticios, cosméticos y aparatos eléctricos y para el recurso a ciertas modalidades de venta, por ejemplo, las ventas a plazos y su financiación, las ventas en liquidación, las ofertas conjuntas y el comercio ambulante. Del mismo modo, existen disposiciones que pretenden, sobre todo mediante la legislación sobre publicidad, prác-

ticas comerciales y competencia desleal, proteger el comercio contra todo ataque susceptible de perjudicar los intereses del comerciante, tales como la apropiación de clientela por medios ilícitos, el recurso de publicidad comparativa o parasitaria, la liquidación de precios, el boicot y la negativa de venta.


Queda por señalar que el derecho del consumo no puede limitar su marco de aplicación únicamente a la comercialización, según lo pretende el Código de comercio. El acceso a un derecho del consumo difumina la distinción tradicional, establecida por el derecho privado, entre derecho civil y derecho mercantil. Esta divergencia no puede mantenerse ante los imperativos del orden público de protección. “Este se interesa, como hemos visto, por todo operador económico en el seno del mercado y le importa poco que el profesional en cuestión posea la categoría de artesano, comerciante, titular de una profesión liberal, de una sociedad anónima o de una asociación sin ánimo de lucro”.

▣ Derecho procesal:

“Como hemos visto anteriormente, para el derecho del consumo, el acceso a la justicia es un componente esencial de sus intervenciones e incluso la condición de eficacia para sus iniciativas. Se trata de asegurar que la organización judicial y los procedimientos de resolución de conflictos establecidos, permitan la expresión por parte de los consumidores, bien actúen aislados, o en grupo, de sus demandas y denuncias. A este efecto, se requieren reglas simplificadas que faciliten, aceleren, hagan menos ilusoria la resolución de litigios, y que impliquen, a nivel individual, una pretensión económica menor; de la misma manera, se pretende emplear nuevos instrumentos que tengan en cuenta, en el campo judicial, la dimensión colectiva de las pretensiones del consumo y que autoricen la representación jurisdiccional de los intereses colectivos de los consumidores. La función de juzgar en sí misma requiere un juez activo, coautor del cambio y que desempeñe un papel de entrenador más que de árbitro⁶⁵.”

En definitiva, entendemos que esta es la finalidad de la nueva ley, con esos tres niveles de concreción advertidos (obligaciones y contratos, cláusulas abusivas, orden público inmobiliario), necesariamente relacionados. Es lógico que el que la directiva tenga un objetivo más reducido (directiva de mínimos, falta de competencia general en la materia por parte de la Unión Europea –art. 222 del Tratado CE) no tiene nada que ver con la voluntad soberana del legislador y su encuadre en el ordenamiento jurídico total. La propia exposición de motivos de la ley dice: “La presente ley tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de la condiciones generales de la contratación... La disposición adicional segunda modifica la

⁶⁵ *Op. cit supra*, págs. 174–179.

Ley hipotecaria para acomodar las obligaciones profesionales de los registradores de la Propiedad a la normativa sobre protección al consumidor y sobre condiciones generales, adecuando a las mismas y a la legislación sobre protección de datos de las labores de calificación, información y publicidad formal". 

CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN OU REDUCCIÓN DE RESPONSABILIDADE NA LEI SOBRE CONDICIÓN XERAIS DA CONTRATACIÓN

Domingo Bello Janeiro

Director da EGAP

1. Preliminar: normativa e ámbito de aplicación

No presente relatorio, e como advertencia previa, preténdese dar conta, con carácter eminentemente práctico, das decisións xudiciais máis relevantes que se viñeron producindo con ocasión dos litixios formulados como consecuencia da inserción de cláusulas de exclusión ou redución de responsabilidade na moderna contratación. E son de preferente interese aquelas sentencias que, para resolve-lo conflito suscitado, aplican algún dos preceptos que, referidos á tal materia, contén a Lei 26/1984, do 19 de xullo, xeral para a defensa dos consumidores e usuarios (LCU), e teñen presente as novidades que a nova Lei 7/1998, do 13 de abril, sobre condicións xerais da contratación (LCXC)¹, introduce respecto disto.

Trátase, pois, de realizar unha exposición e análise da casuística que a aplicación práctica da dita cuestión, ó amparo dos referidos textos legais, ocasionou no noso país, co propósito de proporcionarlles adecuada resposta ós problemas que se xeraron, poñendo de relevo, no seu caso, as insuficiencias da LCU do ano 1984 e as da propia LCXC de 1998, pero

¹ Lei publicada no BOE n.º 89, do 14 de abril de 1998. Está baseada no Proxecto de lei 121/79 (BOE do 5 de setembro de 1997).

sen pretender, de ningún modo, levar adiante unha nova e completa elaboración doutrinal, de corte teórico ou dogmático, con noticia exhaustiva dos diversos estudos, nacionais ou foráneos, que versaron sobre o asunto nin tampouco da distinta normativa existente respecto disto no ámbito do dereito comparado europeo, para o que é obrigado remitirse, coa finalidade de profundar na rica controversia que o tema lles suxire, ós documentados traballos dirixidos por J. Ghestin² ou G. Alpa e M. Besone³.

Primeiramente quixera determe, aínda que de forma breve e a título simplemente informativo, nas principais modificacións introducidas pola LCXC. Esta lei, que finalmente veu a luz despois de diversos intentos de aprobación⁴, tivo por obxecto a transposición ó dereito interno da Directiva 93/13/CEE do Consello, do 5 de abril de 1993⁵, sobre cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores⁶, así como a regulación das condicións xerais da contratación⁷ como fenómeno característico da con-

² Cfr. *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe. Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990*, París 1991; tamén, máis concretamente, A. S. Muzuaghi, *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau. Etude de droit comparé Libye-Egypte-France*, París, 1981.

³ Cfr. *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991; así mesmo, FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Os direitos dos consumidores*, Coímbra 1982, baixo o epígrafe "O fenómeno do consumerismo e as alteraões legislativas e jurisprudenciais", páxs. 29 e segs.

⁴ A preocupación do lexislador por construír unha regulación xeral para a contratación mediante a técnica de condicións xerais supuxo a elaboración de varios borradores de anteproxectos de lei que culminaron coa adopción do proxecto e coa conseguinte aprobación da Lei sobre condicións xerais da contratación.

⁵ DOCE do 21 de maio de 1993, L 95.

⁶ A directiva persegue a eliminación das cláusulas abusivas dos contratos realizados con consumidores, e a conseguinte harmonización do sector, a través da denominada "armonización mínima", no sentido de que fixa "un mínimo común denominador que debe existir en los ordenamientos nacionales, sin impedir que subsistan aquellas normas nacionales que, por encima de los mínimos comunitarios, le otorguen un mayor grado de protección al consumidor" (ZAPATER DUQUE, E., *Armonización de legislaciones en la política de protección al consumidor: fundamento jurídico e instrumentos jurídicos empleados*, Directiva. *Revista jurídica de estudios monográficos*, 1990, PPV, pág. 140). Esta técnica, xeralmente empregada en materia de consumidores, maniféstase de forma expresa no artigo 8 da Directiva 93 cando se sinala que "Os estados membros poderán adoptar ou manter no ámbito regulado pola presente directiva disposicións máis estrictas que sexan compatibles co tratado, co fin de garantirlle ó consumidor un maior nivel de protección".

⁷ Neste sentido, como sinalou Álvarez Lata, "el ámbito de aplicación de la Directiva es sustancialmente diverso ya que, por un lado, varían los parámetros que definen al consumidor, concepto que desde una perspectiva se amplía y desde otra se reduce con respecto a la LCU (de 1984), y, por otro, extrae expresamente de la noción de cláusulas abusivas aquéllas que hayan sido previamente negociadas por las partes" (*Vid.*, ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 235).

tratación en masa determinado pola predisposición unilateral de todo ou parte do contido obrigatorio e a súa proxección sobre unha pluralidade de contratos (artigo 1 LCXC).

De acordo con Pagador López⁸, cabería dicir que o sistema de control de contido establecido pola directiva gravita ó redor da formulación dunha cláusula xeral de prohibición do emprego de cláusulas abusivas (artigos 3.1. e 4)⁹, que se ve posteriormente integrada ou reforzada mediante a remisión a un catálogo simplemente indicativo de cláusulas que *poden ser declaradas abusivas*¹⁰, o que contén o anexo da directiva (artigo 3.3 e anexo)¹¹.

O ámbito de aplicación obxectivo da directiva (artigo 3.1) vén dado pola noción de cláusulas contractuais que non se negociasen individualmente, é dicir (artigo 3.2.1), aquelas cláusulas contractuais que fosen redactadas previamente e respecto do contido das cales non puido exercer influencia ningunha o contratante que actúa en calidade de consumidor.

Desde un punto de vista subxectivo ou material-funcional, a directiva resulta aplicable ás cláusulas non excluídas do seu ámbito de aplicación e que, ademais, formen parte de contratos realizados entre profesionais e consumidores.

⁸ Vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, páxs. 76 e segs.

⁹ O artigo 3 da directiva establece que "as cláusulas contractuais que non negociasen individualmente consideraranse abusivas, se malia as esixencias da boa fe, causan en detrimento do consumidor un desequilibrio importante entre os dereitos e as obrigas das partes que se derivan do contrato.

Considerarase que unha cláusula non se negociou individualmente cando fose redactada previamente e o consumidor non puidese influír sobre o seu contido, en particular, no caso dos contratos de adhesión...

De acordo con ALFARO ÁGUILA-REAL, J., (no relatorio impartido no curso do Consello Xeral do Poder Xudicial *El nuevo derecho de las condiciones generales de la contratación*), "la simple lectura del precepto transcrito nos permite deducir que son las cláusulas predisuestas e impuestas unilateralmente por el empresario las que resultan objeto del control que la Directiva instaure y no, como reza su título, las cláusulas abusivas".

O concepto de cláusula abusiva contido materialmente no seu artigo 3 delimita correctamente o ámbito de aplicación do control do contido e respecta suficientemente a liberdade contractual.

¹⁰ A doutrina veu subliñando a importancia deste amplo catálogo, tanto en relación coa cláusula xeral, respecto da cal se considerou un *mecanismo de concreción* (E. Emparanza, *La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español*, RDM, 1994, pág. 474), como na medida en que, nunha perspectiva de técnica xurídica, recolle a *tradicón* daqueles ordenamentos nacionais que xa emanaran normas especiais en materia de condicións xerais da contratación, consistente en apoiar ou reforza-la regulación do control de contido mediante a combinación dunha cláusula xeral prohibitiva e unha ou varias listaxes de carácter analítico de supostos concretos prohibidos.

¹¹ Respecto disto, o considerando 17º da directiva explica que, "para os efectos da mesma, a lista de cláusulas que relaciona o anexo non pode ter senón carácter indicativo" e que "dado o seu carácter mínimo, os estados membros, no marco da súa lexislación nacional, poden sometela a engadidos ou formulacións máis restrictivas, en particular con respecto ó alcance de tales cláusulas".

Respecto da regulación das condicións xerais da contratación, e tendo presente a directiva comunitaria, a LCXC recolle os seguintes temas:

■ A definición do concepto de condicións xerais de contratación, que son as impostas por unha das partes, e a distinción coas cláusulas abusivas, que se definen, engadíndolle un artigo 10 bis á LCU, e como aquelas que, en contra das esixencias da boa fe causen, en detrimento do consumidor, un desequilibrio importante dos dereitos e obrigas contractuais¹².

■ Regúlanse os requisitos para que a incorporación dunha cláusula xeral se considere axustada a dereito ("requisitos de incorporación" ou "control de inclusión das condicións xerais"¹³), e óptase pola interpretación das cláusulas escuras na forma máis vantaxosa para o adherente.

■ Sanción de nulidade das cláusulas xerais non axustadas á lei ou, se o contrato se realizou cun consumidor, que resulten abusivas, en termos que exporemos máis detidamente con posterioridade.

■ Creación dun rexistro de condicións xerais da contratación (capítulo III LCXC). Esta é unha das maiores novidades que a lei incorpora. Este rexistro estará a cargo dun rexistrador da propiedade e mercantil, e a inscrición das condicións xerais, en principio, é facultativa. Trátase dun rexistro xurídico, creado *ex novo* ou polo Ministerio de Xustiza, a organización do cal se axustará ás normas que se dicten regulamentariamente, se ben a lei concreta na súa disposición adicional terceira que existirá polo menos un na cabeceira de cada Tribunal Superior de Xustiza, polo que o da Comunidade Autónoma de Galicia terá a súa sede na Coruña.

¹² Do mesmo modo, a nova redacción do artigo 10 LCU, no apartado 1, parágrafo c) establece que "as cláusulas, condicións ou estipulacións que se lle apliquen á oferta ou promoción de produtos ou servizos, e as cláusulas non negociadas individualmente relativas a tales produtos ou servizos, incluídos os que faciliten as administracións públicas e as entidades e empresas delas dependentes, deberán cumprir os seguintes requisitos: c) Boa fe e xusto equilibrio entre os dereitos e obrigas das partes, o que en todo caso exclúe a utilización de cláusulas abusivas". Neste sentido, é significativa a emenda n.º 70 presentada polo Grupo Federal IU-IC ó proxecto de LCXC (BOCG, CONGRESO, serie A. n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997), que lle engadiu á referida redacción a expresión "boa fe", en consonancia co propósito do articulado.

¹³ Cómpre distinguir entre "requisitos de inclusión ou control de inclusión" e "requisitos de control", a través dos cales se pretende defende-lo adherente das condicións xerais, dado que este non pode participar na súa elaboración, nin pode negociar sobre o seu contido, polo que perde o interese polas mesmas. Neste sentido, resulta ilustrativa para entende-la diferenza entre ámbolos dous controis a SAP de Baleares do 14 de xullo de 1994 (*Actualidade Civil* (AC) 1291), na que se formulaba a eficacia dunha serie de condicións xerais: "faiase preciso efectuar dúas operacións ou controis: dun lado o control de inclusión, é dicir, a verificación de se tales obrigas chegaron a formar parte do contrato porque reúnen os requisitos do art. 10.1 a) da Lei 26/1984, do 19 de xullo, xeral para a defensa dos consumidores e usuarios; e, doutro lado, o control de contido, é dicir, o exame de se, aínda formando parte do contido do contrato, as condicións son abusivas e, polo tanto, ineficaces (art. 10.1.c)... As cláusulas discutidas superan o primeiro dos mencionados controis e, polo tanto, deben ser consideradas como integrantes do contrato de préstamo..."

■ Regulación das accións colectivas encamiñadas a impedi-la utilización de condicións xerais contrarias á lei¹⁴: accións de cesación¹⁵, de re-tracción¹⁶ e declarativa¹⁷.

■ Réxime sancionador polo incumprimento da normativa sobre condicións xerais da contratación.

Así mesmo, esta norma modifica a Lei hipotecaria para acomoda-las obrigas profesionais dos rexistradores da Propiedade á normativa sobre protección ó consumidor e sobre condicións xerais.

Polo que se refire á tramitación parlamentaria da LCXC, o proxecto de lei foi ben recibido polos partidos políticos, como demostra indubidablemente a ausencia de emendas á totalidade en ámbalas dúas cámaras, e as propias emendas ó articulado introducidas no Congreso dos Deputados, publicado no BOCG, Senado, o 21 de febreiro de 1998.

Ningún grupo parlamentario impugnou os elementos esenciais do proxecto: a regulación das condicións xerais (a "letra pequena"), a publicidade rexistral (*erga omnes*), o efecto horizontal das sentencias (*ultra partes*), as cláusulas abusivas (a "lista negra") ... Como sinalou o director xeral de rexistros e do notariado, De los Cobos Mancha¹⁸, as emendas xiraron ó redor da matización ou da adición dalgúns artigos, da súa modificación, da súa aclaración, da súa supresión. Ó redor, pois, do nivel de protección do consumidor (elevación, mantemento ou diminución), entre outras cuestións.

Por outra parte, e no que ó tema do meu relatorio se refire, a nova LCXC, na súa disposición adicional primeira, modifica a LCU para incrementar-la protección ós consumidores, introduci-la definición de cláusulas abusivas (apartado tres da disposición adicional primeira) e establecer unha enumeración enunciativa destas (apartado seis da disposición adicional primeira, que lle engade unha disposición adicional primeira á LCU), extraídas nas súas liñas xerais da directiva¹⁹, pero engade tamén aquelas outras

¹⁴ A LCXC determina as diferentes clases de accións que poden interpoñer, entre outros entes, as asociacións de consumidores e usuarios, para levar e propicia-lo control efectivo das condicións xerais de contratación.

¹⁵ Accións dirixidas a impedi-la utilización dunha condición xeral de contratación e a elimina-la xa utilizada se se consideraran nulas.

¹⁶ Accións, o fin das cales é desmenti-la adecuada utilización e a validez dunha condición xeral de contratación, xa sexa recomendada por un predispoñente ou por unha organización calquera.

¹⁷ Accións a través das cales se procede a declarar unha cláusula contractual como condición xeral no mercado e é coñecida polo mesmo a través da oportuna inscrición no previsto Rexistro de Condicións Xerais de Contratación (artigo 15 LCXC).

¹⁸ No seu relatorio dado nas "Xornadas sobre condicións xerais da contratación e da protección do consumidor", realizadas na Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, os días 15, 16 e 17 de xuño de 1998.

¹⁹ O control de contido, en canto base fundamental do dereito especial das cláusulas

que aínda sen estar previstas nela, se estima necesario que estean incluídas no dereito español polo seu carácter claramente abusivo. Esta lei vai máis alá da disciplina das cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores e usuarios, xa que estipula de forma xeral as condicións xerais da contratación; é dicir, protexe a igualdade dos contratantes tanto se a parte que contrata, que debe someterse ás condicións xerais da contratación, é un consumidor ou usuario, como se é un profesional.

Concretamente, e respecto da regulación das cláusulas de exclusión ou redución de responsabilidade na LCU, a súa engadida disposición adicional primeira da LCXC contempla con carácter de abusivas, entre outras, as seguintes cláusulas:

■ “A exclusión ou limitación da obriga do profesional de respecta-los acordos ou compromisos adquiridos polos seus mandatarios ou representantes ou supedita-los seus compromisos ó cumprimento de determinadas formalidades”.

■ “A exclusión ou limitación de forma inadecuada dos dereitos legais do consumidor por incumprimento total ou parcial ou por cumprimento defectuoso do profesional.

En particular as cláusulas que modifiquen, en prexuízo do consumidor, as normas legais sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a substituí-la obriga de saneamento pola de reparación ou substitución da cousa obxecto do contrato, sempre que non supoña a dita reparación ou substitución gasto ningún para o consumidor e non exclúan ou limiten os dereitos deste á indemnización dos danos e prexuízos ocasionados polos vicios e ó saneamento conforme as normas legais no caso de que a reparación ou substitución non foran posibles ou resultasen insatisfactorias”.

■ “A exclusión ou limitación de responsabilidade do profesional no cumprimento do contrato, polos danos ou pola morte ou lesións causados ó consumidor debidos a unha acción ou omisión por parte daquel, ou á liberación de responsabilidade por cesión do contrato a terceiro, sen consentimento do debedor, se pode enxendrar mingua das garantías deste”²⁰.

contractuais predispostas, regulado pola directiva comunitaria, persegue a eliminación daquelas cláusulas contractuais predispostas, o contido regulador das cales se reputa abusivo, isto é, inadmisíbel por parte do ordenamento xurídico. Na Directiva do ano 1993 sobre cláusulas abusivas, o control de contido artículase ó redor da existencia dunha cláusula xeral prohibitiva (artigo 3.1) –a aplicación da cal trata de facilitarse mediante o establecemento duns criterios instrumentais para tal fin (artigo 4.1)– e dun catálogo exemplificativo de cláusulas que se consideran prohibidas, o cal figura recollido no anexo da directiva (artigo 3.3 e anexo).

²⁰ A emenda n.º 105 presentada polo Grupo Parlamentario Catalán (CIU) ó Proxecto de LCXC (BOCG, CONGRESO, serie A. n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997) serviu para modifica-la cláusula 10ª do apartado II da disposición adicional nova

■ “A limitación ou exclusión de forma inadecuada da facultade do consumidor de resolver o contrato por incumprimento do profesional”.

O estudo das cláusulas de exclusión ou redución de responsabilidade no ámbito da protección de consumidores constitúe un dos aspectos esenciais do réxime de responsabilidade consagrado na LCU, por varias razóns: tanto pola inusitada frecuencia de tales declaracións, habitualmente abusivas, canto polas carencias da súa regulación na LCU de 1984, carencias que veu solucionar, en parte, a LCXC, como, en fin, porque todo o réxime de responsabilidade previsto nos arts. 25 e segs. da LCU, de difícil interpretación harmoniosa, carecería, en grande medida, de aplicación, de se aceptaren indiscriminadamente as declaracións de exención de responsabilidade nos termos en que adoita predispoñer o empresario.

En efecto, é ben coñecida a dificultade hermenéutica orixinada pola dicción dos arts. 25 a 28 LCU, que despois de consagrar no primeiro deles, art. 25, un réxime de responsabilidade obxectiva especialmente ríxido, producido pola simple introducción no mercado dun produto defectuoso, eliminando, incluso, as excepcións habituais de inimputabilidade (forza maior, culpa non exclusiva da vítima...), sen embargo o seguinte artigo, o 26, está redactado con criterios de responsabilidade por culpa ou subxectiva, mentres que o continuador art. 27, que non marca ningunha contraposición con respecto ó seu precedente, de inspiración subxectivista, non se sabe ben qué tipo de responsabilidade establece, tamén subxectiva, como se sostén na STS do 23 de maio de 1991²¹, o criterio do cal asume a SAP de Valencia, sección 7^a, do 31 de xullo de 1991²² e, máis claramente, foi defendido na SAP de Santander, sección 2^a, do 3 de abril de 1990²³ ou, polo contrario, de corte obxectivo²⁴, que é o tipo de responsabilidade polo que opta decididamente o último dos preceptos, o art. 28, aínda que neste caso condicionada polo correcto uso e consumo dos bens.

Pois ben, por se non fora suficiente obstáculo para lograla garantía e a tutela dos dereitos de consumidores e usuarios a deficiente redacción dos mentados arts. 25 a 28 da LCU e a súa defectuosa sistemática, así como

incorporada á LCU, a que fai referencia o apartado seis da disposición adicional primeira. Así, en concepto de mellora técnica, suprimíuse o último parágrafo previsto no proxecto (“...así como as limitacións de responsabilidade contrarias á utilidade ou finalidade do ben ou servizo.”).

²¹ Repertorio de xurisprudencia Aranzadi (Arzdi.) 3784.

²² *Revista General de Derecho (RGD)* 1991, páxs. 9440 e segs.

²³ *RGD* 1991, páxs. 11598 e segs.

²⁴ *Vid.* nesta dirección, e alí referencias á doutrina maioritaria que se produce en sentido contrario, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., J. SALAS (COORD.), Madrid, 1992, páxs. 662 a 666.

a falta de desenvolvemento regulamentario desta lei ou, especialmente, a ausencia dun procedemento xudicial eficaz, rápido e de baixo custo para posibilita-las reclamacións de danos polo consumo de bens e servicios, sobre todo se, como é habitual, son de escasa contía²⁵, é o certo que a adecuada protección do consumidor necesariamente ha de pasar por analizar previamente con detalle os límites das cláusulas de redución ou exoneración de responsabilidade do predisponente.

Así as cousas, como complemento do disposto nos arts. 25 e segs. da LCU e da disposición adicional primeira engadida pola LCXC, e en tanto que inevitable garantía da aplicación dos criterios establecidos nos ditos preceptos para a adecuada tutela dos consumidores, resulta obrigado analiza-lo alcance, as consecuencias e os efectos das frecuentes cláusulas –habitualmente en condicións xerais– de limitación –ou, tamén, exclusión– de responsabilidade, pois a súa admisión sen condicionamentos deixaría sen sentido grande parte das normas tuitivas contidas na LCU e na LCXC.

Con esta finalidade tuteladora dos dereitos e intereses do consumidor, en diversas directivas ou propostas comunitarias prohibese, nos seus respectivos ámbitos²⁶, a limitación ou exoneración de responsabilidade e, con parecida orientación –aínda que con defectuosa redacción e discutible oportunidade e sistemática–, a LCU de 1984, despois de declarar reiteradamente, en aplicación do art. 6.2 do Código civil (CC) e en coherencia coa condición imperativa da propia LCU, o carácter irrenunciable dos dereitos dos consumidores recoñecidos na mencionada lei (arts. 2.3, na adquisición de bens ou servicios, e 10.1.c), xa sen esta desgraciada limitación), consideraba nulas “as limitacións absolutas de responsabilidade fronte ó consumidor e usuario e as relativas a utilidade ou finalidade esencial do produto ou servicio” (art. 10.1.c) 6 LCU)²⁷.

²⁵ Vid. o amplo tratamento dos aspectos procesuais que se leva adiante en Brasil no Código de defensa do consumidor que entrou en vigor o 11 de marzo de 1991 (Lei n.º 8078, do 11 de setembro de 1990), do que dá boa conta PELLEGRINI GRINOVER, A., “La nueva normativa brasileña del consumidor”, *Estudios sobre consumo*, n.º 25, decembro 1992, páxs. 13 e segs.

²⁶ Así, o art. 12 da Directiva 85/734/CEE, do 25 de xullo de 1985, publicada no *Diario Oficial de las Comunidades Europeas –DO–* núm. L 210, do 7 de agosto de 1985, relativa á aproximación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos estados membros en materia de responsabilidade polos danos causados por produtos defectuosos, o prazo dos cales para a adecuación dos ordenamentos respectivos dos estados membros expirou o 30 de xullo de 1988 (art. 19 da Directiva 85/734) ou o art. 7 da proposta da Directiva do Consello sobre responsabilidade do prestador de servicios (*DO* núm. C 12, do 18 de xaneiro de 1991).

²⁷ Neste sentido, SAP de Biscaia do 24 de xaneiro de 1994, que segue o criterio mantido na SAT de Oviedo do 6 de xullo de 1989 e na SAP de Valencia do 17 de outubro de 1990, ó enfrontarse a unha cláusula coa que unha axencia de viaxes limitaba a responsabilidade en caso de falta de aloxamento no hotel contratado; SAP de Oviedo do 22 de xaneiro de 1993 e SAP de Asturias do 28 de abril de 1994 para declarar

Tal crítica declaración, de dubidosa utilidade, só resultaba aplicable ós consumidores nos termos, tamén de difícil intelixibilidade, do art. 1 LCU²⁸, que non quedaron aclarados na Lei 7/1998²⁹ e, ó parecer, unicamente cando as cláusulas de limitación de responsabilidade formaban parte dos formularios contractuais de condicións xerais, irradiando, en calquera caso, a súa eficacia tanto para a responsabilidade contractual como para a extracontractual (art. 10.1 LCU).

Para o resto, para as cláusulas contidas nun contrato particular –así como para os non consumidores e tamén, nestes, para as modificacións convencionais da responsabilidade aquiliana–, habería de acudirse, para os efectos de concluí-la súa validez, ó disposto con carácter xeral nos arts. 1102 e 1255 CC, que, por outra parte, resultan tamén de aplicación para discerni-la validez –e licitude– das cláusulas limitativas introducidas nos módulos de contratación en masa.

En calquera caso, esta diferenza de trato para as mesmas cláusulas en función da súa inserción ou non en condicións xerais, imposta pola dicción literal do antigo art. 10 LCU e admitida por boa parte da doutrina, non deixaba de ser altamente cuestionable por inxusta, segundo xa sinalara F. de Castro³⁰, extremo este no que, por non desviarnos do tema obxecto do traballo, non nos podemos estender; aceptamos así, para efectos simplemente expositivos, a dicotomía tradicional en función da inserción ou non da cláusula en cuestión nos módulos de contratación uniforme, diversificación que, desde logo, tamén ten razóns xustificativas de peso e que, a pesar de ser omitida na proposta de directiva do Consello sobre cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, sen embargo terminou sendo asumida tanto na proposta modificada de directiva do Consello como, en fin, na propia Directiva 93/13/CEE, do 5 de abril de 1993³¹, e na propia LCXC de 1998.

nula unha cláusula relativa ós intereses moratorios dun contrato de financiamento; SAP de Baleares do 23 de xuño de 1994 (Arzdi. C 1036) que declara abusiva unha cláusula sobre a duración dun contrato de arrendamento de servizos; do mesmo xeito, SAP de Madrid do 8 de xullo de 1994 (Arzdi. C 1486).

²⁸ Vid. as dúbidas que suscita en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Estudios, cit.*, páxs. 106 e segs.

²⁹ Así, mentres na exposición de motivos da LCXC se pon de relevo que “De conformidade coa directiva transposta, o consumidor protexido será non só o destinatario final dos bens e servizos obxecto do contrato, senón calquera persoa que actúe cun propósito alieo á súa actividade profesional”, sen embargo non se modificou o artigo 1/2 da LCU, que segue esixindo para a consideración legal de consumidor e usuario que sexan destinatarios finais.

³⁰ Cfr. “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *ADC* 1961, pág. 337, con cita de Möller (nt. 164).

³¹ *DO* núm. C 243, do 28 de setembro de 1990; *DO* núm. C 73, do 24 de marzo de 1992, e *DO* núm. L 95, do 21 de abril de 1993, respectivamente.

Agora ben, o lexislador español, como quedou dito, vai máis alá cá previsión da directiva, pois dicta unha lei de condicións xerais aplicables non só, como a directiva, ós contratos de consumo, senón tamén entre empresas ou profesionais, no ámbito da contratación mercantil, aínda cando neste último ámbito non establece a posibilidade de control do seu contido cando é abusivo, o cal constitúe un elemento esencial das condicións xerais.

Para concluír esta introducción, ha de destacarse que a eficacia das cláusulas limitativas ou exoneratorias de responsabilidade, tanto aquelas que figuran en condicións xerais como as incluídas en contratos particulares, non pode estenderse máis alá do consumidor concreto co que se estipulan, e é, ademais, necesario que o dito adquirente do produto as aceptara expresamente³² ou, incluso, de modo tácito, pero sempre suficientemente acreditativo da súa vontade de admisión, sendo neste aspecto de especial relevancia a reiterada xurisprudencia do Tribunal Supremo que se coída de sinala-la diferenza entre consentimento tácito e mero coñecemento³³.

Así, pode estimarse que o consumidor acepta aquelas cláusulas que figuran no certificado de garantía que o dito usuario lle remite ó predisponente, pero non cando figura só no produto ou nas súas instrucións de uso (...) ³⁴ e é por iso que a Directiva 93/13/CEE, sobre as cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, inclúe na letra e) do número 1 do anexo, como exemplo de cláusulas, abusivas, aquelas que teñan por obxecto ou por efecto "facen constar de forma irrefragable a adhesión do consumidor a cláusulas, das cales non tivo a oportunidade de tomar coñecemento real antes da realización do contrato", o que, igualmente, se recolle na LCXC, na disposición adicional primeira, V, 20, cando considera abusivas "as declaracións de recepción ou de conformidade sobre feitos ficticios, e as declaracións de adhesión do consumidor a cláusulas, das cales non tivo coñecemento real antes da realización do contrato" ³⁵.

³² Así, SAP de Cádiz, sección 3ª, do 22 de marzo de 1997 (AC 874).

³³ SSTs do 19 de decembro de 1990 (Arzdi. 10287) e 11 de xuño de 1991 (Arzdi. 4445); con todo, o TS veu dotando de virtualidade como consentimento tácito a pasividade ou non oposición da esposa á actuación do seu marido (SSTs do 26 de marzo e do 3 de xullo de 1992, Arzdi. 2332 e 6049).

³⁴ PARRA LUCÁN, Mª. A., *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, páx. 451, nt. 345, seguindo a Camevali.

³⁵ Con motivo da emenda n.º 107 que o Grupo Parlamentario Catalán (CIU) lle presentou ó proxecto de LCXC (BOCG, CONGRESO, serie A, n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997) suprimíuse a locución "insuficiente ou" na cláusula 20ª do apartado V da disposición adicional nova incorporada á LCU (no proxecto de lei a dita cláusula referíase ás "declaracións de recepción ou conformidade sobre feitos insuficientes ou ficticios"), ó ter en conta que tal expresión resultaba inintelixible, ademais de non figurar tampouco o suposto legal entre as cláusulas abusivas da Directiva 93/13/CEE.

Con tal orientación, na STS do 18 de xuño de 1990³⁶ non se ten en consideración unha cláusula de submisión á lei inglesa, pois no contrato de adhesión, asinado por ámbalas dúas partes, a meritada cláusula –que, segundo veremos, pode supoñer unha verdadeira, aínda que indirecta, limitación de responsabilidade do predispoñente–, figura nas condicións xerais unidas como anexo e ás que se refire o contrato, pero que non aparecen asinadas polos interesados, o que, igualmente, estimou a STS do 29 de abril de 1991³⁷, en aplicación do disposto no art. 3 da Lei do contrato de seguro.

Así mesmo, na STS do 29 de xaneiro de 1996³⁸ o Alto Tribunal mantén que nos contratos de adhesión, a subscripción e a aceptación expresa das condicións xerais determina o seu valor normativo e a vinculación para o tomador³⁹, polo que as condicións limitativas só terían valor e obrigación a quen as subscribe, se este “de forma taxativa e por escrito ben determinante” as aceptara⁴⁰.

2. Límites xerais de validez das cláusulas limitativas

Polo que se refire ós límites que, con carácter xeral, han de respectarse para a validez dos pactos limitativos ou exoneratorios de responsabilidade, de aplicación na marxe da súa inclusión ou non en condicións xerais e con independencia do carácter contractual ou non da responsabilidade consecuenta e da condición de consumidor ou usuario do acreedor ou danoado, o art. 1255 CC prohíbe as estipulacións contrarias á lei, en remisión implícita, no noso ámbito, á norma imperativa prevista no art. 1102 CC (tamén art. 1107.2 CC), que consagra a nulidade –ausencia de validez e licitude– dos pactos de exención –ou limitación– de responsabilidade en caso de dolo.

Malia o silencio respecto disto no artigo 1103 CC sobre a prohibición de exonerarse de responsabilidade en caso de culpa grave, que sinalara xa a anella STS do 2 de xullo de 1875⁴¹ e que tamén aparece consagrado nos arts. 1299 do Código civil italiano e 100 do Código de obrigas suízo ou, así mesmo, nos actuais arts. 168.2 e 1366 CC, parece oportuno, na

³⁶ Arzdi. 4764.

³⁷ Arzdi. 3067.

³⁸ Arzdi. 738.

³⁹ STS do 8 de marzo de 1990 (Arzdi. 2424).

⁴⁰ STS do 7 de febreiro de 1992 (Arzdi. 838).

⁴¹ Xurisprudencia civil, colección completa das sentencias dictadas polo Tribunal Supremo publicada pola dirección da *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (JC), tomo XXXII, n.º 271, páxs. 354 e segs.

mesma dirección, considerar aplicable tamén ós supostos de culpa grave a prohibición que se contén respecto do dolo no artigo 1102 CC, segundo advirte un sector da doutrina e a xurisprudencia⁴², o que ten especial transcendencia se temos en conta que, como se destacou⁴³, vivimos na “era do accidente”, froito do desenvolvemento técnico e tecnolóxico, onde a fronteira entre a simple culpa e o caso fortuíto se difumina cada vez máis.

Neste punto, convén ter presente que a nulidade da cláusula non só virá determinada pola directa exclusión da responsabilidade por dolo (o que non será frecuente), senón, fundamentalmente, pola inclusión de limitacións que, subrepticamente, supoñen tal consecuencia, como aconteceu no caso xulgado na STS do 2 de outubro de 1992⁴⁴, na que se declara a nulidade dunha cláusula que limitaba a responsabilidade do constructor exclusivamente ós defectos ocultos das vivendas, pois, como se razoa na dita resolución, “pretende-la validez da estipulación que limita a cobertura dos dereitos dos compradores é facer posible a renuncia á acción por dolo (artigo 1.102), impedir que a negligencia sexa esixible en toda clase de obrigas (1.103) e deixalos absolutamente indefensos, o que impide incluso a Lei de consumidores”.

En segundo lugar, e en desenvolvemento do disposto no mesmo art. 1255 CC, carecen de validez –e de licitude– as cláusulas limitativas ou exoneratorias de responsabilidade contrarias á orde pública ou á moral –incluso aínda que non exista dolo ou culpa grave, casos nos que, de ordinario, o dito límite adquire maior virtualidade–, inciso que, no noso dereito, permite predica-la nulidade das cláusulas de exoneración ou limitación que afecten a danos á vida ou integridade física ou á dignidade das persoas, por contrarias á orde pública (art. 10 da Constitución española), segundo estima F. Jordano Fraga⁴⁵ ou, se se quere, ós bos costumes ou á moral, como conclúe M. García Amigo⁴⁶.

Igualmente, pola mesma razón de tipo público, é nulo calquera pacto que implique un abuso de posición económica fronte á contraparte (arts. 9 e 51 da Constitución)⁴⁷ ou as limitacións de responsabilidade deriva-

⁴² Así, SAT Oviedo do 6 de xullo de 1988 (a Lei 1989/2, 669). Vid. ampla información respecto disto en JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, páxs. 362 a 367 e PINTO MONTEIRO, A., *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coímbra 1985, páxs. 232 a 237, con detallada exposición do dereito comparado respecto disto.

⁴³ Cfr. PINTO MONTEIRO, A., “Cláusulas de responsabilidade civil”, separata do número especial do *Boletín da Facultade de Dereito de Coímbra* en homenaxe ó Prof. Dr. A. Rodrigues Queiró, Coímbra 1990, páxs. 18 e 19.

⁴⁴ Arzdí. 7516.

⁴⁵ *Op. cit.*, páx. 370.

⁴⁶ *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, páx. 163.

⁴⁷ A SAP de León do 7 de decembro de 1994 (Arzdí. 2163) declara a nulidade dunha

das do delito, que non por casualidade, como resaltou S. Díaz Alabart⁴⁸, foron excluídas da arbitrase especial de consumo no art. 31 LCU e, tamén, despois, no art. 2.2.d) do Real decreto 636/1993, do 3 de maio, co que se regula o sistema arbitral de consumo.

Por último, para finalizar esta breve análise da validez das declaracións que reducen a responsabilidade dunha das partes de conformidade co réxime xeral, ha de terse presente que, no ámbito contractual, han de estimarse nulas, en principio, tódalas convencións que supoñan ou impliquen a exoneración total de responsabilidade do debedor, non xa só en virtude do disposto no art. 1911 CC senón, máis claramente, porque o art. 1256 do mesmo corpo legal prohíbe que quede ó arbitrio dunha das partes cumprir ou non cumprí-las súas obrigas⁴⁹.

Efectivamente, xa a STS do 4 de xullo de 1953⁵⁰ declarara nula a cláusula que figuraba incluída nun billete gratuíto concedido por RENFE, coa que esta se exoneraba de calquera “clase de prexuízos que puideran ocasionárselles ó portador do mesmo –billete– e ás demais persoas nel comprendidas” e, na mesma dirección, a SAP de Barcelona, sección 16ª, do 15 de novembro de 1990⁵¹, considera contraria á lei a que se refire o art. 1255 CC, por vulnera-la boa fe, a cláusula que figura nas bases dun concurso con premio na que se establece a exoneración de responsabilidade para o caso de perda ou deterioración da obra artística participante no concurso e, en consecuencia, conclúese que o promitente debe responder de tal perda ou deterioración en tódolos casos, excepto nos supostos de caso fortuíto ou forza maior⁵².

3. Límites específicos de validez de cláusulas limitativas para formularios de contratos de condicións xerais

Ante o panorama normativo precedentemente exposto, de aplicación tamén, reitérase, para as limitacións contidas en formularios de contratación uniforme, pode colixirse que resultaba ben evidente a escasa utilidade da disposición contida no apartado sexto do art. 10.1.c) LCU de 1984.

cláusula abusiva por comportar unha violación de orde público-económica en prexuízo do consumidor e en beneficio do banco.

⁴⁸ Cfr. *Comentarios, cit.*, páx. 290.

⁴⁹ Cfr., por todos, GULLÓN BALLESTEROS, A., *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Xustiza, Madrid, 1993, páx. 2055.

⁵⁰ Arzdi. 2017.

⁵¹ RGD 1991, páxs. 4333 e segs.

⁵² Este mesmo criterio xurisprudencial é o que mantén a xa citada SAP de Biscaia do 24 de xaneiro de 1994.

A dita inutilidade resulta tanto máis evidente se se ten en conta que os arts. 25 e segs. LCU establecen a responsabilidade xeral do subministrador, o que, en coherencia co carácter irrenunciante dos dereitos que a propia lei lle reconece ó consumidor (arts. 2.3 e antigo 10.1.c) LCU), entre os que se conta a existencia de responsabilidades reguladas nos ditos arts. 25 e segs., facía basicamente innecesaria a disposición contida no mencionado art. 10.1.c) 6 LCU, como, con acerto, se destacara⁵³, pois resultaba incluso dubidosa a razón xustificativa que podería, desde logo, aducirse de información ó consumidor⁵⁴ en tanto que iso non se compadece co seu perturbador e confuso teor literal.

En efecto, o primeiro parágrafo do art. 10.1.c) 6 LCU de 1984 declaraba ineficaces as limitacións *absolutas* de responsabilidade fronte ó consumidor se estas están incluídas en condicións xerais; logo, da súa dicción textual podería deducirse a indiscutible validez, sen matices, das limitacións non absolutas cuantitativa ou cualitativamente –exclusión para un concreto suposto ou ata unha específica cantidade ou a partir dun determinado período de tempo–.

Sen embargo, esta conclusión contradicía de modo claro a anteriormente sinalada necesaria restricción imposta, con carácter xeral, no art. 1255 CC, de tal modo que, aínda que non é absoluta a limitación de responsabilidade, é igualmente nulo o pacto de limitación contrario a unha exigencia específica de orde pública, significativamente para danos provenientes de delitos ou, de modo especial, ante danos causados ás persoas, que son obxecto de específica atención no art. 18.a) do Decreto-lei portugués 446/85, do 25 de outubro, sobre “cláusulas contractuais xerais”⁵⁵ e na letra a) do núm. 1 do anexo da Directiva 93/13/CEE, do 5 de abril de 1993, sobre as cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, que considera de tal condición aquelas estipulacións que teñan por obxecto ou por efecto “excluir ou limitar a responsabilidade legal do profesional en caso de morte ou danos físicos do consumidor debidos a unha acción ou omisión do mencionado profesional”.

Da mesma maneira, con base na aplicación dos arts. 1255 e 1102 CC, carece de validez a limitación, aínda relativa, de responsabilidade ante danos causados por dolo ou culpa grave (coñecendo ou debendo coñecer, coa dilixencia esixible a todo profesional, o carácter danoso do produto lanzado ó mercado), sobre todo tendo en conta o maior rigor empregado respecto disto pola xurisprudencia nos contratos de adhesión, pois incluso aquelas decisións que, por exemplo, non aceptan a equiparación entre o

⁵³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en BERCOVITZ, A. e R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, páxs. 210 e 211.

⁵⁴ *Vid.*, en cambio, tal alegación en DÍAZ ALABART, S., *Comentarios, cit.*, pág. 289.

⁵⁵ *Diário da República-I Série*, núm. 246.

dolo e a culpa grave, sen embargo deixan a salvo aqueles “supostos en que exista entre os contratantes unha desigualdade que non lle permitise ó acredor discuti-la cláusula co seu debedor”, segundo se advirte na SAP Bilbao do 22 de maio de 1987⁵⁶, o que, expresamente, se sancionaba no art. 20 da proposta de anteproxecto de lei de condicións xerais da contratación, na súa segunda redacción⁵⁷.

Logo, a única novidade da primeira parte do art. 10.1.c) 6 LCU de 1984, respecto do réxime de limitacións xeral precedentemente exposto, radicaba en que carecían de validez as limitacións de responsabilidade que tiveran carácter absoluto nos casos de culpa leve se se encontraran incluídas nos formularios de contratación uniforme e, loxicamente, se foran aceptadas polo consumidor, o que, por outra parte, xa tiña a súa correspondente sanción xeral de conformidade co disposto nos arts. 1256 e 1911 CC.

A dita regulación, en principio, parecía un réxime menos tuitivo do consumidor có derivado, se non existise tal inciso, dunha interpretación combinada dos arts. 25 a 28 da LCU de 1984, todo o que, en fin, parecía, como noutras ocasións xa sinalei, de dubidosa oportunidade no marco da enumeración dun elenco de cláusulas abusivas introducidas en condicións xerais –potencialmente máis perigosas para o consumidor cós contratos particulares–, tanto máis se se ten en conta a aplicabilidade dos arts. 25 e segs. para todo consumidor, contratante ou non, na marxe do contido das condicións xerais.

Á parte de todo iso, resulta que, ademais, tampouco era demasiado acertada a conclusión derivada do primeiro inciso do art. 10.1.c) 6 LCU pois non sempre nin necesariamente sempre son válidas as limitacións non absolutas de responsabilidade con culpa leve, en tanto que será igualmente nula unha declaración con tal contido limitativo que rompa o equilibrio das prestacións como, por exemplo, nos supostos nos que, como contrapartida, non se lle ofrezca ó consumidor a obtención do beneficio dun prezo notoriamente reducido⁵⁸.

O segundo inciso do antigo art. 10.1.c) 6 LCU declaraba inválidas as limitacións –non se sabe ben se absolutas ou non– de responsabilidade relativas á utilidade ou á finalidade esencial do produto ou do servizo se estas estiveren recollidas en condicións xerais, o que é, outra vez, unha aclaración ou especificación do disposto en diversos preceptos da LCU, que consagra nos arts. 2.1.b)⁵⁹, 2.1.c), 8.1 e 27.1.a) o dereito –básico e irrenunciabile– do consumidor á utilidade ou á finalidade esencial do produto ou servizo e, ademais, non só en condicións xerais.

⁵⁶ A Lei 1987/4, 125.

⁵⁷ *Boletín de Información do Ministerio de Xustiza*, 1988, páxs. 148 e segs.

⁵⁸ Cfr. DÍAZ ALABART, S., *Comentarios*, cit., pág. 290.

⁵⁹ A nova LCXC, no apartado 1 da súa disposición adicional primeira, modificou

Outra vez, en fin, pode concluírse a innecesariedade da mención, que, como destacaba R. Bercovitz Rodríguez-Cano⁶⁰, só podía servir para introducir confusión sobre o alcance dos dereitos que a lei lles reconece en todo caso e con carácter imperativo ó consumidor e ó usuario, tal e como se destacaba, se ben *obiter dictum*, –pois no caso nin se trataba dun acto de consumo nin de consumidor ou demandante– na SAP Valencia, sección 7ª, do 17 de outubro de 1990⁶¹, na que se poñía de relevo que a anterior redacción do art. 10, na súa integridade “pola súa excesiva xeneralización e imprecisión (...) é orixe dunha verdadeira inseguridade xurídica, cunha eficacia máis que discutible”.

Boa proba do carácter superfluo do dito inciso é que non foi alegado nin aplicado na SAP de Barcelona, sección 1ª, do 24 de xaneiro de 1991⁶², para determina-la nulidade da cláusula dun ticket de aparcamento a través da cal a empresa que o explota se exonera de responsabilidade por roubo, danos a terceiros ou substraccións, pois tal conclusión de ausencia de validez da dita cláusula fundamentouse no caso, tanto nos límites xerais do art. 1255 CC canto nos dereitos básicos do consumidor que predicán as letras c) e f) do art. 2.1 LCU e que teñen carácter irrenunciable a teor do art. 2.3 LCU, así como tamén na prohibición do antigo inciso 8 do art. 10.1.c) –actualmente, na disposición adicional primeira da LCXC de 1998, IV, 19⁶³– sobre o investimento da carga da proba e, incluso, tamén daquelas cláusulas que impliquen limitacións absolutas de responsabilidade que consideraba abusivas o propio inciso 6º do art. 10.1.c) en termos que anteriormente advertimos e que na actualidade se contemplan na LCXC de 1998.

En calquera caso, no dito suposto tradicional de contrato de garaxe⁶⁴ non foi preciso recorrer á segunda parte do mentado precepto para con-

o parágrafo b) do apartado 1 do artigo 2 da LCU de 1984, que queda redactado da seguinte forma: “Son dereitos básicos dos consumidores e usuarios a protección dos seus lexítimos intereses económicos e sociais; en particular, fronte á inclusión de cláusulas abusivas nos contratos”.

⁶⁰ Cfr. *Estudios, cit.*, páx. 211.

⁶¹ A Lei, 1991-2, 171.

⁶² RGD 1991, páx. 6666 e segs.

⁶³ Despois de que o Grupo Parlamentario Catalán (CIU) presentara a emenda núm. 106 ó Proxecto de LCXC, CONGRESO, serie A, núm. 78-6, do 23 de outubro de 1997, para os efectos de engadir *in fine* un texto na cláusula 19ª do apartado IV da disposición adicional nova incorporada á LCU (a súa xustificación era a de axustalo precepto legal ó teor literal do artigo 1.q) do anexo da directiva trasposta), esta quedou redactada da seguinte maneira: “A imposición da carga da proba en prexuízo do consumidor nos casos en que debería corresponderlle á outra parte contratante”.

⁶⁴ *Vid.*, por todas, a SAP Madrid do 3 de outubro de 1987 (A Lei 1987-4, 578) na que se pon de relevo que son obrigas do encargado do garaxe as de poñer un lugar suficiente, determinado ou indeterminado, segundo as peculiares condicións convidas,

siderar non posta a cláusula en cuestión e, desde a perspectiva contraria, igualmente nun contrato de aparcamento, na SAP de Madrid, sección 11^a, do 14 de abril de 1992⁶⁵ tampouco se requiriu un pacto escrito para entender nacida a obriga de vixilancia do vehículo, pois o servizo que ofrece o aparcamento lévaa implícita como consecuencia coherente co uso e coa boa fe (art. 1258 CC) con carácter “indisponíble ó ser esixible polo consumidor (artigo 8.1 en relación co 2.1 B e 2.3 da referida lei)” en tanto que integrante da utilidade ou da finalidade esencial do produto ou servizo⁶⁶.

Así mesmo, na SAP Palencia do 30 de marzo de 1992⁶⁷ foi suficiente a invocación da disposición xenérica contida no antigo apartado 3 do art. 10.1.c), en combinación coas normas xerais que preconizan os arts. 1256 e 1258 CC, para considerar nula a cláusula que figuraba nunha póliza de seguro multirrisco en virtude da cal, despois de especificar que un dos riscos cubertos é a caída dun raio, se consideran excluídos os danos causados pola caída do raio nas instalacións, aparellos eléctricos e os seus accesorios e, en consecuencia, para condena-la compañía de seguros a indemniza-los danos causados ó caer un raio na antena de televisión situada no tellado do edificio, no baixo do cal se sitúa o comercio dos asegurados.

Neste caso resultou innecesario aplica-lo inciso 6, na súa última parte, pois a AP Palencia, coa aplicación dos preceptos anteriormente mencionados, concluíu, igualmente, a nulidade da cláusula en cuestión ó considerar que a mesma contraviña claramente a finalidade esencial do contrato de seguro, polo menos no que a un dos riscos cubertos, a caída do raio, se refería, pois se diso se pretendía excluí-la caída en instalacións eléctricas, “é dificilmente imaxinable o citado risco”, á parte de que “sería coloca-lo asegurado nunha situación de franca desvantaxe en relación co asegurador, vulnera-las consecuencias que fosen conformes á boa fe e deixa-la eficacia do contrato (...) ó arbitrio dunha das partes”, como, con acerto, se razoa na dita sentenza.

En efecto, exactamente igual que non resulta necesario o dito inciso no ámbito do contrato de seguro co obxecto de concluí-la nulidade das cláusulas de exclusión de cobertura para aqueles danos causados pola conducta dolosa ou con negligencia grave do asegurado ou que teñan a súa

á disposición do usuario para a situación do seu vehículo, a vixilancia deste e a obriga de devolvello ó seu propietario no mesmo estado en que lle foi entregado.

⁶⁵ AC 548/1992.

⁶⁶ Vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., “Las prestaciones propias de cada producto o servicio (art. 8.1 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios)”, *Aranzadi Civil*, n.º 2, páxs. 7 e segs.

⁶⁷ A Lei 1992-4, 213.

orixe na ausencia de adopción das medidas de seguridade adecuadas, posto que as ditas cláusulas contradín xa claramente o dereito á finalidade ou á utilidade esencial, á prestación propia do contrato de seguro que se consagra no art. 76, co carácter imperativo que respecto disto predica o art. 2, ámbolos dous da Lei do contrato de seguro, que lle impide ó asegurador que poida imputarlle á vítima que o dano se debeu á conducta dolosa do asegurado e, así, unha cláusula con tal contido limitativo foi declarada ineficaz polas SSTS do 9 de novembro de 1990⁶⁸ e do 10 de xuño de 1991⁶⁹, se ben en ámbolos dous casos concorrían outras razóns xustificativas da aludida nulidade, en concreto non seren asinadas individualmente en contravención ó disposto no art. 3.1 *in fine* da Lei do contrato de seguro.

4. Pactos de limitación indirecta de responsabilidade

Outra boa mostra das deficiencias da LCU de 1984 na materia da que nos ocupamos radica en que, malia ser innecesariamente explícita na inclusión de determinadas cláusulas abusivas na enumeración exemplificativa, non exhaustiva –“entre outras”– do art. 10 que xa se encontraban sancionadas –e de maneira máis clara e efectiva– no resto do articulado da lei ou noutras normas do ordenamento xurídico, sen embargo, resultaban desgraciadamente silenciadas outras que, de ordinario, adoitan incluírse en condicións xerais, a específica mención das cales devén tanto máis necesaria non só xa pola súa frecuencia e importancia intrínseca senón, sobre todo, por canto que, polo que a nós nos interesa, pode ser máis dubidoso en tales supostos a súa condición abusiva na medida en que nos mesmos a limitación de responsabilidade se produce con carácter indirecto⁷⁰ e porque, ademais, precisamente por iso, dificilmente espertan sospeitas do seu carácter abusivo no consumidor medio⁷¹.

⁶⁸ Arzdi. 8535.

⁶⁹ Arzdi. 4434.

⁷⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios...*, cit., páx. 213, pon como exemplos as limitacións á facultade de opoñer excepcións, prórrogas ou renovacións contractuais tácitas, rexeitamento da excepción de compensación...

⁷¹ Vid. DÍAZ ALABART, S., *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, BERCOVITZ R., e J. SALAS (coord.), Madrid 1992, páx. 293 e “Las cláusulas contractuales abusivas”, en *Contratos de adhesión*, cit., páx. 62. Iso ten especial relevancia precisamente porque, como se evidencia da resolución da Sentencia do Tribunal Supremo, STS, do 30 de novembro de 1993 (AC 355/1994), para analiza-la validez das cláusulas dun contrato hai que especifica-la concreta cláusula e o precepto que conculca non só porque o recurso de casación ten carácter extraordinario e non é unha nova instancia senón tamén “porque se lle crearía unha patente indefensión

Así, e tal e como defendín noutras ocasións, estrañaba o esquecemento da expresa prohibición de incluír en condicións xerais a imposición de renuncias ó propio foro⁷² –entre o que se conta, xa, especialmente, o sometemento a un dereito estranxeiro a que se refería a mencionada STS do 18 de xuño de 1990⁷³–, que se encontra comprendida, desde logo, no art. 2.3.2 e antigo 10.1.c.) 10 LCU ou no art. 6.2 da Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores⁷⁴ e que se contemplaba expresamente no art. 22 do Anteproxecto de condicións xerais, segunda redacción⁷⁵, e, antes, no art. 14 da Lei de venda de bens mobles a prazos con carácter imperativo, segundo se destaca na STS do 12 de decembro de 1991⁷⁶, ou no art. 121.1, da Lei de arrendamentos urbanos (mantense tamén no art. 32 do Proxecto de lei do 30 de decembro de 1992) ou no art. 1 da Lei de represión da usura, do 23 de xullo de 1908 ou, en fin, no art. 24 da Lei 90/1980, sobre contrato de seguro.

A dita cláusula, a pesar de ser lícita no noso dereito (art. 56 da Lei de procesamento civil⁷⁷, por certo non aplicable nin ós xuízos

á parte recorrida, que non coñecería os argumentos –si existisen– en prol da súa ilegalidade, polo que nada podería alegar en contra para defenderse”.

⁷² Respecto da consideración de cláusulas abusivas, a renuncia á submisión de foro propio está recoñecida como abusiva desde a Resolución do Consello de Europa do 16 de novembro de 1976 e consiste nun pacto que frecuentemente se inclúe nos contratos de adhesión, mediante o cal o adherente se compromete a litigar no foro que determinase o predispoñente en calquera tipo de contenda, renunciando ó que lle correspondería de conformidade coas regras da competencia, o que provoca un desequilibrio en prexuízo do adherente-consumidor (*Vid.* REYES LÓPEZ, M^a Jesús, “Condiciones Generales de la Contratación: características de la nueva Ley. Comentario a la Sentencia del TS de 28 de noviembre de 1997”. *Rec. Núm.* 1829/1997 (RJ 1997, 8435), en *Revista de Derecho Patrimonial*, editorial Aranzadi, 1998).

⁷³ Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi -Arzdi.- 4764, no que non se ten en consideración unha cláusula de submisión á lei inglesa, pois no contrato de adhesión, asinado por ámbalas dúas partes, a meritada cláusula figura nas condicións xerais unidas como anexo e ás que se refire o contrato, pero que non aparecen asinadas polos interesados.

⁷⁴ *Diario Oficial das Comunidades Europeas* n.º L 95, do 21 de abril de 1993.

⁷⁵ *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1988, páxs. 148 e segs. *Vid.*, en igual dirección, o art. 23 do anteproxecto na terceira redacción ultimada polo Ministerio de Xustiza no outono de 1991, onde se especifica que “as cláusulas de condicións xerais non poderán conte-lo pacto de submisión expresa a xuíz ou a tribunal distinto do que lle corresponda ó domicilio do adherente”.

⁷⁶ Arzdi. 8996.

⁷⁷ *Vid.* sobre os requisitos que deben de cubrir para a validez da cláusula de submisión expresa SSTS do 18 de febreiro de 1993 (Arzdi. 1241) onde se declara nula porque non contén unha renuncia clara e terminante ó seu foro propio, e 19 do mesmo mes e ano (Arzdi. 998) na que se conteñen referencias xurisprudenciais sobre a validez de cláusulas submisorias que figuran ó dorso dos contratos e albarás, o que constituíu o obxecto de debate na dita decisión entre dúas empresas e 17 de marzo de 1993 (Arzdi. 2019) onde tamén se inclúe ampla información xurisprudencial, que considera

verbais⁷⁸ nin ós executivos trala nova redacción dos artigos 717 e 1439 do dito texto legal dada pola Lei 10/1992, do 30 de abril, de medidas urxentes de reforma procesual), sen embargo, ó dificultar ou obstaculiza-lo exercicio das accións de resarcimento do adherente, supón unha verdadeira limitación da responsabilidade do predispoñente ou, por mellor dicir, unha auténtica indefensión para o consumidor, polo menos en boa parte das ocasións⁷⁹. Esta foi a razón que moveu o lexislador a engadirlle, a través da nova LCXC, unha disposición adicional primeira á LCU de 1984, que regula, no seu apartado V, puntos 27 e 28, como cláusulas abusivas "a previsión de pactos de submisión expresa a xuíz ou a tribunal distinto do que lle corresponda ó domicilio do consumidor, ó lugar do cumprimento da obriga ou a aquel en que se encontre o ben se fora inmovible, así como os de renuncia ou transacción respecto do dereito do consumidor á elección de fedatario competente segundo a lei para autoriza-lo documento público en que inicial ou posteriormente teña que formalizarse o contrato"⁸⁰ e "a submisión do contrato a un dereito estranxeiro con respecto ó lugar onde o consumidor emita a súa declaración negocial ou onde o profesional desenvolva a actividade dirixida á promoción de contratos de igual ou similar natureza".

Non obstante, con anterioridade á entrada en vigor da LCXC, houbo situacións nas que resultaba de equidade a validez e eficacia da cláusula de submisión, como sucedeu, por exemplo, no suposto xulgado nas SSTS

suficiente, para que nun contrato conste a submisión expresa, que se deduza da súa expresión a atribución a un xuíz determinado sen que sexa preciso empregar-las mesmas palabras do artigo 58.2 do mentado texto procesual. Outra información sobre o particular en ILLESCAS RUS, A. V., "La sumisión expresa en los contratos de adhesión", en *Contratos de adhesión, cit.*, páxs. 413 a 424.

⁷⁸ De conformidade cos cales decídense os procesos civís, calquera que sexa a súa contía, relativos á indemnización dos danos e prexuízos ocasionados con motivo da circulación de vehículos de motor de acordo coa disposición adicional primeira/1 da Lei orgánica 3/1989, do 21 de xuño, de actualización do Código penal.

⁷⁹ Vid. as críticas respecto disto de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios, cit.*, pág. 204; DÍAZ ALABART, S., *Comentarios, cit.*, pág. 271 e VILLALBA ÁLAVA, M., "Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil", *AC*, páxs. 791 e 792, 1992.

⁸⁰ O texto afástase da redacción da directiva comunitaria, pois fai referencia a estas cláusulas no apartado q) como as que teñan por obxecto "suprimir ou obstaculiza-lo exercicio de accións xudiciais ou de recursos por parte do consumidor (...)". Por outro lado, hai que facer constata-lo éxito obtido pola emenda n.º 111 presentada polo Grupo Parlamentario Catalán (CIU) ó proxecto de LCXC (BOCG, CONGRESO, serie A, n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997), para os efectos de suprimi-la palabra "exclusivo" ("...dereito exclusivo do consumidor...") na cláusula 27ª do apartado V da disposición adicional nova incorporada á LCU, posto que a elección do fedatario non é un dereito exclusivo de ningunha das partes, senón de ámbalas dúas.

do 31 de maio de 1991⁸¹ e 22 de xullo de 1992⁸², que decidiron en idéntico sentido sobre igual presuposto fáctico suscitado entre as mesmas partes contendentes, ó acceder á casación por dúas vías procedementais diferentes, e nas que se declaraba a procedencia dunha cláusula de submisión expresa que sobresaía de forma nítida no contrato perfeccionado e, en consecuencia, admitíase a reclamación de cantidade por parte do empresario contra o consumidor –comunidade de propietarios– que indebidamente resolvera o contrato, deixando, en parte, impagada a prestación efectuada pola actora.

Agora ben, con independencia da xustiza do caso concreto, era o certo que, de acordo coas disposicións contidas na LCU de 1984, o exame e a decisión por parte dos tribunais sobre a validez ou non da cláusula de submisión, como atinadamente se razoaba nas dúas decisións ultimamente citadas, supoñían pronunciamentos de fondo “despois de ponderalas obrigas que asumiron os contratantes en función da súa situación, contía dos intereses en xogo, posibilidade de actuación, deseño perfecto ou menos perfecto da bilateralidade, desprazamento da onerosidade a unha soa das partes, boa fe, etc. Todo iso, tralo debate e trala proba...”.

Diso podía razoablemente inferirse que a ausencia de inclusión da condición xeral que lle impoñía ó adherente a renuncia ó propio foro no elenco do antigo art. 10 LCU favorecía e propiciaba, inescusablemente, a xeneralizada utilización desta nos modelos de contratos de adhesión, pois, segundo sinalamos, só tralo detido estudio do fondo da realidade comercial subsumida, e nunca no xuízo previo de competencia⁸³, podían chegar os nosos tribunais a aprecia-lo carácter abusivo da cláusula en cuestión, o que, en definitiva, dificilmente acaecía, pois ante a dificultade que supón para o adherente litigar lonxe do seu domicilio, sobre todo se a contía da súa reclamación non é elevada, habitualmente declinaba impetra-la tutela dos seus dereitos ante os tribunais.

Á parte disto, e co texto da LCU anterior ás modificacións que veu introducir a LCXC, a solución que adoptarían os órganos xudiciais distaba moito de ser clara, como se evidenciaba da discrepancia posta de manifesto polo Auto do 5 de setembro de 1991 da AP de Málaga, sección 4^a⁸⁴,

⁸¹ Arzdi. 3955.

⁸² Arzdi. 6449.

⁸³ En termos empregados pola citada STS do 31 de maio de 1991 (Arzdi. 3955). Téñase en conta, non obstante, as distintas formas en que se poden formula-las diferentes cuestións de competencia territorial, sexa a través do exame previo cando se invoque por parte do actor a submisión expresa, como está establecido para o xuízo de cognición no art. 32 do Decreto do 21 de novembro de 1952, de procedementos ante a xustiza municipal, ou, no seu caso, a través da inhibitoria ou declinatoria dos arts. 72 e segs. da LEC.

⁸⁴ RGD 1992, páxs. 7618 e segs.

no suposto xulgado nas dúas sentencias do Tribunal Supremo a que vimos facendo referencia e, así, fronte á decisión maioritaria, que, en aplicación do preceptuado na anterior redacción do art. 10, núm. 1. c), 3.2 e 4 LCU, considerou nula a cláusula de renuncia ó foro propio que figuraba no contrato totalmente impreso redactado previa e unilateralmente pola empresa constructora e a aplicación do cal non podía evitar o usuario ou consumidor, a comunidade de propietarios, que quixera obter o servicio, pola contra un dos maxistrados formulou un voto particular no que consideraba de plena validez a cláusula en cuestión, o que, posteriormente, ratificou o TS.

Así mesmo, tal conclusión, a validez dunha cláusula de submisión expresa, aínda inserida no reverso do documento e malia que a sinatura se estampara no anverso, foi asumida pola SAP de Madrid, sección 11^a, do 21 de xaneiro de 1992⁸⁵, na que se aducía en prol de tal decisión que a rúbrica do contratante –que no caso era comerciante e non consumidor, polo que se trataba dunha declaración *obiter dictum*– figuraba xusto debaixo da declaración de coñecer e aceptar na súa totalidade as condicións xerais que figuraban ó dorso do contrato, e non se apreciaba, no caso, o esixido desequilibrio nin prexuízo desproporcionado ou de maneira non equitativa entre as partes.

Non obstante, con base na Directiva 93/13/CEE, e como mostra da sempre oscilante xurisprudencia respecto disto, as SSTS do 8 de novembro de 1996 (Arzdi. 7954) e do 1 de febreiro de 1997 (Arzdi. 672), fiéis ó criterio mantido, entre outras, polas SSTS do 23 de xullo de 1993 (Arzdi. 6476), 20 de xullo de 1994 (Arzdi. 6518), 12 de xullo de 1996 (Arzdi. 5580), 14 de setembro de 1996 (Arzdi. 6715), 23 de setembro de 1996, 30 de novembro de 1996, 12 de maio de 1997, 11 de outubro de 1997, 28 de novembro de 1997, 20 de febreiro de 1998 e 25 de febreiro de 1998, supuxeron un cambio de orientación xurisprudencial respecto das dúas sentencias comentadas, que recoñecían como abusiva a cláusula de submisión expresa⁸⁶. De tal recoñecemento, do que me mostrei sempre de-

⁸⁵ RGD 1992, páxs. 5806 e segs.

⁸⁶ O cambio de orientación xurisprudencial veu motivado non só pola directiva comunitaria, senón tamén pola nova redacción da Lei de procesamento civil por Lei 10/1992, do 30 de abril, de medidas urxentes de reforma procesual, ó enlazar directamente a súa exposición de motivos, os pactos de prórroga de foro e a protección dos consumidores, pois establece que “los datos disponibles vienen demostrando que una muy notable proporción de los asuntos civiles dirimidos en algunas ciudades procede de otros partidos judiciales, residenciándose allí en virtud de pactos de sumisión expresa que, sobre perjudicar generalmente al contratante más débil, distorsionan las cargas competenciales de algunos órganos jurisdiccionales en razón del único e inaceptable criterio de la comodidad de una de las partes”, TORRES LANA, J.A., “Prórroga del fuero y protección de los consumidores en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”. No mesmo sentido, VALLS LLORET, J. D., “Comentario a la sentencia del

fensor, participou o lexislador á hora de redacta-la nova LCXC, como así puxen de manifesto anteriormente, o que, en último termo, non pode ser senón acollido favorablemente, non só polo carácter abusivo da cláusula en cuestión senón, tamén, pola incerteza xudicial que ocasionaba a súa inclusión, segundo se puido ver.

Seguindo coa exposición das lagoas que presentaba a LCU de 1984 no tocante a especifica-la nulidade daquelas cláusulas de limitación indirecta de responsabilidade en prexuízo do consumidor, tamén resultaba criticable que non tiveran un apartado propio no elenco do art. 10 LCU as cláusulas penais excesivas ou por atrasos mínimos (acaso, incluíbles no antigo n.º 5 do art. 10.1.c) nos termos que posteriormente exporemos) ou aquelas que alteraban a duración dos prazos, alongándoos para o proponente e acurtándoos para o consumidor⁸⁷, ou que establecían prazos excesivos para incorrer en mora o predisponente ou que acurtaban os prazos legais de prescrición ou que establecían uns novos de caducidade das accións de esixencia de responsabilidade en tales termos que, ou ben por si sós ou, quizais, pola esixencia de posteriores requisitos –de proba ou formais–, facían excesivamente difícil o exercicio dos dereitos do consumidor⁸⁸ ou, en fin, aquelas outras cláusulas nas que a enumeración dos supostos nos que non se respondía deixaban, en realidade, a obriga ó arbitrio do predisponente⁸⁹.

Sobre tales aspectos, que na actualidade aparecen, en parte, regulados na disposición adicional primeira que a nova LCXC veu engadirlle á LCU,

Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 43, 1997, páx. 89.

⁸⁷ Cfr. POLO, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990, páxs. 111 e 112 e artigo 8 do Anteproxecto da LCXC, terceira redacción, onde se declaraba que “as cláusulas de condicións xerais non poderán reservarlle ó predisponente un prazo excesivamente longo ou insuficientemente determinado, atendida a natureza e circunstancias do contrato, para aceptar ou rexeitar unha oferta contractual ou para satisfacer a prestación debida”, o que, agora, segundo se dirá no texto, aparece regulado na disposición adicional primeira, I, 1ª, da LCXC, cando considera abusivas “as cláusulas que lle reserven ó profesional que contrata co consumidor un prazo excesivamente longo ou insuficientemente determinado para aceptar ou rexeitar unha oferta contractual ou satisfacer a prestación debida, así como as que prevean a prórroga automática dun contrato de duración determinada se o consumidor non se manifesta en contra, e fixa unha data límite que non lle permita de maneira efectiva ó consumidor manifesta-la súa vontade de non prorrogalo”.

⁸⁸ Cfr. JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, páxs. 422 e 423 e art. 20.1 do terceiro anteproxecto de condicións xerais, no cal se advertía que “as cláusulas de condicións xerais non poderán establecer que as declaracións ou comunicacións que deba efectuar o adherente no marco do contrato teñan de suxeitarse a requisitos de forma ou envío máis rigorosos cá forma escrita ou có correo certificado, respectivamente”.

⁸⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, Madrid, 1993, páx. 354.

a varias veces mencionada Directiva comunitaria sobre as cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, no número 1 do anexo, considera que son abusivas as cláusulas que tiveran por obxecto ou por efecto "impoñerlle ó consumidor que non cumpra as súas obrigas unha indemnización desproporcionalmente alta" –letra e– ou "autoriza-lo profesional para rescindi-lo contrato discrecionalmente, se ó consumidor non se lle recoñece a mesma facultade..." –letra f)– ou, tamén, "autoriza-lo profesional a poñerlle fin a un contrato de duración indefinida, sen notificación previa con antelación razoable, salvo por motivos graves" –letra g)– ou, en fin, "prorrogar automaticamente un contrato de duración determinada se o consumidor non se manifesta en contra, cando se fixou unha data límite demasiado afastada para que o consumidor exprese a súa vontade de non prorrogalo" –letra h)–.

Agora na disposición adicional primeira, I, 1ª, 2ª e 3ª da LCXC, considéranse abusivas "as cláusulas que lle reserven ó profesional que contrata co consumidor un prazo excesivamente longo ou insuficientemente determinado para aceptar ou rexeitar unha oferta contractual ou para satisfacer a prestación debida, así como as que prevexan a prórroga automática dun contrato de duración determinada se o consumidor non se manifesta en contra, e se fixa unha data límite que non lle permita de maneira efectiva ó consumidor manifesta-la súa vontade de non prorrogalo", e estima en igual sentido, "a reserva a favor do profesional de facultades de interpretación ou de modificación unilateral do contrato sen motivos válidos especificados neste, así como a de resolver anticipadamente un contrato con prazo determinado se ó consumidor non se lle recoñece a mesma facultade ou a de resolver nun prazo desproporcionadamente breve ou sen previa notificación con antelación razoable un contrato por tempo indefinido, salvo por incumprimento do contrato ou por motivos graves que alteren as circunstancias que motivaron a realización deste"⁹⁰, tralo que

⁹⁰ O Grupo Parlamentario Catalán (CIU) na emenda n.º 102 presentada ó Proxecto de LCXC (BOCG, CONGRESO, serie A, n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997), para os efectos de modifica-la cláusula 2ª do apartado I da disposición adicional nova incorporada á LCU, propuxo con éxito unha nova redacción desta á que se lle engadiu a expresión "...ou se ó consumidor non se lle recoñece a mesma facultade...". A xustificación argüida por CIU foi a de "incluí-lo establecido para estes supostos no apartado f) do anexo da Directiva 93/13/CEE obxecto de transposición, no sentido de autoriza-lo profesional para rescindi-lo contrato discrecionalmente, se ó consumidor non se lle recoñece a mesma facultade, ó resultar evidente que o recoñecemento desta facultade resolutiva anticipada elimina automaticamente o carácter abusivo da cláusula.

Así mesmo, por considerar conveniente que se recolla expresamente a exclusión xunto cos motivos graves do incumprimento do contrato para que non quede ningunha dúbida de que a resolución dos contratos por parte do profesional nos casos de impago do prezo é perfectamente posible. Neste sentido, debemos ter en conta que a ausencia de pago por parte do cliente do prezo do contrato rompe o equilibrio das

tamén se inclúe entre as cláusulas abusivas “a vinculación incondicionada do consumidor ó contrato aínda cando o profesional non cumprira coas súas obrigas, ou a imposición dunha indemnización desproporcionada-mente alta ó consumidor que non cumpra as súas obrigas”⁹¹.

En xeral, ha de concluírse que todas aquelas cláusulas, incluídas en condicións xerais, que, aínda de modo indirecto, dificultan excesiva e inxustificadamente o exercicio da esixencia de responsabilidade por parte do consumidor, impondo condicións especialmente onerosas para este, deben de ser consideradas abusivas, tal e como se prevía, expresamente, nos incisos 8º e 9º do antigo art. 10.1.c) LCU.

Os mentados apartados, respectivamente, rexeitaban o investimento da carga da proba en prexuízo do consumidor ou usuario –dentro do espírito do cal debían incluírse aqueles pactos que limitaran os medios de proba que puider utilizar o consumidor, segundo puntualiza S. Díaz Alabart⁹², como, por exemplo, aqueles que limitaran a proba do pago á presentación de recibos⁹³...– e a imposición ó usuario da obtención dun previo recoñecemento da súa reclamación por parte dalgunha Administración pública ou dos xuíces ou tribunais para conseguilo correspondente cumprimento por parte do produtor ou subministrador das súas obrigas ou prestacións propias.

prestacións entre as partes, e encádrase, polo tanto, entre os motivos graves que dan dereito á resolución deste”.

⁹¹ Esta cláusula foi obxecto de dúas emendas (núms. 103 e 141) presentadas por dous partidos diferentes, as propostas dos cales prosperaron (BOCG, CONGRESO, serie A, n.º 78-6, do 23 de outubro de 1997). A emenda n.º 103 foi presentada polo Grupo Parlamentario Catalán (CIU), a través da proposición do cal se lle engadiu á cláusula 3ª do apartado I da disposición adicional nova a frase “aínda cando o profesional non cumprira coas súas obrigas,...”. Pola súa parte, a emenda n.º 141, presentada polo Grupo Popular, modificou o texto da citada cláusula dándolle a súa redacción definitiva. Ámbalas dúas emendas tiveron a súa xustificación en axusta-lo concepto de “vinculación incondicional ó consumidor” ó establecido pola directiva trasposta (anexo 1, O), eliminando en cambio a referencia ás prórrogas ou preavisos que xa están incluídos no apartado primeiro desta mesma disposición ó tratar das prórrogas automáticas dos contratos.

⁹² Cfr. *Comentarios, cit.*, páx. 300 e “Las cláusulas contractuales abusivas” en *Contratos de adhesión, cit.*, páx. 65.

⁹³ Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios, cit.*, páx. 213. Na sentenza da AP das Palmas, sección 2ª, do 5 de xullo de 1993 (Aranzadi Civil, Arzdi. C., 1940/1993-II), en aplicación, entre outras normas, do referido apartado 8º, desestímase o recurso da entidade de crédito sobre reclamación de cantidade precisamente porque non xustificou o saldo debedor nin a concreción dos intereses aplicados, e non admite que a liquidación unilateral da suposta débeda, aínda certificada por fedatario mercantil, resulte suficiente para acredita-la cuantificación desta. Conclúe que é a entidade en cuestión a que ha de probalo que insta para o seu cumprimento ó seren nulas as condicións que implican a necesidade de investimento da carga da proba en prexuízo do consumidor ou usuario.

Respecto disto, con grande claridade, no número 1, letra q) do anexo da supradita Directiva 93/13/CEE sobre as cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, considéranse abusivas as cláusulas que tiveran por obxecto ou por efecto “suprimir ou obstaculiza-lo exercicio de accións xudiciais ou de recursos por parte do consumidor, en particular obrigándoo a dirixirse exclusivamente a unha xurisdicción de arbitraje non cuberta polas disposicións xurídicas, limitando indebidamente os medios de proba á súa disposición ou imponéndolle unha carga da proba que, conforme a lexislación aplicable, debería corresponderlle a outra parte contratante”⁹⁴, e considéranse na disposición adicional primeira, IV, 19, da LCXC abusivas “a imposición da carga da proba en prexuízo do consumidor nos casos en que debería corresponderlle á outra parte contratante”, así como “a submisión a arbitrxes distintas da de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionais creados por normas legais para un sector o un suposto específico” (*ibídem*, V, 26).

Da mesma maneira, se ben desde outra perspectiva, son abusivas as cláusulas introducidas en formularios de contratación en masa que, se ben non supoñen unha redución de responsabilidade para o predispoñente, sen embargo, aumentan inxustificadamente a responsabilidade do adherente.

Con tal orientación resultaba nula, a teor do antigo inciso 7º do art. 10/1.c) LCU, a frecuente cláusula que trata de facer repercutir sobre o consumidor os fallos, defectos ou erros administrativos, bancarios ou de domiciliación de pagos non directamente imputables ó usuario, de tal modo que non resultaba válida a exención de responsabilidade por parte do empresario ou profesional –habitualmente, bancario– ante danos producidos pola falta de dilixencia esixible e aínda cando existise previamente un fallo, defecto ou erro do consumidor e, en tal sentido, a STS do 23 de decembro de 1954⁹⁵ declarara nula a cláusula imposta polo Banco Exterior de España coa que se exoneraba de toda responsabilidade “pola perda de efectos e documentos en camiño... e calquera negligencia dos nosos correspondentes...”, o cal, na actual LCXC, na disposición adicional primeira, V, 21, aparece, baixo a consideración de abusiva, sinalándose como tal “a transmisión ó consumidor das consecuencias económicas de erros administrativos ou de xestión que non lle sexan imputables”.

En concreto, ante cheques ou tarxetas de crédito extraviados, non é válido e eficaz o pagamento –e non resulta aplicable o art. 1164 CC, como precisara a STS do 16 de xaneiro de 1928⁹⁶– cando non existiu unha

⁹⁴ As SSTS do 8 de novembro de 1996 (Arzdi. 7954) e do 30 de novembro de 1996 (Arzdi. 8457) sérvense da transcripción literal da mencionada directiva como fundamento.

⁹⁵ Arzdi. 3168.

⁹⁶ Xurisprudencia civil, Colección completa das sentencias dictadas polo Tribunal

comprobación diligente- por exemplo, se a sinatura groseiramente difire da autorizada- con independencia e na marxe da ausencia de prevención por escrito, por parte do usuario, da perda ou substracción e, todo iso sen prexuízo de que a gravidade do descoido do consumidor pode producir, segundo veremos, a lóxica minoración da contía da indemnización, de conformidade coa doutrina xurisprudencial da compensación de culpas construída ó abeiro do artigo 1.103 CC, como conclúe, con ampla información, a SAP de Madrid, sección 21ª, do 31 de marzo de 1993⁹⁷.

Efectivamente, no caso concreto de pago dun cheque falso, como se sinala na STS do 15 de xullo de 1988⁹⁸, “as antigas discusións teóricas sobre quen ha de soporta-las consecuencias dunha falsificación quedaron, en certo modo, dilucidadas, pola Lei 19/1985, do 16 de xullo, cambiaria e do cheque, no seu artigo 156 que (...) recolle a doutrina anterior dominante e lle impon ó Banco o dano resultante dun cheque falsificado, sempre que non se demostre a culpa do librador...”. A dita imputación de responsabilidade ó empresario de banca é plenamente consecuente co

Supremo publicada pola dirección da *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 180, n.º 67, páxs. 419 e segs.

⁹⁷ RGD 1993, páxs. 6268 e segs. Vid. no sentido do texto, en xeral, sobre a diminución do dereito á indemnización do consumidor ante a concorrencia da culpa do danado e defecto do produto, o artigo 8 da Directiva 85/734/CEE e o artigo 9 do Projecto de lei de responsabilidade civil polos danos causados por produtos defectuosos (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* do 20 de decembro de 1993), ó que só se lle presentou unha emenda, a número 33, por parte do Grupo de Coalición Canaria, que propón o texto “compensación de culpas” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* do 22 de febreiro de 1994) e, na doutrina, ROJO, A., “La responsabilidad del fabricante en el derecho español y en la Directiva 85/374/CEE”, en *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, Madrid, 1990, páxs. 156 e 157; PARRA LUCÁN, Mª. A. *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, páxs. 401 e 402 e BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios, cit.*, páxs. 691 e 692; pero véxase en contra de tal posible redución, JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Responsabilidad del empresario en la Ley de defensa del consumidor” en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pág. 652. Sobre as declaracións xurisprudenciais que se inclinan por moderar equitativamente a contía da indemnización en caso de concorrencia de culpas, SSTS do 27 de xullo de 1992 (Arzdi. 6461); 12 e 24 de febreiro de 1993 (Arzdi. 762 e 1251) e, especificamente en aplicación da LCU, 29 de maio de 1993 (Arzdi. 4052).

⁹⁸ Arzdi. 5717. Vid., sobre o particular, ultimamente MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *La responsabilidad por el pago de cheque falso o falsificado*, Valladolid, 1993, especialmente páxs. 123 a 137, onde, fronte á conclusión que expuxemos na nota anterior, pon de relevo que no suposto singular de pago de cheque falso ou falsificado, a concorrencia de culpas, se a intervención do librado e do librador ten igual alcance, producirá unha compensación das condutas negligentes das partes que trae como consecuencia a imputación do dano ó librado, quen na súa primaria e básica perspectiva vén obrigado ó seu resarcimento polo artigo 156 da Lei cambiaria, tralo que conclúe que só poderá alterarse o principio xeral instaurado no dito precepto se o comportamento máis significado respecto do pago indebido recae sobre o librador, de sorte que fose totalmente decisivo para alcanza-lo dito resultado.

espírito da LCU, segundo advertiu G. Batlle Sales⁹⁹, quen pon de relevo que o banco só poderá eximirse da responsabilidade se proba non só a súa conducta dilixente, senón a culpa do librador, o que produce un auténtico investimento da carga da proba.

Agora ben, a actuación dilixente do profesional, a quen, na comprobación das firmas, se lle esixe o esmero e celo dun comerciante experto que xeralmente exerce funcións de depósito e comisión, segundo reiterada xurisprudencia (STS do 30 de setembro de 1985¹⁰⁰ e a xa mencionada do 15 de xullo de 1988) e a ausencia de dilixencia por parte do usuario –de acordo co *stándar* do bo pai de familia– exonera de responsabilidade ó primeiro en termos que posteriormente comprobaremos con maior detalle ó analiza-la culpa exclusiva da vítima.

Así, na STS do 7 de xuño de 1984¹⁰¹ non se aprecia conducta negligente do empregado dun banco que aboou o importe dun talón porque a falsificación deste era perfecta, o que “fixo posible o seu paso como certo, lexítimo e coa sinatura exacta á auténtica, circunstancias que evidentemente impiden reprocharlle ó empregado unha conducta culposa ou incumplidora dos normais deberes da súa función, incluso dos máis esixentes, relativos á comprobación do documento e á identidade do posuidor do cheque, de tal maneira aparentemente lexítimos e certos que precisaría de técnicas especiais, non esixidas polo uso comercial no ámbito do contrato en cuestión” e, en consecuencia, absólvese o banco depositario da reclamación de cantidade interposta polo depositante dun contrato de conta corrente ante o aboamento por un empregado da entidade do importe dun talón contra a conta do actor a quen lle substraeran o talonario.

Con todo, aínda que no suposto fáctico ultimamente citado non se fai alusión a tal aspecto, para que iso suceda, para que o banco poida eximirse de responsabilidade, é necesario que, de conformidade coa disposición contida no artigo 156 da Lei cambiaria e do cheque, probe que a conducta do consumidor –librador no suposto do cheque extraviado– é culposa, pois se este actúa sen culpa, aínda cando o banco empregara a dilixencia debida requirida pola súa condición de empresario, o dano seralle imputable ó profesional bancario en virtude da doutrina do risco profesional e, en conclusión, non lle pode imputar ó consumidor as consecuencias do pago, segundo se decidiu no caso xulgado na varias veces mencionada STS do 15 de xullo de 1988¹⁰², onde se pon de relevo a grande

⁹⁹ Cfr. “Notas al art. 156 de la Ley cambiaria y del cheque”, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, páx. 78 e *Pago del cheque falso: responsabilidad del banco*, Madrid 1991, páx. 18, onde se pon de relevo que o banco só poderá eximirse da responsabilidade se proba non só a súa conducta dilixente, senón a culpa do librador.

¹⁰⁰ Arzdi. 4565.

¹⁰¹ Arzdi. 3217.

¹⁰² A esta sentenza faise referencia como fundamento de dereito na SAP de Gra-

dificultade que, en determinadas ocasións, supón discrimina-la existencia de culpa no desenvolvemento da actividade bancaria, pois dous dos maxistrados formulan un voto particular co que discrepan respecto da conducta da entidade bancaria e do consumidor, ó cualifica-la actitude da primeira de dilixente e, pola contra, de negligente a do usuario.

En efecto, non sempre resulta tan evidente a ausencia de dilixencia do empregado da entidade bancaria como no suposto xulgado na SAP Madrid, sección 19^a, do 6 de novembro de 1992¹⁰³, onde se considera responsable o banco demandado nun suposto de disposición de efectivo por quen non é titular dunha libreta de aforro que se extraviara e rexéitase a alegación do banco de conducta negligente do titular da cartilla por non custodiala debidamente pois, no caso, o empregado “non só non comprobou a identidade da sinatura (...) senón que non adoptou a elemental precaución de esixi-la exhibición do DNI...”.

Así mesmo, con parecida orientación, na SAP Madrid, sección 19^a, do 4 de febreiro de 1993¹⁰⁴ conclúese que o banco debe de soportar as consecuencias que se deriven da indebida utilización da tarxeta de crédito ó non probar que existira algún tipo de negligencia por parte do titular da tarxeta na custodia do número ou clave secreta, queda, pola contra, plenamente acreditado que o banco incumpriu as súas obrigas ó non tomar precaucións para asegurarse da recepción da tarxeta de crédito renovada por parte do seu titular, o que non puido probar fronte á negativa de recepción deste, ó que se lle remitira por correo ordinario o exemplar da tarxeta que tería que substituí-la xa caducada, o cal chegou a poder dun terceiro non autorizado.

En calquera caso, sobre este aspecto tan frecuente, a imputación de responsabilidade dentro dos contratos de crédito e de conta corrente, nos supostos de pago indebido por cheques extraviados ou subtraídos, e como corolario de canto anteriormente adiantamos, pode deducirse que, a teor do disposto na LCU nos incisos 6º e 7º do antigo art. 10.1.c) e na actual LCXC, na disposición adicional primeira, V, 21, e na propia lei cambiaria e do cheque, no seu art. 156, non resulta válida a exoneración de responsabilidade por parte da entidade de crédito naqueles supostos nos que non actuou coa dilixencia debida que require a súa condición de empresario, de modo tal que é nulo o pacto que pretende facer repercutir sobre o usuario do servizo bancario en exclusiva, as consecuencias deri-

nada do 14 de decembro de 1994 (Arzdi. 2262), na que se declara nula por contravención do artigo 10.1.c).6 unha cláusula na que unha entidade bancaria se exoneraba fronte ó depositario/consumidor da responsabilidade dimanante do contrato de depósito bancario.

¹⁰³ RGD 1993, páxs. 3740 e segs.

¹⁰⁴ RGD 1993, páxs. 6263 e segs.

vadas da ausencia de dilixencia debida por este na garda do talonario de cheques, que, en ningún caso, pode configurarse como exoneración de responsabilidade para a entidade de crédito, nin sequera baixo o pretexto da súa obriga de custodia¹⁰⁵.

Para finaliza-la análise da disposición contida na redacción anterior do artigo 10.1.7 LCU de 1984 en termos recollidos en parte na disposición adicional primeira, V, 21, da LCXC, exporemos catro decisións xudiciais de audiencias provinciais, dúas delas da Audiencia de Madrid, outra de Oviedo e a última de Córdoba, nas que se aplica ou se pretende a aplicación do mentado precepto.

Na primeira destas decisións, a AP de Madrid, sección 11ª, do 9 de outubro de 1990¹⁰⁶ considera nula a cláusula contractual contida nun contrato de conta de crédito na que se presume en favor da entidade de crédito e en contra do titular da conta que os saldos mensuais non impugnados por escrito no mes seguinte á súa liquidación son correctos e farán fe en xuízo, salvo proba en contrario, aínda cando o titular alegara que non recibira o extracto correspondente.

No dito caso, a AP de Madrid fundamenta a nulidade tanto na disposición contida no anteriormente aludido inciso 8 do art. 10.1.c), ó obrigar “o cliente a proba-la inexistencia da débeda escusando o banco do seu *onus probandi* ordinario, e é indiferente que a ese resultado se chegue por unha vía indirecta”¹⁰⁷, como na violación polo banco, do dereito á información do usuario que consagra o art. 13.1 LCU, canto, polo que agora nos interesa, no inciso 7 do repetido art. 10.1.c), posto que a entidade bancaria non probou suficientemente a utilización por parte do usuario da tarxeta de crédito da que se deriva o saldo debedor que reclama e non achegou os documentos acreditativos das operacións sen que, de conformidade co mencionado inciso 7, sexa posible aludir ou ampararse “na dificultade de achega-los comprobantes (dificultade dificilmente crible, e que pretende disimular unha neglixencia probatoria que evidencia o feito de que incluso os extractos que se achegan sexan simples fotocopias)”.

¹⁰⁵ *Vid.*, respecto disto AZORÍN RONCERO, J., “La Ley general de protección de los derechos de usuarios y consumidores”, *RGD*, núms. 490 e 491, 1985; NIETO CAROL, U., “Contratos de adhesión y derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios”, *AC* 1993, páx. 38; e MARINA GARCÍA-TUÑÓN, A., *op. cit.*, páxs. 123 a 130, quen considera nula de pleno dereito toda cláusula dirixida, non a delimitar un específico contido negocial, senón a excluí-la responsabilidade do banco en caso de pago de cheque falso ou falsificado.

¹⁰⁶ *RGD* 1991, páx. 3210 e segs.

¹⁰⁷ Este mesmo fundamento de nulidade é utilizado pola SAP de León do 7 de decembro de 1994 (Arzdi. 2164) ó declarar que en “caso de reclamarse a débeda a través do exercicio da acción cambiaria se produce unha inversión da carga da proba en prexuízo do consumidor e prohibida no n.º 8 do citado artigo 10 n.º 1. c) LCU”.

A segunda sentenza da AP de Madrid, sección 11^a, do 14 de abril de 1992¹⁰⁸, foi exposta con anterioridade e refírese á obriga de vixilancia do vehículo depositado nun aparcamento por parte da empresa que o explota sen que, de ningún modo, poidan ser imputables ó usuario os fallos derivados da organización de tal vixilancia de conformidade co preceptuado respecto disto no inciso obxecto da nosa atención neste momento.

Na terceira das sentencias precedentemente anunciadas, do 27 de xuño de 1992, a AP de Oviedo, sección 1^a¹⁰⁹, aplica o inciso 7º do art. 10.1.c) de modo especialmente favorable para o consumidor, e mantén un criterio que, con facilidade, pode ser fonte de posibles fraudes por parte do usuario dos servizos bancarios, pois, –revogando a decisión do xuíz *a quo*, que lle impuxera a carga da proba ó consumidor ó amparo do art. 1214 CC–, ante o atascamento ou irregularidade no funcionamento do “caixeiro automático” da entidade bancaria demandada, que lle impediu ó usuario realiza-la operación de ingreso dunha determinada cantidade, e fixo que xurdiran dúbidas sobre as causas da avaría e sobre o contido e o paradiroiro final do sobre que o actor introduciu no aludido caixeiro, considera que non é lícito “imputarlle ó usuario do servizo as consecuencias desfavorables do defectuoso funcionamento do dito mecanismo, sen proba ningunha da súa actuación dolosa ou de mala fe –que en ningún caso cabería presumir–” e, en consecuencia, conclúe que “acreditada a avaría e ó non probarse a culpa ou a mala fe do actor, os riscos e as consecuencias desta son a cargo da entidade demandada”.

Agora ben, na última das decisións ás que fixemos alusión, a AP de Córdoba, sección 1^a, na Sentencia do 19 de maio de 1992¹¹⁰, rexeita a aplicación do referido inciso 7º do art. 10.1.c) LCU que invocara a parte demandada –que, ademais, non era consumidor ó non se-la destinataria final do produto– fronte á reclamación de cantidade por parte dunha compañía eléctrica que, por un erro na facturación, cobrou menos do que realmente correspondía en función do consumo de enerxía efectivamente detectado, e sinala que o dito inciso non resulta de aplicación ós supostos en que, como é o caso, “se está exercitando unha acción derivada de enriquecemento sen causa que obviamente debe prosperar...” posto que só establece que “as cláusulas que determinen a irrepercutibilidade do erro son contrarias á boa fe...”, todo o cal convén ter presente á hora de formular oportunamente as pretensións ante os órganos xurisdiccionais para

¹⁰⁸ AC 546/1992 manifesta en igual sentido, ante similar presuposto fáctico de falta de cumprimento por parte do titular do aparcamento da súa obriga de custodia organizativa, e en aplicación da mesma normativa da LCU, a SAP Cádiz, sección 2^a, do 29 de maio de 1992 (Arzdi. C. 829/1992).

¹⁰⁹ RGD, marzo 1993, n. 582, páxs. 2365 a 2366.

¹¹⁰ RGD 1992, páxs. 10829 e segs.

evitar que, ó amparo da dicción da normativa prevista na LCU, se viole groseiramente a verdadeira *ratio* do dito marco legal.

Por outra parte, coa mesma orientación que se mantíña no artigo 10.1.c) 7 LCU, carecen de validez, de conformidade co que parecía dispoñer o críptico inciso 5º do artigo 10.1.c), as condicións xerais que lle imponían ó consumidor indemnizacións ou penalizacións que non encontren a súa debida xustificación correlativa en vantaxes adicionais para o adherente¹¹¹, sobre todo cando non quedase patente, “coa debida claridade e separación”, que se trata de prestacións adicionais á principal que, en consecuencia, poden ser rexeitadas ou aceptadas en cada caso con independencia desta, da prestación principal.

De acordo coa finalidade que inspiraba este último apartado 5º do artigo 10.1.c), e con independencia da súa defectuosa redacción¹¹², debe de considerarse tamén abusiva, como expresamente se sinalaba no parágrafo 2º do artigo 21 do anteproxecto de condicións xerais, a cláusula que lle impida ó adherente probar que, malia a súa falta de cumprimento, non se produciu dano indemnizable o que, ó producirse tal dano como consecuencia do seu incumprimento, a contía deste é substancialmente inferior á cantidade globalmente establecida como indemnización, ou que, igualmente, se considera abusivo no anexo da Directiva 93/13/CEE, na letra e) do número 1, cando inclúe aquelas cláusulas que teñan por obxecto ou por efecto “impoñerlle ó consumidor que non cumpra as súas obrigas unha indemnización desproporcionadamente alta” cunha fórmula similar á consagrada no parágrafo 343 BGB (*unverhältnismässig hoch*) ou, como se advertía no artigo 21 do terceiro Anteproxecto de lei de condicións xerais, que establezan “unha cantidade que exceda substancialmente dos danos e prexuízos que previsiblemente poidan ocasionarse”.

Así mesmo, o parágrafo 1º do art. 21 da proposta de Anteproxecto de lei de condicións xerais declaraba que “as condicións xerais non poderán impoñerlle ó contratante sometido a estas o pagamento dunha indemnización non razoable en caso de incumprimento, total ou parcial, de resolución ou de renuncia do contrato”, o que permite entender que a prohibición se refire tanto ás penas de importe demasiado elevado en relación co dano causado ou, o que será frecuente, que non gardan rela-

¹¹¹ A STS do 28 de marzo de 1956 (Arzdi. 1539) declarou nula a cláusula prevista en caso de incendio coa cal a compañía aseguradora resultaría liberada de responsabilidade se o asegurado, para xustificar ou valoralos obxectos sinistrados esaxerara a contía dos danos.

¹¹² *Vid.* sobre a dificultade de situación da cláusula penal nos supostos do art. 10 LCU, e alí información, DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Madrid 1992, páxs. 483 a 491. En xeral, sobre o tema, recentemente, con outras referencias, RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., “Sobre la cláusula penal en el Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, páxs. 511 e segs.

ción coa levidade do incumprimento do consumidor como, tamén, ás que resulten ser demasiado baixas tal e como A. Pinto Monteiro¹¹³ defendeu en Portugal en relación co art. 19.c) do Decreto-lei 446/85, do 25 de outubro, sobre "cláusulas contractuais xerais"¹¹⁴, que inclúe entre as cláusulas relativamente prohibidas aquelas que "*consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir*", pero, en calquera caso, sen que caiba ningunha dúbida de que ha de considerarse vexatoria e abusiva toda cláusula penal que non sexa substitutiva dos danos e prexuízos causados, o que, sen embargo, non pode ser mantido, por exemplo, no dereito portugués¹¹⁵, e que é, na actualidade, contemplado, nas varias veces citada disposición adicional primeira, IV, 24, que considera abusivos "os incrementos de prezo por servicios accesorios, financiamento, aprazamentos, recargos, indemnización ou penalizacións que non correspondan a prestacións adicionais susceptibles de ser aceptados ou rexeitados, en cada caso expresados coa debida claridade ou separación".

En fin, o acerto –e a necesidade– de incluír no elenco de cláusulas abusivas a pena non substitutiva da indemnización de danos e prexuízos realmente producidos pode evidenciarse con relativa facilidade ante a doutrina establecida pola Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado nas resolucións do 8, 9, 10, 11 e 14 de outubro de 1991¹¹⁶, onde, nun contrato de compravenda a prazos no que a falta de pagamento dos dous últimos prazos ou do último deles ten o carácter de condición resolutoria explícita, se sostén que os medios de que dispón o rexistrador (art. 18 da Lei hipotecaria) lle impiden apreciar se ten carácter abusivo conforme a LCU unha cláusula en virtude da cal, no caso de resolución, o vendedor poderá detraer, para efectos da consignación do art. 175 do Regulamento hipotecario, unha determinada cantidade por cada mes ou fracción en concepto de renda polo uso da cousa e, ademais, en concepto de cláusula penal, a metade das cantidades satisfeitas, co límite en ámbolos dous casos do 20 por 100 do prezo total do predio vendido por cada ano transcorrido, todo iso á parte de quedar en beneficio do vendedor, sen dereito a indemnización, cantas obras e instalacións se realizasen na leira.

Pois ben, en tal caso en que, ademais da apropiación das melloras realizadas na leira, se introduciu unha cláusula que, como sinalou o

¹¹³ *Cláusula penal e indemnização*, Coímbra, 1990, páx. 598.

¹¹⁴ *Diário da República-I Série*, n.º 246.

¹¹⁵ *Vid.* PINTO MONTEIRO A., *op. ult. cit.*, páxs. 592 a 601, onde demostra que no Decreto-lei 446/85 se distingue entre a cláusula penal, a función esencial da cal será coercitiva, e a cláusula simplemente indemnizatoria, pois fronte á regulación da primeira no art. 19.c), o art. 22.c) inclúe entre as cláusulas relativamente prohibidas aquelas que "*limiten a responsabilidade de quem as predisponha, por vício da prestação, a reparações ou a indemnizações pecuniárias predeterminadas*"

¹¹⁶ Arzdi. 7494, 7495, 7496, 7497 e 7498.

rexistrador no seu informe, é “estrictamente penal, que vai máis alá da indemnización do dano”, a Dirección Xeral dos Rexistros e do Notariado considera que o rexistrador carece de medios para aprecia-lo seu carácter abusivo, o que, ó parecer, aínda que non se di expresamente, se reserva á apreciación dos xuíces e tribunais, segundo alegou o notario no recurso gubernativo, con cita das resolucións do 16 de febreiro e do 16 de marzo de 1990¹¹⁷, de todo o cal pode, en fin, colixirse a necesidade da súa constatación na lei para clarifica-lo seu réxime xurídico¹¹⁸ en concordancia coa reiterada doutrina xurisprudencial que ordena que, ademais da necesidade de constar en pacto expreso, as cláusulas penais han de interpretarse restrictivamente¹¹⁹.

5. Pactos de limitación de responsabilidade permitidos

No art. 25 LCU determínase que a proba da culpa exclusiva –extensible tamén á culpa concorrente de forma determinante¹²⁰– do consumidor ou das persoas das que deba responder civilmente liberará de responsabilidade a calquera dos membros da cadea de produción e distribución, sobre os que, desde logo, debe recaer-la carga da proba, co que resulta suficiente que o consumidor demostre os danos e prexuízos, o defecto do produto e a relación de causalidade entre aqueles e este, tal e como expresamente se advirte na proposta de directiva do Consello sobre a responsabilidade do prestador de servizos no seu artigo 5, así como tamén se prevía no mesmo artigo 5 do Proxecto de lei de responsabilidade civil polos danos causados por produtos defectuosos.

¹¹⁷ Arzdi. 730 e 2301.

¹¹⁸ Vid. amplas referencias á xurisprudencia hipotecaria en relación co art. 10 LCU en CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M^a., *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, Madrid, 1993, páxs. 127 a 161 e “Circunstancias generales de la protección del consumidor en materia de vivienda”, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, tomo I, Madrid, 1993, páxs. 122 a 138, así como en ALBIEZ DOHRMANN, K.J., “El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, páxs. 1454 a 1478.

¹¹⁹ STS do 14 de febreiro de 1992 (Arzdi. 1270) e alí referencias. Vid. tamén ampla información en igual sentido na SAP de Barcelona, sección 15^a, do 29 de xaneiro de 1992 (Arzdi. C. 365/1992), onde precisamente, en aplicación da LCU, se considera abusiva a cláusula penal controvertida.

¹²⁰ Cfr. DÍAZ ALABART, S., *Comentarios*, cit., pág. 294.

É dicir, como se destaca na SAP de Cádiz, sección 1ª, do 7 de maio de 1992¹²¹, tendo en conta que a proba do consumidor, de que pola súa parte non houbo culpa, raia no diabólico, resulta correcto que a LCU, informada polo principio a prol do consumidor como principio xeral do ordenamento xurídico (art. 11 LCU), recollido expresamente na Constitución (art. 51), materialice “unha presunción *iuris tantum* de autoría do fabricante, que precisa para quedar exonerado da proba en contrario: a) sobre a culpa exclusiva do consumidor... e b) sobre o cumprimento das esixencias e requisitos regulamentariamente establecidos e os demais coitados e dilixencias que esixa a natureza do produto”.

Incluso, non hai inconveniente en que o nexo causal e o defecto do ben ou servizo se demostre a través da proba de presuncións, tal e como sucedeu no suposto xulgado, na SAP de Zaragoza do 13 de decembro de 1991, nun caso no que se condena o fabricante dunha botella de viño espumoso que estourou no carriño do supermercado no que a depositara a demandante no momento en que esta lla ía entregar á caixeira, e deduce que a explosión foi debida a un defecto da botella ou do embotellado do viño espumoso, e que, en consecuencia, é responsabilidade da fabricante, do feito de que esta non puidese demostrar ningunha outra explicación que resultase lóxica, pois non se considera convincente que a causa da explosión fora unha defectuosa manipulación da botella pola parte actora ou a unha defectuosa embalaxe porque, en tales eventos, o normal é que a botella estoupara ó ser golpeada ou desembalada.

Parecido presuposto fáctico, neste caso o estourido dunha botella de gasosa ó servirse por si mesmo o cliente nun hipermercado, acaeceu no suposto xulgado pola SAP de Huelva, do 20 de xullo de 1990¹²², que condena solidariamente o fabricante, distribuidor e vendedor en aplicación dos arts. 25 e 27.2 LCU precisamente porque tales demandados non levaron adiante a proba que a eles lles incumbía – “nin sequera intentaron levantar esta carga probatoria” – da súa propia dilixencia e da negligencia do consumidor na manipulación da botella, especificándose que, desde logo, non era este último o que debía proba-la culpa ou a negligencia dos demandados, o que, pola contra, non sucedería de ser aplicable o art. 1902 CC como se salientou na SAP Valencia, sección 7ª, do 10 de xullo de 1992¹²³ que, no mesmo caso de lesións producidas por estourar unha botella de gasosa e ante a imposibilidade de aplica-la LCU, pois o demandante é almacenista e expendedor a terceiros, non outorga a indemnización ó non probarse a culpa do fabricante, presuposto este, a culpa, sobre o que se continúa asentando o noso sistema de responsabilidade extracontractual

¹²¹ RGD 1992, páxs. 12291 e segs.

¹²² RGD 1991, páxs. 11515 e segs.

¹²³ RGD 1992, páxs. 10640 e segs.

e do que non é posible prescindir con carácter xeral¹²⁴, malia a reiterada xurisprudencia que, no campo aquiliano, se inclina cara á adopción dunha responsabilidade obxectiva ou por risco¹²⁵.

No mesmo sentido que a Audiencia de Huelva, e ante similar suposto de feito, producíronse tamén as SSAP de Valencia, sección 7ª, do 23 de outubro de 1989¹²⁶ e de Bilbao, sección 3ª, do 15 de xaneiro de 1990¹²⁷, nas que a condena ó pagamento das indemnizacións á vítima ante a rotura, en ámbolos dous casos, dunha botella de gasosa se fundamentou na aplicación dos arts. 25 e segs. da LCU, o que, igualmente, sucedeu na SAP de Barcelona, sección 16ª, do 4 de febreiro de 1992¹²⁸, na que se pon de relevo que “o verdadeiro problema do presente litixio, como tantas veces ocorre na problemática do produto defectuoso, estriba na proba do concretamente sucedido”, e na que se conclúe a responsabilidade solidaria do fabricante e vendedor ante a explosión dun recambio de sifón doméstico que causou graves feridas porque calquera das alternativas do informe pericial, sobrepresión de gas ou fatiga do material, implican produto defectuoso mentres que “pola contra, non hai base suficiente para pensar na incidencia dunha conducta negligente do propio prexudicado que interfirise na produción do evento...”.

Con análoga orientación, na SAP de Santander, sección 2ª, do 3 de abril de 1990¹²⁹, condénase o vendedor (ó descoñecerse o fabricante –pese a ser requirido aquel en acto de conciliación para identificar este–) dunha cafeteira, a asa da cal se desprende a primeira vez que o usuario a utilizaba espaxándose o café quente que lle causou lesións ó fillo menor do actor, e considérase que a causa eficiente dos danos é un defecto de fabricación da cafeteira, non froito de manipulacións posteriores “sendo de destacar que, pola propia dinámica dos feitos, resulta imposible esixir outras probas (...) que non sexan o testemuño das persoas que os presenciaron, como é normal que así sexa cando se trata dun suceso ocorrido nun domicilio particular”.

¹²⁴ En tal sentido, SSTS do 31 de xaneiro de 1989 (Arzdi. 182); 20 de febreiro de 1992 (Arzdi. 1326) e 12 de febreiro de 1993 (Arzdi. 762).

¹²⁵ Así, entre as últimas, para accidentes laborais, SSTS do 20 e 25 de febreiro de 1992 (Arzdi. 1325 e 1554); verbo de accidentes de ferrocarril, STS do 24 de xaneiro de 1992 (Arzdi. 207) e 24 de febreiro de 1993 (Arzdi. 1251), aínda que nesta última non se considera necesario acudir a tal tendencia...

¹²⁶ A Lei 1990-1, 723.

¹²⁷ Vid. exposición e comentario das ditas decisións realizado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Poder Judicial*, n.º 20, decembro 1990, “Dos casos judiciales de responsabilidad derivada de daños causados por productos defectuosos”, páxs. 69 a 73.

¹²⁸ RGD 1992, páxs. 7423 e segs.

¹²⁹ RGD 1991, páxs. 11598 e segs.

Así mesmo, na SAP Huelva do 15 de abril de 1988¹³⁰, en aplicación do art. 25 LCU, estímase a demanda que pretendía a correspondente indemnización ante a intoxicación padecida polo actor e os seus familiares, porque o propio demandado, que exercía unha actividade lucrativa susceptible de xerar riscos para os consumidores, recoñece que a causa do dano radica na inxestión dos aperitivos, elaborados con ovo, que lles servira e non probou que os ovos xa estaban en mal estado cando os adquiriu e que, polo tanto, a intoxicación non puido deberse á falta de atención no momento de compralos ou a unha mala conservación ou anti-hixiénica manipulación daqueles unha vez adquiridos.

Tamén, ante un presuposto fáctico que, con relativa frecuencia, se reitera na práctica forense, na SAP Lugo do 14 de outubro de 1991¹³¹ considérase acreditada a relación de causalidade entre o dano causado no vehículo entregado para ser reparado e unha acción ou omisión do taller de reparación de automóbiles, posto que a deterioración de determinadas pezas do vehículo se orixina indefectiblemente pola falta de regulación dos tempos do motor, que é unha operación absolutamente necesaria e relacionada ou inseparable da función da correa de distribución, para a colocación da cal se levou o coche ó taller e, resáltase que, ante tal suposto, “é o demandado quen ha de cargar co peso da proba tendente á súa exculpación ou á declaración da súa irresponsabilidade”.

Igualmente, ante similar suposto, na SAP Oviedo, sección 4^a, do 19 de outubro de 1992¹³² presúmese que a causa do accidente de circulación acaecido ó día seguinte en que o vehículo saíu do taller de reparación foi, precisamente, a defectuosa revisión que realizou a demandada, posto que se demostrou que o sinistro se produciu porque “se soltara a rótula da suspensión anterior esquerda, porque se encontraba frouxa ou deteriorada a rosca correspondente” e, así mesmo, que para a comprobación da causa por virtude da cal o vehículo se levou a revisión –a existencia duns ruídos estraños– resultaba, xustamente, “preciso desmontar e monta-la transmisión da roda dianteira esquerda”.

Da mesma maneira, a normativa derivada da LCU aplicouse na SAP Albacete do 18 de abril de 1990¹³³ para satisfacer a pretensión do comprador dun vehículo que, con escasos quilómetros rodados e dentro do período de garantía, se incendiou, o que lle causou danos que o fan inservible. O lume iniciouse no compartimento do motor “sen que se deduza a existencia dunha causa externa desencadeante do dano do vehículo

¹³⁰ A Lei, 1988-3, 701.

¹³¹ RGD 1992, páxs. 4730 e segs.

¹³² Aranzadi civil n.º. 4, ref. AP 1440.

¹³³ Sentencias en apelación das audiencias provinciais en materia civil e penal, 1990, núm 359, páxs. 337 e segs.

nin que, doutra parte, se demostrase a exacta causa determinante do referido evento” nin que o dono do coche incumprise os controis regulamentarios esixidos, polo cal se presume o nexo causal entre o dano e o defecto do vehículo en tanto que “se ben non se demostrou o evento desencadeante do incendio, tampouco se descartou que o incendio se xerara por un fallo de tipo mecánico, o que constitúe unha presunción de probabilidade de fallo mecánico que as entidades demandadas –vendedor e fabricante– deberon desvirtuar...”.

En cambio, o que, pola contra, non se compadece facilmente cos datos legais, en concreto cos vixentes arts. 1214 e 1253 CC, é a decisión mantida nas SSTs do 25 de marzo de 1991¹³⁴, ante danos ocasionados pola explosión dun foguete, e 23 de maio de 1991¹³⁵, nun caso en que un automóbil se incendia e arde na estrada, pois, precisamente, en ámbolos dous supostos, como de maneira velada vén recoñecer o propio Tribunal Supremo, a causa xeradora do dano pode ser moi variada e, se ben é aceptable presumir a existencia dun defecto do produto que causa un dano se non existe ningunha outra explicación razoable que xustifique o feito producido, sen embargo, se as causas deste poden ser moi diversas, non é certo que o fabricante deba probar que o dano se produciu por causa allea a el, posto que no noso ordenamento xurídico non existe ningunha presunción legal da existencia do nexo causal a favor do consumidor.

En canto á mencionada culpa exclusiva da vítima, esta habitualmente consistirá no incorrecto uso e consumo de bens e servicios, dos danos dos cales o art. 28.1 LCU *a sensu contrario* exclúe de responsabilidade ó subministrador e produtor, o que, pola súa vez, debe ser posto en relación co preceptuado nos arts. 3.2 e 13.f) LCU, que obrigan a poñer en coñecemento do consumidor de modo veraz, eficaz e suficiente as instrucións ou indicacións para o correcto uso ou consumo dos bens ou servicios así como advertilo dos riscos previsibles en función da propia natureza do ben e das persoas ás que van ser destinados, tendo neste punto especial relevancia a Directiva 87/357/CEE, sobre produtos de aparencia enganosa que poñen en perigo a saúde ou a seguridade dos consumidores, a fabricación e comercialización dos cales foi prohibida polo Real decreto 820/1990, do 22 de xuño.

Pois ben, da interpretación combinada dos preceptos da LCU anteriormente expostos pode deducirse que, se pacte ou non, é válida a li-

¹³⁴ Arzdi. 2443.

¹³⁵ Arzdi. 3784, comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Cuadernos Cívil de Jurisprudencia Civil 1991*, núm. 26, páxs. 603 e segs., onde destaca que o “Tribunal Supremo confunde el tema de culpa con el tema de nexo causal. No parece correcto, en ausencia de presunción legal, que el fabricante deba probar que el incendio del coche se produjo por causa ajena a él”.

mitación ou exoneración de responsabilidade ante danos causados por culpa exclusiva da vítima, a pesar do uso ou consumo correcto do produto (así, un diabético que inxire produtos contraindicados para o seu padecemento) pero tamén que o fabricante terá que responder dos danos, aínda ocasionados por un uso incorrecto do consumidor se este non foi advertido dos riscos do produto.

Así as cousas, e na marxe dos casos de culpa exclusiva da vítima, adquiren especial transcendencia as instrucións de uso ou consumo do produto e, así, na STS do 3 de outubro de 1991¹³⁶ condénase a entidade productora dun insecticida a indemnizalo actor ante os danos ocasionados, polo dito produto, na súa colleita de limoeiros, posto que na etiqueta adherida ós envases do insecticida figuraba anunciado este como eficaz para erradicar a praga que sufría a colleita cando en realidade carecía desa anunciada eficacia e, ademais, a súa aplicación ocasionou a perda da colleita e, igualmente, se ben en aplicación dos usos a que se refire o art. 1258 CC, na STS do 23 de marzo de 1988¹³⁷ se condena a empresa titular da explotación dunha estación de esquí a responder dos accidentes debidos á falta de información sobre o estado perigoso das pistas.

De novo, ante a proba que fai o consumidor, nos termos anteriormente anunciados, do dano, o defecto do produto e a relación de causalidade, correspóndelle ó empresario demostrar non só o estado normal do produto ou o uso incorrecto do mesmo senón, tamén, polo menos en xeral, "a adecuada información ó consumidor sobre o perigo do produto e as formas de evitalos" como conclúe a SAP Bilbao, sección 4ª, do 27 de xaneiro de 1993¹³⁸ na que se condena a compañía productora e a distribuidora dunha bombona de gas butano que, ó intentar cambiala o consumidor, estourou e na que se destaca que ás empresas demandadas, para exonerarse de responsabilidade, lles incumbía demostrar o uso incorrecto que o consumidor fixo da bombona así como que nela incorporan, en termos patentes e claros, a debida información sobre o dito uso "nin que a mencionada información alerte sobre operacións ou manipulacións do produto que entrañen uso incorrecto ou risco do consumidor", o que, ó non considerarse probado no curso do procedemento, supón a condena solidaria dos demandados.

O referido deber de información dos caracteres e, tamén, dos posibles riscos xerados polo uso ou consumo do produto só pode excepcionarse naqueles casos nos que se aprecie que tales riscos son xeralmente coñecidos ou de fácil recognoscibilidade e, así, na actualidade, non parece que poida prosperar a reclamación de danos e prexuízos á saúde irrogados por

¹³⁶ Arzdi. 6902.

¹³⁷ Arzdi. 2226.

¹³⁸ AC 576/1993.

beber alcol ou por fumar en exceso e, aínda, para tales casos, se exige a correcta información.

Efectivamente, sobre este último aspecto, a Directiva 89/622/CEE, do 13 de novembro¹³⁹, relativa á aproximación ás disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos estados membros en materia de etiquetado dos produtos do tabaco sinala, no seu art. 4, apdo. 1, que “tódalas unidades de envasado dos produtos do tabaco deberán levar na súa cara máis visible (...) a advertencia xeral: “Prexudica seriamente a saúde” e, a continuación, no seu apdo. 2, engade que “nos paquetes de cigarros, a outra cara maior do envase levará (...) advertencias específicas...” alternando entre a lista de advertencias establecida por cada Estado partindo exclusivamente das que se recollen no anexo da directiva e as advertencias específicas que se tomen en consideración. Sinalarase no anexo que, obrigatoriamente deberán figurar nas listas nacionais as advertencias “Fumar provoca cancro” e “Fumar provoca enfermidades cardiovasculares”, incluíndose despois outras entre as que poderán elixir os estados membros.

Non obstante iso, é o certo que, como adiantamos, a ausencia de dilixencia da vítima non queda enervada, en principio, pola falta de información dos riscos do produto se estes son de xeral coñecemento e, así, a SAP de Valencia, sección 7ª, do 31 de xullo de 1991¹⁴⁰, sen prexuízo das eventuais responsabilidades administrativas, considera que non cabe imputarlle responsabilidade á empresa fabricante ou vendedora pola falta de advertencia no etiquetado do produto pirotécnico dos posibles perigos ou precaucións no seu manexo “dado o coñecemento que en calquera persoa cabe presumir acerca do particular risco que o material pirotécnico encerra, coas conseguíntes cautelas que, na súa utilización se impoñen, seguindo unha conducta dilixente que se ha de acentuar cando se trate de elementos cunhas tales peculiaridades”, do cal se estima que se revela consciente a vítima, que, ademais, no momento de lle adquirilo material ó comerciante, non realizou ningunha petición de información sobre instrucións de manexo.

En calquera caso, e na marxe destes elementos de risco, en que, segundo declarou a STS do 21 de xullo de 1989¹⁴¹, ó parecer do cal se adhire a SAP de Valencia ultimamente citada, non é suficiente a adopción dunha dilixencia media, senón que é preciso esgota-la adecuada ós deberes de coidado propios da disposición e manexo do mecanismo perigoso, a dilixencia en cuestión, como regra xeral, para determina-la culpa exclusiva da vítima, ha de ser examinada en relación non co consumidor medio ou bo pai de familia senón con referencia ó suxeito típico ó que poten-

¹³⁹ DOCE núm. L 359, do 8 de decembro de 1989.

¹⁴⁰ RGD 1991, páxs. 9440 e segs.

¹⁴¹ Arzdi. 5772.

cialmente pode ir destinado o produto (consumidor-tipo) con especial atención, no seu caso, ós denominados "consumidores de ghetto"¹⁴² ou "subconsumidores" (nenos, anciáns, persoas carentes de medios económicos ou de cultura...)¹⁴³.

En relación con este último aspecto, teñen particular relevancia a Directiva 88/378/CEE, do 3 de maio¹⁴⁴, relativa á aproximación das lexislacións dos estados membros sobre a seguridade dos xoguetes e 88/379/CEE, do 7 de xuño¹⁴⁵, sobre a aproximación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos estados membros relativas á clasificación, envasado e etiquetado de preparados perigosos así como a Directiva da Comisión 90/35, do 19 de decembro de 1989¹⁴⁶, pola que se definen, de conformidade co artigo 6 da Directiva 88/739/CEE, as categorías de preparados, os envases dos cales deben ir provistos dun peche de seguridade para nenos e/ou dunha indicación de perigo que sexa detectable ó tacto.

Con todo, convén destacar, segundo anteriormente adiantamos, as dificultades que, en determinados casos, pode entrañar acredita-la conducta negligente do consumidor, posto que se ben resulta relativamente fácil demostrar que o dano sufrido foi causado por inxerir un produto que, segundo se reflicte con claridade no seu envase ou envoltorio, caducara

¹⁴² Vid. PINTO MONTEIRO, A., "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de outubro", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa 1986, páx. 766, con cita de G. Alpa.

¹⁴³ Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca, 1985, páxs. 173 a 175 e "La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos", *Estudios sobre consumo*, núm. 18, páxs. 43 a 48.

¹⁴⁴ DO, n.º L 187/1, do 16 de xullo de 1988, na cal, no seu quinto considerando, se resalta que, co fin de que o produto non comprometa a seguridade e/ou saúde dos usuarios ou terceiros, "o grao de seguridade do xoguete debe establecerse segundo o criterio da utilización conforme o destino do produto pero tendo en conta tamén o uso previsible deste -o produto-, respecto do comportamento habitual dos nenos, que normalmente carecen do grao de "diligencia media" propia do usuario adulto" e, por iso, no art. 2.1 se sinala que "os xoguetes só poderán comercializarse se non comprometen a seguridade e/ou a saúde dos usuarios ou de terceiros, cando se utilicen para o seu destino normal ou se utilicen conforme o seu uso previsible tendo en conta o comportamento habitual dos nenos". A súa transposición ó dereito interno produciuse polo Real decreto 880/1990, do 29 de xullo, que estableceu normas de seguridade nos xoguetes.

¹⁴⁵ DO, núm. L 187/14, do 16 de xullo de 1988, que, no seu art. 6.1.b), sinala que "os estados membros tomarán tódalas medidas oportunas para que (...) os recipientes que conteñan preparados perigosos ofrecidos ou vendidos ó público en xeral non poidan ter unha forma e/ou unha decoración gráfica que poidan atraer ou excita-la curiosidade activa dos nenos ou inducir a erro ó consumidor...". Vid. un caso de infracción da normativa vixente sobre etiquetado de produtos tóxicos na sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña do 23 de setembro de 1992 (RGD 1993, páxs. 2161 e segs.).

¹⁴⁶ DO, núm. L 19/14, do 24 de xaneiro de 1990.

xa, sen embargo, a carga probatoria devén francamente complicada cando o dano se pretende derivar da consumición dun alimento, o mal estado do cal non se debe a un defecto orixinario senón á ausencia das precaucións que a súa correcta conservación esixía¹⁴⁷.

Así mesmo, ha de advertirse das dificultades que se poden producir naqueles supostos nos que, como ocorre con algúns medicamentos, nas instrucións de uso, consumo ou utilización se especifica que o mesmo haberá de realizarse baixo prescrición facultativa ou coa supervisión do subministrador, en tal caso, se se demostra que o produto se encontraba en bo estado e reunía as condicións necesarias de seguridade, será o profesional o que deba de responder dos danos causados¹⁴⁸, tal e como se decidiu na STS do 14 de novembro de 1984¹⁴⁹ ante a perda dunha colleita por incorrecta aplicación dun insecticida, as instrucións, moi detalladas, conclúen coa indicación, cualificada de “importante”, de que debía utilizarse “baixo control directo do distribuidor”, que foi condenado por considerarse que incumpriera as súas obrigas de dar adecuadas instrucións sobre a aplicación do produto.

Por outra parte, aínda cando nada se especifique no art. 25 LCU, a concorrencia do defecto do produto coa culpa do prexudicado ou da persoa da que deba responder (nunca dun terceiro, que carece de incidencia no réxime de responsabilidade do art. 25 LCU, como tamén se sinala no art. 8.1 da Directiva 85/734/CEE¹⁵⁰) haberá que ter en conta, non para

¹⁴⁷ Vid. OLMOS PILDAIN, A., “La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados por el consumo de productos alimenticios”, *La Ley* 1987/4, páx. 1023.

¹⁴⁸ Vid. REYES LÓPEZ, M^a. J., “Algunas reflexiones sobre el Derecho del Consumo y la Directiva 374/85 sobre responsabilidad por productos defectuosos”, *RGD* 1991, páxs. 55 e 56.

¹⁴⁹ Arzdi. 5554, en aplicación do disposto no art. 1902 CC, o que tamén tería que facerse actualmente porque os demandantes eran agricultores que, como tales, non reúnen a condición de consumidores do art. 1.2 e 3 LCU.

¹⁵⁰ Segundo se advertiu *retro* (nt. 8), o prazo para a adecuación á Directiva dos ordenamentos dos estados membros expirou o 30 de xullo de 1988 sen que no noso país levase adiante tal transposición. Vid. sobre a problemática da introducción da directiva en diversos estados (Reino Unido, República Federal Alemana, Bélxica e Francia) en *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux. Colloque des 6 et novembre 1986*, baixo a dirección de J. Ghestin, París 1987. Vid. abundantes referencias á xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas sobre a aplicabilidade das directivas cando son suficientemente detalladas unha vez vencido o prazo para a súa transposición ós ordenamentos dos estados membros en SAP Barcelona, sección 1^a, do 9 de setembro de 1992 (*RGD* 1993, páxs. 3804 e segs.) en onde, sen embargo, non se aplica a Directiva 85/577, do 20 de decembro de 1985, sobre protección de consumidores no caso de contratos negociados fóra dos establecementos comerciais ó considerárense as normas internas amplamente favorables ó consumidor de boa fe, que, segundo se aprecia na dita decisión, non era o caso. Igualmente, ampla información en BOTANA GARCÍA, G. A., “Incidencia de los instrumentos de Derecho Comunitario en la protección de los consumidores”, *AC* 1993, páxs. 55 e 56, especialmente nt. 13.

a exoneración de responsabilidade, cando menos se tal culpa non foi determinante, senón para a diminución do dereito á indemnización do consumidor, de acordo co texto do art. 8 da Directiva 85/734/CEE, que sinala que a concorrencia de culpa do prexudicado ou da persoa por quen deba responder pode tamén reduci-la responsabilidade do produtor e non só, segundo se deduce do art. 25 LCU, anulala¹⁵¹.

Tamén, malia o silencio da LCU –como acaece na Directiva 85/734/CEE–, debe admitirse, como criterio de inimputabilidade ou excepción ó criterio de imputación obxectiva –que non xa de interrupción do nexo causal, segundo puntualizou F. Pantaleón Prieto¹⁵²– o caso fortuíto ou a forza maior, pois a súa imprevisibilidade ou inevitabilidade supón que a súa cobertura quede marxinada do disposto na LCU, a *ratio* da cal é a protección do consumidor fronte a danos normais¹⁵³.

Do mesmo xeito, e pola mesma razón de imprevisibilidade ou inevitabilidade, dificilmente poderá admitirse a responsabilidade do produtor polos denominados riscos sobrevidos ou de desenvolvemento (*Entwicklungsgefahren, development risks*)¹⁵⁴, sen prexuízo de destacar que, neste aspecto, na Directiva 85/734/CEE, despois de declararse no seu art. 7.e) que “o produtor non será responsable se proba (...) que, no momento no que o produto foi posto en circulación, o estado dos coñecementos científicos e técnicos non permitía descubri-la existencia do defecto”, sen embargo, no art. 15 permíteselle a cada Estado membro manter –o que xa se encontraba previsto, con carácter xeral no art. 13– ou, no seu caso, dispoñer –de acordo co procedemento previsto no parágrafo 2º do men-

¹⁵¹ Vid. no sentido do texto, art. 9 do Proxecto de lei de responsabilidade civil polos danos causados por produtos defectuosos (*Boletín Oficial de las Cortes Generales* do 26 de febreiro de 1993) e, na doutrina, ROJO, A., “La responsabilidad del fabricante en el Derecho español y en la Directiva 85/374/CEE”, en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid, 1990, páxs. 156 e 157; PARRA LUCÁN, M^a. A., *op. cit.*, páxs. 401 e 402 e BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios, cit.*, páxs. 691 e 692; pero véxase en contra de tal posible redución, JIMÉNEZ DE PARGA, R., “Responsabilidad del empresario en la Ley de Defensa del Consumidor” en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pág. 652. Sobre as declaracións xurisprudenciais que se inclinan por moderar equitativamente a contía da indemnización en caso de concorrencia de culpas, SSTS de 27 de xullo de 1992 (Arzdi. 6461) e de 12 e 24 de febreiro de 1993 (Arzdi. 762 e 1251).

¹⁵² Cfr. “Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación”, *Centenario del Código Civil*, Madrid, 1990, t. II, páxs. 1561 a 1566 e *Comentario del Código Civil, cit.*, páxs. 1981 a 1988.

¹⁵³ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios, cit.*, páxs. 693 e LÓPEZ RENDO, C., “La responsabilidad civil del fabricante en la Ley General de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. Algunos problemas que plantea y perspectivas de una reforma”, *La Ley 1990/4*, pág. 952.

¹⁵⁴ Así, en Portugal, o Decreto-lei núm. 383/1989, do 6 de novembro, sobre Responsabilidade civil do produtor (*Diário da República-I Série*, núm. 255, páxs. 4880

tado art. 15– na súa lexislación que o produtor sexa responsable incluso se demostrara que o defecto do produto, o uso do cal veu causando danos nos consumidores, só puido descubrirse precisamente polo posterior desenvolvemento científico e tecnolóxico.

Como facilmente pode apreciarse, a directiva, coa solución de compromiso anteriormente exposta, non pechou definitivamente o discutido problema da responsabilidade polos riscos de desenvolvemento, isto é, polos danos ocasionados como consecuencia do insuficiente desenvolvemento da ciencia no momento en que o produto foi posto en circulación, aspecto sobre o que os argumentos esgrimidos polos representantes dos consumidores e da industria a favor ou en contra, respectivamente, de impoñe-la responsabilidade sobre o produtor son en igual medida sostibles e, en calquera caso, dificilmente conciliables¹⁵⁵.

Agora ben, a exoneración de responsabilidade do produtor polos riscos de desenvolvemento, que, con anterioridade, mantivemos e que, salvo para medicamentos e alimentos, se sostiña no Proxecto de lei de responsabilidade civil polos danos causados polos produtos defectuosos no art. 6.1.e), non chega ó extremo de liberalo de responsabilidade, desde logo, polos danos ocasionados polos defectos do produto que –descoñecidos polo fabricante do produto acabado no instante da súa elaboración– foron descubertos no posterior momento da súa distribución ó público, que leva adiante ou ben a persoa que importa o produto na comunidade ou ben o subministrador, este último en caso de imposibilidade de identificación do produtor (considerados ambos como produtores no art. 3.2 e 3.3 da Directiva 85/734/CEE).

Do mesmo xeito, non poden quedar exonerados naqueles supostos nos que, no momento en que se detecta o defecto, os posibles suxeitos responsables non procedesen coa máxima celeridade e dilixencia a advertirlos consumidores dos perigos potenciais do produto, debendo de detacarse, en fin, que o descoñecemento do defecto ha de ser absoluto, para todos, na marxe das dificultades de todo tipo –incluídas as económicas–

segs.), sinala, no art. 5, letra e, que “O produtor não é responsável se provar:...e) que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito”. *Cfr.*, na doutrina española, BERCÓVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios, cit.*, páx. 694 e LÓPEZ RENDO, C., *op. et loc ult. cit.*

¹⁵⁵ No anteriormente mencionado Decreto-lei portugués 383/1989 razónase que “O intuito de não agravar demasiado a posição do produtor... explica... não se tendo usado da facultade concedida pela directiva de introducir a responsabilidade pelos chamados riscos do desenvolvemento”. *Vid.* na doutrina española, argumentos a favor e en contra CAVANILLAS MÚGICA, S., *Responsabilidad, cit.*, páxs. 188 e segs. e ALCOVER GARAU, G., *La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al derecho español*, Madrid, 1990, páxs. 50 e segs.

que implique a investigación previa á fabricación ou posterior á súa posta en circulación.

Por outro lado, se, no noso dereito, o produtor se fai responsable dos riscos de desenvolvemento –como, para os medicamentos, alimentos ou produtos alimentarios destinados ó consumo humano, prevía o art. 6.3 do proxecto de lei de responsabilidade civil polos danos causados por produtos defectuosos–, terán que terse en conta tamén, por imperativo da máis elemental equidade de acordo coa regra *compensatio lucri cum danno*, polo menos para diminuí-la contía da indemnización, os eventuais beneficios obtidos polo produto –sobre todo, se doutra maneira non se alcanzasen tales vantaxes– que, de tal modo, compensan, en certa medida, o dano causado¹⁵⁶.

Para concluír este apartado, exporémo-la decisión mantida na SAP Cidade Real, sala 2ª, do 30 de abril de 1992¹⁵⁷, pois constitúe un bo exemplo de canto antecedentemente expuxemos; no caso, a demanda dirixírase contra o Insalud ante a contracción de hepatitis pola actora, con ocasión de operación cirúrxica nun centro hospitalario dependente do citado instituto, ó administrarlle un preparado comercial de fibrinóxeno, á actuación do cal lle imputa a inoculación do virus e a aparición da enfermidade. O Insalud recorre fronte á condena imposta en primeira instancia, ó considerar preciso que a demanda se dirixa conxuntamente contra o laboratorio fabricante da substancia e alega a concorrencia de forza maior ou caso fortuíto exonerante de responsabilidade, todo o cal foi desestimada na dita decisión de AP Cidade Real.

Efectivamente, fronte á pretendida necesidade de trae-la *litis* ó laboratorio, a Audiencia rexeita tal alegación porque “a demandante non basea a causación do dano nunha defectuosa elaboración do produto, senón en que non adoptou o organismo demandado as medidas necesarias para evitar, no seu caso concreto, o resultado lesivo, ou no fracaso ou insuficiencia das medidas que se puideran adoptar...”, á parte de que a responsabilidade solidaria imposta polos arts. 27 e 28 LCU exclúe a excepción de *litisconsorcio* pasivo necesario.

Máis interesante é o razoamento empregado na citada SAP Cidade Real do 30 de abril de 1992 para decidi-la omisión culposa do Insalud¹⁵⁸ pois despois de “chegar á conclusión, por impoñelo así a lóxica humana, de

¹⁵⁶ En tal sentido, PARRA LUCÁN, M^a. A., *op. cit.*, pág. 399, que extrae do art. 28 LCU a consecuencia de responsabilidade polos riscos de desenvolvemento na nosa lexislación.

¹⁵⁷ AC 611/1992.

¹⁵⁸ *Vid.* sobre a dificultade probatoria do nexo causal nos supostos en que o defecto do servizo consista na súa omisión PARRA LUCÁN, M^a. A. con ocasión do comentario á STS do 19 de xuño de 1990 en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, n.º 24, páxs. 861 e segs.

se-la administración do fibrinóxeno a única causa posible neste caso concreto da orixe da enfermidade”, considérase probado que o medicamento en cuestión multiplicaba enorme e innecesariamente o risco de contaxio de enfermidades infecciosas, razón pola que se deixara de utilizar desde hai sete anos en Estados Unidos así como tamén noutros centros do propio Insalud, de todo o cal –especialmente, da utilización dun medicamento xa superado cientificamente– se deduce que “non se adoptaron tódalas medidas precisas para evita-lo risco neste caso e que este non era nin efecto inevitable do acto médico nin mal necesario para o tratamento”, polo que “non cabe apreciar un caso fortuíto, a esencia do cal é a imprevisibilidade do dano nin forza maior, o fundamento da cal está na inevitabilidade do mesmo, porque o dano ocasionado á actora é xustamente previsible e evitable”.

6. Sanción da infracción dos límites das cláusulas limitativas ou exonerativas de responsabilidade

O antigo número 4 do art. 10 LCU de 1984 establecía a nulidade de pleno dereito das cláusulas que incumpran os anteriores requisitos (entre os que se contan os enumerados no inciso 6 do supradito precepto), de tal modo que se establecía a nulidade parcial do contrato con cláusulas limitativas ou exoneratorias de responsabilidade que, nos termos e cos matices anteriormente enunciados, contraviñeran os límites legalmente establecidos. A actual LCU, unha vez introducidas as modificacións previstas na LCXC, regula esta nulidade no número 2 do seu engadido artigo 10bis, establecendo que “serán nulas de pleno dereito e teranse por non postas as cláusulas, condicións e estipulacións nas que se aprecie o carácter abusivo. A parte do contrato afectada pola nulidade integrarase de acordo co disposto polo artigo 1258 do Código civil. Para estes efectos, o xuíz que declara a nulidade das ditas cláusulas integrará o contrato e disporá de facultades moderadoras respecto dos dereitos e obrigas das partes, cando subsista o contrato, e das consecuencias da súa ineficacia en caso de prexuízo apreciable para o consumidor ou usuario. Só cando as cláusulas subsistentes determinen unha situación non equitativa na posición das partes que non poida ser solucionada poderá declara-la ineficacia do contrato”.

A mentada nulidade da cláusula, ó ser radical ou de pleno dereito, “operará de forma automática”, como se sinala na SAP Málaga do 20 de outubro de 1992¹⁵⁹ e pode ser reclamada tanto por vía de acción como de excepción, sen límite de prazo¹⁶⁰, polo contratante prexudicado ou,

¹⁵⁹ Aranzadi Civil n.º 4, ref. AP 1440.

¹⁶⁰ *Vid.*, por todas, sobre a imprescritibilidade da acción de nulidade radical, STS

tamén, por asociacións de consumidores en defensa do interese xeral (arg. *ex art.* 20 LCU) ou, incluso, en defensa do interese concreto dalgún dos seus asociados, segundo se admitiu na SAP de Albacete do 8 de xullo de 1991¹⁶¹, na que se sinala que, do contrario, resultaría inaplicable o dito art. 20 LCU, “xa que é pouco probable unha lesión que afecte a toda unha colectividade e non tería sentido o incorporarse a unha asociación desa natureza se a mesma non servira tamén para salvagardar e esixir-los dereitos particulares de cada un dos seus membros”.

Unha vez declarada a nulidade parcial do contrato, a cláusula abusiva terase por non posta –a pesar de que a LCU de 1984 silenciaba a extensión da cousa xulgada, o que se prevía nos arts. 36 e 37 do Anteproxecto de lei de condicións xerais– e o contrato, sen a cláusula nula, conserva a súa validez e mantense en vigor coas subsistentes¹⁶² –que sexan claras, suficientemente comunicadas e non abusivas–, sendo, no seu caso, necesario verificar unha integración do contrato coas disposicións legais, sempre que existan, salvo que, como adoita ser habitual, se trate dun contrato atípico, e en tal suposto, a falta de dereito legal dispositivo, deberán aplicarse as regras deducibles do principio de boa fe, de acordo co disposto no art. 1258 CC e todo iso na marxe de que o predispoñente alegue que non realizaría o contrato de saber que non valerían as cláusulas irregulares, como destaca L. H. Clavería Gosálbez¹⁶³.

Só se se trata de contratos –atípicos– particulares podería, excepcionalmente, entrar en funcionamento –no lugar da cláusula abusiva– a expresa previsión supletoria das partes –cláusula de salvagarda ou sanatoria–, que, no marco das condicións xerais, tendo en conta o restrinxido –e discutible– ámbito de operatividade da autonomía privada, non debe de ter, por regra xeral, aplicación, ó constituír, normalmente, un indicio da mala fe do predispoñente (contra o disposto no antigo art. 10.1.c).

A dita conclusión ha de manterse especialmente se se trata da habitual cláusula “nos límites sinalados ou admitidos legalmente ou sen prexuízo do disposto pola lei” (que pola súa complicación, é, polo xeral, abusiva, de acordo co art. 10.1.a) e, en consecuencia, nula de pleno dereito, por aplicación do novo art. 10bis.2 (anterior 10.4.1) tamén ás cláusulas inintelixibles ou escuras, non só ás abusivas), de tal modo que só será substitutiva da sanción de nulidade do art. 10bis.2 LCU cando se de-

do 30 de setembro de 1992 (Arzdi. 7414) e sobre a posibilidade de alegala por acción e por excepción, diferenciándoa, por iso, da anulabilidade STS do 7 de xuño de 1990 (Arzdi. 4741) e, considerando que tamén esta é susceptible de opoñerse por vía de excepción, STS do 30 de decembro de 1991 (Arzdi. 9610).

¹⁶¹ RGD 1992, páx. 10700.

¹⁶² Así, STS do 13 de novembro de 1995 (Arzdi. 8601).

¹⁶³ Cfr. “Las condiciones generales de la contratación: hacia un nuevo derecho del contrato”, *Academia Sevillana del Notariado*, 1988, páx. 156.

mostre a razoabilidade da dúbida do predispoñente sobre a validez da cláusula que o induciu a complementa-las condicións xerais impostas ó consumidor con outras de salvagarda ou sanatorias, segundo advirte R. Bercovitz Rodríguez-Cano¹⁶⁴.

En calquera caso, sobre todo se nada pactaron no contrato particular para sana-la cláusula abusiva ou, con carácter xeral, esta forma parte de condicións xerais, non debe de procede-la redución e iso aínda que se previra tal consecuencia, máxime se se trata de condicións xerais.

Así, ante unha cláusula de exención de responsabilidade absoluta, a declaración de nulidade da mesma implica que o predispoñente responde tamén por culpa leve sen que lle caiba ó xuíz reduci-la cláusula sinalando a súa validez para excluí-la responsabilidade por culpa leve, pois, no primeiro caso, ante a nulidade, o predispoñente vese estimulado a redactar, desde o principio, a exclusión da responsabilidade por culpa leve mentres que se coubese a redución, o predispoñente se vería incentivado a redacta-la cláusula de redución de responsabilidade en forma abusiva coa esperanza de opoñela na súa totalidade na fase extraprocésual da vida do contrato fronte a clientes pouco informados¹⁶⁵.

Agora ben, o número cuarto do antigo art. 10 completábase cun perturbador inciso final –proveniente dunha emenda transaccional do Grupo Parlamentario Socialista do Congreso– que presentaba unha excepción á regra xeral da nulidade parcial do contrato enunciada no primeiro dos apartados do precepto, ó dispoñer que nos supostos nos que as cláusulas subsistentes determinen unha situación non equitativa das posicións das partes, será ineficaz o contrato mesmo. Esta excepción contéplase no novo artigo 10bis.2, non obstante nesta última redacción déixase ó arbitrio do xuíz, o poder declara-la ineficacia do contrato e sempre que a referida situación non equitativa non poida ser solucionada.

A declaración realizada polo antigo art. 10, congruente co carácter central do consentimento como determinante da validez dos contratos –que, sen embargo, foi obviada no primeiro parágrafo do mentado artigo– e coherente coa finalidade de toda norma xurídica de velar pola adecuada protección das partes intervinientes, entre as que tamén se conta o predispoñente, suscitara lóxicos reparos na maioría da doutrina¹⁶⁶, que, con razón, destacaba que a dita disposición non respondía ó fin de protección do consumidor que persegue a lei.

En efecto, en contradición co espírito e a finalidade da LCU e co propio principio constitucional de protección do consumidor, o anterior

¹⁶⁴ Cfr. *Estudios, cit.*, pág. 203.

¹⁶⁵ Vid. respecto disto, aínda que non comparto tal razoamento, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 430.

¹⁶⁶ Vid. e alí referencias en tal sentido, ALFARO AGUILA-REAL, J., *op. cit.*, pág. 454, nt. 294, quen, sen embargo, valora positivamente o precepto, salvo na súa redacción.

art. 10.4.2 determinaba tamén a sanción da ineficacia do contrato enteiro cando, unha vez suprimida a cláusula abusiva –acaso substituída polo dereito dispositivo– o resto do clausulado contractual determinaba unha situación non equitativa da posición da parte predispoñente –e non só do contratante débil–¹⁶⁷, polo que, como se advertiu¹⁶⁸ o adherente se vería obrigado a escoller entre soporta-las cláusulas lesivas omitindo a súa impugnación ou invocación ou ben soporta-la ineficacia do contrato, o que, en principio, implicaba a perda do ben ou servizo que necesitaba.

A dita situación de desequilibrio contra o predispoñente que o art. 10.4.2 contemplaba como constitutiva do suposto de feito determinante da aplicación da sanción nel prevista, habitualmente acaecerá nos casos obxecto do noso estudo¹⁶⁹ pois a declaración de nulidade das cláusulas de exclusión ou limitación de responsabilidade e a súa substitución polo dereito dispositivo empeorará, por regra xeral, a posición –económica– do empresario predispoñente, que aducirá calcula-lo prezo do produto en función do nivel de responsabilidade, sendo, en calquera caso, absolutamente imprescindible demostra-lo prexuízo económico considerable ocasionado polo mantemento do contrato sen a cláusula nula e, no seu caso, proba-la relación de causalidade entre prezo e nivel de responsabilidade.

Obviamente, non procederá a alegación á disposición contida no art. 10.4.2 e no novo art. 10bis.2 cando a cláusula nula sexa groseiramente contraria á lei (así, exención de responsabilidade por dolo) pois o predispoñente debía preve-la declaración de ineficacia da cláusula, polo que resulta inadmisíbel a alegación da situación inequitativa que un empresario minimamente dilixente debería evitar.

Así mesmo, resulta improcedente a ineficacia do enteiro contrato cando a situación de desequilibrio foi provocada pola supresión dunha cláusula que, no momento da impugnación ou da declaración de nulidade, resulta xa inoperativa (así, a redución excesiva dos prazos de reclamación cando o prazo legal igualmente transcorra).

Así as cousas, unha vez apuntada, sequera brevemente, a situación fáctica determinante da operatividade do segundo inciso do número cuarto do antigo art. 10 LCU, actual 10bis.2, o maior problema derivado do mesmo radica na determinación da natureza xurídica da sanción estatuída, precisamente pola ausencia de rigor técnico de que adoce: a “inefica-

¹⁶⁷ Así, SAP de Madrid do 8 de outubro de 1993 (Arzdi. 2594), citada na Sentencia da mesma Audiencia do 8 de xullo de 1994 (Arzdi. 1486).

¹⁶⁸ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios*, cit., páx. 203 e CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “Las condiciones generales”, cit., páx. 157.

¹⁶⁹ Vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., *op. cit.*, páxs. 463 e 464, sobre os grupos de casos ós que se lles aplica a regra do art. 10.4 II LCU.

cia" do contrato é unha categoría xenérica que, no noso dereito, engloba, polo menos, tres especies típicas: a nulidade absoluta, a anulabilidade e a rescisión.

Non parece defendible que o precepto poida estimarse referido á anulabilidade¹⁷⁰ non xa só porque o suposto de feito previsto é substancialmente distinto dos casos contemplados no art. 1301 CC senón, sobre todo, porque o lexislador omitiu calquera referencia a aspectos substanciais do réxime da anulabilidade (ausencia de previsión de prazo para a interposición da acción, da posibilidade de confirmación do contrato...) e iso sen necesidade xa de aludir ó carácter especial que, fronte á nulidade, representa a anulabilidade¹⁷¹, o que tanta polémica doutrinal suscitou¹⁷².

Agora ben, igualmente estimamos que a finalidade da norma de protexe-la parte afectada polo control do contido –e a integración do contrato– non se compadece facilmente coa previsión do art. 6.3¹⁷³ ou, mellor, coas declaracións xurisprudenciais –e doutriniais– respecto da nulidade radical, en concreto coa apreciación *ex officio* polo xuíz, a non produción *ab origine* de efectos do contrato na súa integridade, a súa insolucionabilidade ou a ausencia de limitación da lexitimación activa¹⁷⁴, sobre todo tendo en conta que carece de sentido –aínda admitindo que as normas da LCU teñan o seu fundamento na orde pública económica¹⁷⁵– declara-la nuli-

¹⁷⁰ Vid., sen embargo, inclinándose por tal solución, RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993, páxs. 280 e 281.

¹⁷¹ Vid. en tal sentido, e alí referencias, JORDANO FRAGA, F., *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, *Studia Albornotiana*, Boloña-Zaragoza, 1988, páxs. 20, 21, 134 e 334.

¹⁷² Vid. ampla información respecto disto en GORDILLO CAÑAS, A., "Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)", *Centenario del Código Civil*, t. I, Madrid 1990, páxs. 979 e 980, para quen a regra ou forma normal de ineficacia do contrato é a anulabilidade.

¹⁷³ Pero véxase, en cambio, en favor da nulidade total, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios*, cit., páxs. 202 e 203, aínda considerando, por iso, criticable o precepto e JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad*, cit., páxs. 415 e 416.

¹⁷⁴ Así, sobre a non confirmabilidade dos contratos nulos, STS do 31 de xaneiro de 1991 (Arzdi. 522); acerca da posibilidade de exercicio da acción por calquera terceiro interesado, STS do 22 de setembro de 1989 (Arzdi. 6351) e, respecto do automatismo dos seus efectos, STS do 15 de novembro de 1991 (Arzdi. 8406). Na doutrina, por todos, acerca de tales caracteres, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid 1971, pág. 475 e Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, páxs. 445 a 448; así mesmo, se ben destacando o carácter excepcional da apreciación *ex officio* da nulidade absoluta, acaso só predicable dos actos contrarios á orde pública (STS do 29 de marzo de 1932, Arzdi. 976), DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirixidos por ALBALADEJO GARCÍA, M., Madrid 1981, t. XVII, vol. 2, páxs. 283 e 284.

¹⁷⁵ Para GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, páxs. 976 e 980, a nulidade de pleno dereito ordénaselle á protección do interese público, o que a diferencia do réxime da anulabilidade, destinado a tutela-lo interese privado e dispoñible dos particulares.

dade do enteiro contrato se a parte á que o control puxo en situación inequitativa ou para a cal xerou unha descompensación lesiva desexa, sen embargo, a subsistencia do mesmo.

Por todo iso, parece, máis ben, que o lexislador se refire, co xenérico termo “ineficacia”, ou ben a unha nulidade absoluta particular, só invocable por instancia de parte interesada¹⁷⁶ –aquela que se viu afectada na súa situación contractual de modo prexudicial como consecuencia da supresión só da cláusula abusiva– ou, quizais, tamén, como propugna J. Alfaro Aguila-Real¹⁷⁷, á rescisión.

Todo isto sen prexuízo de destacar que, neste caso, non parece ilícito que os tribunais leven adiante unha interpretación “correctora” do precepto¹⁷⁸, como propón L. H. Clavería Gosálbez¹⁷⁹, para impedir que o predispoñente imponha a ineficacia total do contrato, de tal modo que o dito precepto sexa inaplicable cando a ineficacia total resulte lesiva para o adherente, en tal caso debe de procederse á reconstrución da regra negocial mediante a integración co dereito dispositivo e se, aínda así provoca cargas non equitativas contra o predispoñente, a solución debería ser que se reputen non incluídas tamén as cláusulas claras e non abusivas que provocaron tal desequilibrio, pero nunca a ineficacia total, que deixa o adherente sen o produto, servizo ou ben.

En calquera caso, e con isto conclúo, esta cuestión da ineficacia merece unha análise máis detallada do que permiten os límites razoables da presente conferencia, pois iso, a dita exposición máis detida, vén esixida non só polas deficiencias expostas senón, de modo especial, porque as excepcións ó carácter parcial da ineficacia do contrato con cláusulas abusivas non foron suficientemente clarificadas na Directiva 93/13/CEE, do 5 de abril, o artigo 6 da cal prevé que os estados membros establecerán que non vincularán ó consumidor as ditas cláusulas e disporán que “o contrato siga sendo obrigatorio para as partes nos mesmos termos se este


¹⁷⁶ Vid. LACRUZ BERDEJO J. L. e J., DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil*, t. I, vol. 3º, Barcelona, 1990, págs. 271 y 272 sobre la posibilidad –y necesidad– de superar, en determinados casos, los estrictos moldes de la nulidad y la anulabilidad tal como han sido rígidamente configurados por la doctrina y la jurisprudencia.

¹⁷⁷ *Op. cit.*, páxs. 459 a 461.

¹⁷⁸ O que, por outra parte, habitualmente, en situacións máis discutibles, levan adiante: especialmente en punto ós arts. 1137 ou 1138 CC nos eventos de pluralidade de intervinientes no proceso constructivo se non pode precisarse a participación de cada un nos defectos da construción (STS do 8 de xuño de 1992, Arzdi. 5168) ou ante os supostos de pluralidade de autores en caso de culpa extracontractual (STS do 28 de abril de 1992, Arzdi. 4466) ou, tamén, con ocasión do carácter subsidiario da acción rescisoria por fraude, con motivo da impugnación das capitulacións matrimoniais (STS do 15 de xuño de 1992, Arzdi. 5137).

¹⁷⁹ Cfr. *Comentarios, cit.*, páx. 343.

pode subsistir sen as cláusulas abusivas”, sen que, en fin, se especifiquen os termos ou as condicións en que non ha de procede-la subsistencia parcial do contrato.

Tampouco a dita excepción á ineficacia da concreta cláusula –ou, no seu caso, á non inclusión– se podía considerar definitivamente solucionada no Anteproxecto de lei de condicións xerais da contratación, o artigo 27 do cal dispoñía que “o resto do contrato, no seu caso, conservará a súa validez, integrándose coas disposicións legais, sempre que a súa aplicación non conduza a resultados distintos dos que as partes presequiran ó realiza-lo contrato”, o que, de ningún modo, supoñía un obstáculo para que o predispoñente puidese coloca-lo consumidor na situación de acepta-la cláusula abusiva ou, do contrario, impugnala e, posiblemente, perde-lo ben ou servicio¹⁸⁰. 

¹⁸⁰ Cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “El control de las condiciones generales de los contratos”, *La Ley* 1989, páx. 1018.

LOS LÍMITES DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN EL MARCO DEL SISTEMA JURÍDICO DE LA CUOTA LÁCTEA

Fernando González Botija

Becario del Departamento de Derecho Administrativo.
Universidad Complutense. Madrid

1. Introducción

Se ha dicho con razón que "el problema de la propiedad, como en general el de todo el derecho, es un problema de límites"¹. Precisamente el aumento de la regulación y la fijación de límites o deberes cada vez más intensos al disfrute de los bienes y derechos de los operadores económicos ha llevado en muchas ocasiones a plantear hasta qué punto el legislador al usar su poder normativo establecía simplemente los límites que correspondían al contenido normal del derecho de propiedad, de acuerdo con la función social que debe cumplir, o, por el contrario, imponía cargas que traspasaban esa frontera al ser desproporcionadas o, incluso, expropiatorias, surgiendo la necesidad de indemnizar de alguna manera a los particulares afectados con el fin de evitar la ilegalidad de la norma o la posible responsabilidad patrimonial del Estado.

La Administración de la Unión Europea no es una excepción a esta dinámica intervencionista y encuentra quizás su ejemplo más notorio en el campo de la Política Agrícola Común (PAC). En este terreno hay que

¹ Véase, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo segundo, volumen primero, (Derecho de cosas), Ed.Reus, S.A., Madrid, 1987, pp. 149 y 228.

destacar el cambio que se ha producido a partir de los años setenta en la concepción de la políticas agrarias desarrolladas en el continente. Tradicionalmente la función social de la propiedad agraria se materializaba en la obligación de cultivar la tierra y en facilitar el acceso al disfrute de la misma a aquellos que no eran propietarios. Tras la segunda guerra mundial y la crisis de suministro de alimentos que sufre Europa, la Comunidad que nace en 1957 establece como uno de los objetivos de su política más ambiciosa: la PAC, el garantizar los abastecimientos. En pocos años este objetivo se cumplirá con creces hasta tal punto de que a comienzos de la década de los ochenta el problema con que se enfrentaban las instituciones europeas era precisamente el inverso, es decir, cómo acabar con unos excedentes de producción motivados por la aplicación de unos mecanismos de regulación del mercado que incentivaban a producir sin ninguna perspectiva de que los productos elaborados fuesen a tener salida en el mercado libre al garantizarse su adquisición por parte de los organismos administrativos agrícolas competentes. La necesidad de eliminar estos excedentes se había convertido en un interés general de primer orden dado el elevado coste que esta situación suponía para las arcas comunitarias y, en última instancia, para el contribuyente europeo que tenía que costear su financiación. De este modo en este contexto, frente al antiguo deber de producir y mejorar la explotación, ahora aparece con fuerza el deber de no producir, de arrancar lo plantado, de sacrificar el ganado, de no cultivar las tierras o de retirar del cultivo las que están produciendo.

La organización común del mercado de la leche y los productos lácteos no ha sido una excepción a este fenómeno². Es más, puede decirse que el núcleo principal de la normativa adoptada desde finales de la década de los setenta en este sector constituye un conjunto de medidas tendentes a absorber de una u otra manera el excedente que se había formado en un corto espacio de tiempo. Precisamente, como consecuencia del fracaso de los primeros instrumentos adoptados, el Consejo de Ministros decidirá implantar el sistema de la conocida cuota láctea (técnicamente denominada como cantidad de referencia) a partir de 1984 con base en los reglamentos 856/84 y 857/84. La cuota, al ir ligada a la aplicación de la llamada tasa suplementaria (más conocida como "multa de la leche" y que "grava" las cantidades que se producen por encima de la cuota asignada a cada productor), supone de hecho y de derecho una limitación al disfrute de un conjunto de bienes que conforman la explotación ganadera de orientación leche y a la libertad de ejercitar esta actividad concreta³.

² Véase HERRAIZ SERRANO, O., *Régimen jurídico de los productos lácteos en la Unión Europea*, en Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 9, diciembre, 1996, pp. 149 y ss.

³ Así lo había destacado expresamente el abogado general Cosmas en su informe

Por consiguiente se trata de una limitación impuesta por la institución que principalmente ejerce el poder legislativo dentro del marco jurídico-político de la Comunidad Europea: el Consejo de Ministros, que afecta de manera directa al derecho de propiedad y a la libertad de empresa de los ganaderos que crían el vacuno de leche. Su aplicación concreta en determinados casos ha motivado que en este contexto se plantease igualmente la cuestión que hemos destacado al principio y que ha merecido una respuesta más o menos directa por parte del TJCE a cuyo estudio y análisis vamos a dedicar las siguientes líneas.

2. Normativa comunitaria y doctrina jurisprudencial

La posible violación del derecho de propiedad se ha planteado en los siguientes aspectos de la normativa comunitaria sobre cuotas lácteas:

2.1. La asignación de cantidades de referencia específicas o suplementarias.

El sistema de asignación de cantidades de referencia se basa sobre la idea de la atribución de una cuota teniendo en cuenta la producción efectuada en un determinado año de referencia (1981, 1982 o 1983) a elección de cada Estado miembro. Como se ha señalado con gran acierto⁴, aunque la reglamentación comunitaria no prohíbe expresamente el que un productor pueda producir toda la leche que desee por encima de la cuota asignada o, incluso, aunque no poseyese una cantidad de referencia, la obligación de pagar una tasa suplementaria por toda la leche que se entrega a un comprador no amparada por la existencia de una cuota hace de suyo imposible el desarrollo de una actividad de producción mínimamente rentable si no se disfruta de dicho instrumento del mercado lácteo. Aquí reside el carácter coercitivo del sistema que determina la importancia de poseer una cuota mínima que permita mantener los márgenes de beneficio de cada explotación. Por consiguiente, cualquier decisión del poder público que implique la no atribución de cuota o la atribución a un nivel insuficiente puede suponer, en determinados casos extremos, la pérdida definitiva de la explotación lechera que se gestione.

El ejemplo paradigmático de esta situación fue protagonizado por un grupo de productores que en la segunda mitad de los años setenta deci-

presentado en la sentencia Duff (ver nota 12) al afirmar que es "evidentemente innegable que el sistema de la tasa suplementaria restringe en una amplia medida el derecho de los productores lecheros a explotar sus elementos patrimoniales, pero también su derecho a ejercer su actividad profesional" (p. 593).

⁴ Ver Fuertes, M., "Aproximación al régimen jurídico de la producción láctea", en RAP, n.º 142, pp.155 y ss. (en concreto pp.191 y 192).

dieron acogerse a una normativa comunitaria en virtud de la cual se concedían primas para incentivar la no comercialización de leche y productos lácteos durante un período de cinco años. Estos productores, conocidos con la sigla SLOM⁵ se encontraron con que al finalizar dicho compromiso no tenían derecho a la asignación de una cuota, ya que su producción de leche y productos lácteos durante los años de referencia previstos era igual a cero como consecuencia inevitable de encontrarse ligados por dicho mecanismo comunitario de primas. Esta situación fue impugnada ante el TJCE quien en una larga lista de casos⁶ reconoció que la normativa comunitaria al respecto (que supuso tanto la falta de asignación de cuota a los productores SLOM, sus herederos y cesionarios directos en determinados supuestos, como el intento posterior de las instituciones comunitarias por reducir la concesión de la misma al 60%⁷ de la cantidad que en justicia les correspondía), constituía una violación de la confianza legítima ya que, aunque era cierto que las instituciones comunitarias poseen la competencia para limitar los derechos de los agricultores y ganaderos comunitarios con el fin de alcanzar determinados fines de interés general, (como es la lucha por estabilizar los mercados agrícolas y ganaderos), los productores de leche no podían esperar que a la finalización de su compromiso de no comercialización se iban a ver privados de la posibilidad absoluta de continuar con la actividad que había sido su medio habitual de vida o que iban a ver limitados en un 40% su patrimonio empresarial. Aunque el TJCE no entrará explícitamente casi nunca a tratar la cuestión de la existencia de una posible violación del contenido esencial del derecho de propiedad hay que decir que este tema va a plañear sobre toda esta jurisprudencia y será omnipresente en las alegacio-

⁵ Esta sigla proviene de la expresión neerlandesa "slachtoffers omschakeling" que significa literalmente "víctimas de la reconversión".

⁶ Ver sentencias Mulder I c/ Ministro de Agricultura y Pesca y Von Deetzen I c/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas (As 120/86 y 170/86), de 28 de abril de 1988. R. 1988, pp. 2321 y ss.; sentencias de 11/12/1990, K.Spagl c/ Hauptzollamt Rosenheim y J. Pastätter, c/ Hauptzollamt Bad Reichenhall, As C-189/89 y C-217/89 respectivamente. R. 1990, p. I-4539 y ss.; Sentencia de 22/10/1992, W. Dowling, c/ Irlanda, Attorney General y Minister for Agriculture and Food, As C-85/90. R. 1992, p. I-5305 y ss.; Sentencia de 21/3/1991, S. Rauh c/ Hauptzollamt Nürnberg-Fürth, As C-314/89. R. 1991, p. I-1647; Sentencia de 22/10/1991, G. Von Deetzen II c/ Hauptzollamt Oldenburg, As C-44/89. R. 1991, p. I-5119 y ss. y Sentencia de 5/5/1994, Marlies y H-B Kamp c/ Hauptzollamt Wuppertal, As C-21/92. R. 1994, p. I-1619 y ss.

⁷ Tras declararse la ilegalidad de la normativa comunitaria en las sentencias Mulder I y Von Deetzen I por no realizarse asignación de cuota a este colectivo de productores, el Consejo trató de solucionar esta situación realizando una asignación de cuota pero en un 60% de la cantidad producida durante el año anterior al cese de la producción conforme al Reglamento 1078/77. Este recorte del 40% se debió al temor de poner en peligro el frágil equilibrio del mercado lechero si se asignaban las cantidades totales a que en principio debían tener derecho estos productores.

nes de las partes enfrentadas. De esta manera una de las alegaciones fundamentales de los productores consistirá en afirmar que la falta de previsión en la asignación o su limitación, en un momento posterior, a un 60% del nivel de producción alcanzado en 1977, constituía una medida expropiatoria y una violación del contenido esencial tanto de su derecho de propiedad como de su derecho al ejercicio de la actividad empresarial de contenido ganadero. Frente a esta opinión, las instituciones comunitarias mantuvieron la tesis de que, o bien no podía afirmarse que existía un auténtico derecho adquirido a producir leche y, por ende, a recibir cuota⁸, o bien no se podía afirmar que existía una violación del contenido esencial de ambos derechos ya que no se le privaba al propietario de la posibilidad de dedicar su terreno a otros usos agrícolas o ganaderos sino que simplemente se le privaba de una de sus posibles utilizaciones sin más. Hay que decir que aunque el abogado general Slynn en los informes que presentó en los asuntos Mulder I y Von Deetzen I tampoco consideraba que era posible defender la existencia de tal contenido esencial, sin embargo, sí aceptaba la hipótesis de que la normativa comunitaria que no les asignaba cuota a los productores SLOM era "desproporcionada en sí"⁹.

Sin embargo, el TJCE sí entró a analizar esta cuestión de un modo expreso en el asunto Von Deetzen II, en el que se trataba de dilucidar si no constituía una violación del derecho de propiedad la condición establecida en la normativa sobre los productores SLOM en virtud de la cual estos últimos perdían su derecho a una cuota si el productor transmitía su explotación por venta o arrendamiento. Y es que, mientras el resto de los productores lácteos tenían reconocido su derecho a transmitir sus bienes sin limitación alguna, los SLOM se veían privados de una parte importante de su facultad de disposición con la consiguiente pérdida económica de las inversiones efectuadas en la explotación, vaciando, por consiguiente, una parte importante del contenido de su derecho de propiedad sobre la misma. El TJCE, pese a reconocer el "valor comercial adquirido entretanto por las cantidades de referencia" no aceptó en este caso

⁸ Esta tesis fue expresamente defendida por la Comisión en la Sentencia Von Deetzen I antes citada, ver pp. 2363 y 2364. En la sentencia Rauh (arriba citada) la Comisión, como nuestro Tribunal Constitucional en su conocida jurisprudencia sobre recorte de la edad de jubilación de los funcionarios públicos, intentó basarse en la diferencia entre derecho subjetivo y expectativa para en este caso recortar las posibilidades de transmisión de la explotación de los productores SLOM por vía hereditaria o similar. El TJCE, sin entrar a examinar este argumento concreto, interpretó la normativa comunitaria en contra de los intereses defendidos por la Comisión con el fin de enfocar dicha normativa desde una visión más favorable a la protección de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho de propiedad.

⁹ Ver sentencia Mulder I, citada, p. 2343.

concreto la existencia de una violación del contenido esencial del derecho de propiedad al declarar en primer lugar que dicho derecho

“no implica el derecho a comercializar una ventaja, como las cantidades de referencia concedidas en el marco de una organización común de mercados, que no procede ni de bienes propios ni de la actividad profesional del interesado”¹⁰.

De este modo el TJCE venía a mantener la tesis de que la cuota en sí misma no constituye un elemento patrimonial independiente susceptible de ser objeto del derecho de propiedad. Es cierto que este texto podía haberse interpretado en el sentido de que el TJCE simplemente se limitaba a advertir que con la cuota no se puede comerciar con el fin, como luego veremos con detalle más abajo, de garantizar determinados objetivos de la normativa sobre cuotas lecheras. Sin embargo, la aplicación de esta doctrina en sentencias posteriores referidas a otros aspectos de la regulación de esta materia revela que no sólo con la cuota no se puede comerciar sino que no existe el deber de indemnizar la privación de la misma como consecuencia directa o indirecta de la aplicación de determinados mecanismos legales comunitarios. En lo tocante a la pérdida del valor de las inversiones producida por esta restricción a la facultad de disposición, el TJCE recordaba que del derecho de propiedad no se desprende una prerrogativa absoluta, siendo posible la introducción de limitaciones a su ejercicio justificadas con base en la función social que debe cumplir. Por ello el TJCE concluía que, estas restricciones impuestas dentro del marco de una Organización Común de Mercados (OCM) deben responder a

“objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y que no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados. A la luz de todo lo anterior procede declarar que la regla de que las cantidades de referencia específicas vuelvan a la reserva comunitaria al vender o arrendar la explotación antes del 1º de abril de 1992, responde al deseo de evitar que se asignen dichas cantidades a agricultores que no tienen la intención de reanudar la comercialización de leche de modo duradero y que buscan únicamente obtener un beneficio económico de la asignación de una cantidad de referencia en el marco de la normativa del mercado de leche. Por consiguiente, se encuentra justificada por perseguir un objetivo de interés general. Los propietarios interesados pueden, además, sacar un provecho normal de las posibilidades de la explotación que les ofrece la asignación de una cantidad de referencia, ya sea gestionando la explotación ellos mismos, o transmitiéndola por herencia o por una operación análoga a la herencia, ya que en este último caso pueden transferir dichas cantidades a su heredero o asimilado”¹¹.

¹⁰ Ver sentencia Von Deetzen II, citada, considerando 27.

¹¹ *Ibidem*, considerandos 28 y 29.

Otro problema importante planteado ante el TJCE¹² se produjo en relación con la aplicación de los arts. 3 y 4 del Reglamento 857/84, los cuales permitían la atribución de cuotas específicas o suplementarias a productores que se encontrasen en determinadas circunstancias (jóvenes agricultores, productores que ejercían la actividad lechera a título principal, etc.). Uno de los colectivos que podía ser beneficiado con dichas cuotas estaba constituido por aquellos ganaderos que habían suscrito antes del 1º de marzo de 1984, con base en la Directiva 72/159/CEE, un plan de desarrollo de su explotación lechera, o aquéllos que sin llegar a acogerse a la aplicación de dicha Directiva habían emprendido igualmente importantes inversiones para mejorar su explotación lechera normalmente con el fin de poder aumentar su producción. La instauración del régimen de cuotas puso en dificultades a varios de ellos ya que la cantidad de referencia que se les asignó no les permitía alcanzar los objetivos previstos en el plan, o, al menos, dar rentabilidad a las inversiones realizadas, planteándose abiertamente la cuestión de si estos productores podían invocar “un derecho adquirido con el fin de realizar los objetivos de producción previstos en el plan” ya que, “debían contar con la estabilidad de los compromisos contraídos anteriormente para permitirles aumentar la productividad de su explotación”¹³.

El TJCE destacó que los estados miembros gozaban de una facultad de apreciación a la hora de decidir si le asignaban o no una cuota suplementaria a este colectivo de productores. En el caso de que optasen por realizar tal asignación tenían la obligación de tener en cuenta el objetivo de producción previsto en el plan o la capacidad de producción adquirida con la ejecución del mismo, de tal manera que se pudiesen beneficiar de los frutos de las inversiones realizadas. Por ello no estaba permitido realizar asignaciones a tanto alzado a todos los productores afectados por igual. Sin embargo, esta obligación no significaba que tuviesen que atribuir la misma cantidad prevista en el plan o una cantidad que guardase una estricta proporcionalidad con la capacidad productiva que podía llegar a alcanzarse con la ejecución del mismo. Es más, los estados miembros podían atribuir una cantidad con base en otros criterios objetivos no discriminatorios, como por ejemplo, objetivos de carácter social (como beneficiar a los pequeños productores), o tener en cuenta, por razones de

¹² Y que también ha dado pie a una interesante, aunque menos copiosa, jurisprudencia. Ver a este respecto: Sentencia de 11 de julio de 1989, D. Cornée y otros c/ Copall y Laiterie coopérative du trieux, As. ac 196/88 a 198/88, R. 1989, p. 2309. Sentencia de 12 de julio de 1990, G. Spronk c/ Minister van Landbouw en Visserij, As. C-16/89, R. 1990, p. I-3185. Sentencia de 15 de febrero de 1996, F. Duff e. a. c/ Minister for Agriculture and Food, Ireland y Attorney General, As. C-63/93, R. 1996, p. I-569.

¹³ Ver Sentencia Cornée citada, cuestión planteada por el abogado general Van Gerven, p. 2335.

simplificación administrativa, el número de emplazamientos de estabulación creados con la ejecución del plan, a condición de que la cuota que se asignase por emplazamiento se determinase en función de la producción nacional media de leche por emplazamiento. Igualmente era legítima la exclusión de cualquier cuota específica o la atribución de una cuota notablemente inferior a la capacidad adquirida para determinadas categorías de productores que habían desarrollado estos planes pero que poseían explotaciones de gran tamaño¹⁴. Esa facultad de apreciación concedida a los estados miembros se interpretó en determinados casos como la ausencia de obligación de dichos estados de prever algún tipo de asignación de cuota específica. Esto motivó que se acabase por plantear directamente ante el TJCE hasta dónde podían llegar los estados en el uso de dicho poder, cuestión que fue resuelta en el asunto DUFF¹⁵. El paralelismo con los productores SLOM a primera vista no podía ser más evidente. Nos encontrábamos con un colectivo bien determinado de productores que incitados por un acto de la comunidad: la Directiva 72/159, se habían visto incentivados a emprender planes de desarrollo de su explotación. Al no recibir ahora cuota suficiente se podía poner en peligro tanto la viabilidad de la explotación como la rentabilidad de las inversiones realizadas. Sin embargo, este paralelismo no fue admitido por el TJCE quien, en primer lugar, destacó que esa facultad de apreciación abarcaba la posibilidad de no asignar cuota específica a este colectivo de productores. Para el TJCE¹⁶ esta falta de previsión no afectaba a la sustancia del derecho de propiedad ya que aunque se les impedía a los productores afectados aumentar su producción, por el contrario se les permitía continuar su actividad lechera al nivel de su producción alcanzado en 1983. Y es que no resulta posible trazar un paralelismo con la situación sufrida por los productores SLOM ya que el hecho de no recibir una cuota suplementaria por haber desarrollado un plan de inversiones suponía una restricción justificada por un fin de interés general: luchar contra el excedente, la cual no les afectaba específicamente por haber adoptado el plan. De este modo, estos productores no podían esperar, dada la situación del mercado lácteo, que no se iban a ver sometidos a restricciones que se

¹⁴ Ver Sentencia Cornée citada, considerando 12 y Sentencia Spronk citada considerando 15, 16, 24, 26, 28 y 29.

¹⁵ Obsérvese que, como destaca el abogado general en su informe (ver Sentencia Duff citada, p. 593), el objeto de la cuestión no era si la cuota es objeto autónomo del derecho de propiedad sino si el derecho al uso y disfrute de unos bienes del productor lechero está afectado de un modo intolerable por una limitación que consiste en la atribución de una cuota que ha sido fijada sin que se tomase en consideración la existencia de un plan de desarrollo de la explotación que conduciría a un nivel de producción más elevado que el que se alcanzó en el momento de la instauración del régimen.

¹⁶ Sentencia Duff citada considerando 31.

podiesen emprender por parte de los poderes públicos con el fin de estabilizar dicho mercado. En definitiva, no existía, como destacaba el abogado general, un objetivo en la Directiva autónomo tendente a incrementar la producción, con lo cual era difícil argumentar la existencia de un derecho. Es también innegable que desde el punto de vista económico estas restricciones debían ser muy sensibles para los productores que habían suscrito un plan que no habían concluido en el momento de instaurarse el sistema de cuotas. A la pregunta de si tal restricción era inadmisibile, el abogado general ya había destacado que era justo reconocer que tal restricción, podía *"evidentemente tener una incidencia sobre la rentabilidad de la explotación o incluso afectar gravemente su situación financiera (ya que los demandantes habían puesto de relieve que habían tenido que pedir prestado considerables sumas para poder llevar a cabo los planes), pero no puede considerarse en sí que tuviese como efecto directo que los productores afectados fuesen total y definitivamente privados del uso y disfrute de su explotación (sea en el marco de las entregas de leche, sea en el marco de otra actividad) o que se les impida ejercer esta actividad lucrativa concreta"*¹⁷.

2.2. La transferencia de la explotación lechera por arrendamiento.

La instauración del sistema de cuotas planteó importantes problemas en relación con la protección del derecho de propiedad igualmente en la materia relativa a la transmisión de las explotaciones lecheras. En virtud de la normativa comunitaria (art. 7 del Reglamento 857/84) toda transferencia de una explotación lechera por compraventa, arrendamiento, etc., implicaba la transmisión correspondiente de la cuota asignada a la misma. De este modo la doctrina ha destacado como "el derecho que conlleva la cuota queda ligado a la tierra en la que se lleva a cabo la producción"¹⁸. Se trata en definitiva del principio de vinculación de la cuota a la tierra, el cual con el paso del tiempo ha experimentado un progresivo debilitamiento. La consecuencia directa de su aplicación en los orígenes del sistema dio pie a una importante polémica jurídica que enfrentó a arrendadores y arrendatarios de tierras destinadas a la explotación lechera. A la finalización del contrato de arrendamiento, la explotación o la tierra volvía a manos del propietario de la misma junto con la cuota asignada en virtud del citado principio. En determinados casos concretos se producía una situación injusta derivada del hecho de que aquellos arrendatarios que desearan continuar con su actividad lechera, o que hubiesen hecho importantes inversiones en la antigua explotación o tierra arren-

¹⁷ *Ibidem*, p. 94.

¹⁸ Véase, CASTILLO QUERO, M., *Las políticas limitantes de la oferta lechera (implicaciones para el sector lácteo español)*, Ed. MAPA (SGT), Serie Estudios, 1992, p. 88.

dada, (que habían contribuido de una manera determinante a la atribución de una cantidad de referencia ligada a la tierra), se encontraban ahora con que: o no podían retener la cuota asignada (salvo que el propietario aceptase ceder la cuota al arrendatario en virtud de la posibilidad que preveía la normativa comunitaria, lo cual era normalmente raro ya que la cuota suponía siempre una revalorización del terreno importante), y por consiguiente, continuar con la actividad lechera tal como hemos visto antes, o no podían obtener una indemnización por el hecho de haber contribuido a la asignación o aumento de la cuota ya que la misma no se consideraba como una mejora patrimonial susceptible de indemnización de acuerdo con las normas relativas a los arrendamientos rústicos. La importancia de este problema ha sido notable especialmente en los países del Norte de Europa en donde la costumbre de arrendar terrenos con dicho fin está muy extendida.

Precisamente el primer litigio que llega ante el TJCE¹⁹ con este objeto lo planteó un ganadero alemán, el Sr. Wachauf, quien había arrendado una tierra, en principio no destinada a la actividad de producción de leche, poco antes de la introducción del sistema de cuotas en la cual había invertido considerables sumas para habilitarla como explotación lechera. Al concluir su contrato de arrendamiento en 1983 decidió solicitar a las autoridades administrativas una indemnización por el abandono definitivo de la producción lechera. El Sr. Wachauf se encontró con una negativa a su solicitud por parte de dichas autoridades ya que no contaba con el consentimiento del propietario del terreno arrendado, requisito absolutamente indispensable introducido por la legislación nacional alemana para que el arrendatario saliente pudiese obtener una indemnización por este concepto. El problema que se planteaba con el Sr. Wachauf radicaba en el hecho de que gracias al trabajo y esfuerzo realizado por él, en los años anteriores a la instauración del régimen de la tasa suplementaria, el propietario de la tierra arrendada podía ahora optar a la asignación de una cantidad de referencia o cuota viendo así revalorizarse de un modo considerable su terreno sin haber realizado ninguna inversión propia, mientras que el arrendatario saliente se veía privado del fruto de su trabajo al no poder llevarse consigo la cuota, debido al principio de vinculación de la cuota a la explotación antes citada sin tener derecho al pago de una indemnización compensatoria. Una de las cuestiones que se discutió ante el TJCE fue precisamente la de saber hasta qué punto este posible efecto de la normativa comunitaria violaba el derecho de propiedad y si la cuota, en tanto que tal, era susceptible de ser objeto de dicho derecho, cuyo titular en virtud de la normativa comunitaria era el mismo productor, en este caso

¹⁹ Ver, Sentencia de 13 de julio de 1989, H. Wachauf, c/ República Federal de Alemania, As. 5/88. R. 1989, pp. 2609 y ss.

el arrendatario, con lo que la privación de la misma sin indemnización constituiría una auténtica expropiación. Al hilo de estas cuestiones se enfrentaban dos posturas claramente antagónicas. Por un lado la mantenida por la comisión, quien, tras destacar que el arrendatario ya obtenía una compensación de su trabajo haciendo suyos los frutos obtenidos (la leche), ponía de relieve que

“la cuota lechera está vinculada, según la voluntad del autor del Reglamento n.º 857/84, a una explotación o a una superficie agraria y no es fruto del trabajo de los productores de leche. Por consiguiente, no procede reconocer a estos últimos un derecho subjetivo ejercitable autónomamente sobre una cantidad de referencia exenta de tasas”²⁰.

Frente a esta posición, el abogado general Jacobs destacaba que:

“A mi juicio, esto (la tesis defendida por la Comisión y el Gobierno británico) puede, en su caso, coincidir con la intención de la legislación comunitaria pero no con la realidad económica. Si se analiza la naturaleza de la cuota desde el punto de vista del productor, está claro que representa de hecho una autorización de producir una cantidad determinada de un bien (leche) a un precio garantizado en mayor o menor medida, sin incurrir en una sanción (tasa suplementaria). En un mercado materialmente paralizado por la introducción de las cuotas, semejante “autorización” adquiere necesariamente un valor económico. Este valor se traduce esencialmente en un aumento de la renta del arrendamiento de la finca y del valor económico de las explotaciones productoras de leche”²¹.

Por consiguiente, aceptada la hipótesis de que la cuota era un bien susceptible de ser objeto autónomo del derecho de propiedad, no le era difícil afirmar que podían “existir situaciones en las que el hecho de que el arrendatario pierda definitivamente el uso y el valor de la cuota, a la conclusión del arrendamiento, pueda considerarse una medida expropiatoria”²².

El TJCE por su parte, sin entrar a analizar esta cuestión específica con detalle, destacó que:

“Una normativa comunitaria que privara sin compensación alguna al arrendatario, al término del contrato de arrendamiento, del fruto de su trabajo y de las inversiones por él efectuadas en la explotación arrendada, sería incompatible con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. Dichas exigencias vinculan, asimismo, a los estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben tales exigencias”²³.

²⁰ *Ibidem*, pp. 2619 y 2620.

²¹ Sentencia Wachauf citada, p. 2630.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*, considerando 19.

Por lo tanto la normativa comunitaria arbitraba fórmulas para que los estados miembros, dentro del margen de apreciación suficientemente amplio que les reconocía el TJCE, pudiesen indemnizar a los arrendatarios afectados, bien permitiéndoles retener la cuota, bien abriendo vías o permitiendo que recibiesen indemnización por la cuota perdida cuando “la importancia de la contribución del arrendatario a la producción lechera lo justifique”. Debe advertirse que la sentencia Wachauf es anterior cronológicamente a la jurisprudencia Von Deetzen II antes citada, con lo que puede decirse que en cierta manera la doctrina sentada en esta sentencia, abría grandes posibilidades al reconocimiento de la cuota como un bien susceptible de ser un objeto autónomo del derecho de propiedad, se vio frustrada en sus potencialidades. Aunque con esta sentencia parecía fácil deducir que los estados miembros venían obligados a garantizar en todo caso que los arrendatarios afectados recibiesen algún tipo de compensación, sin embargo, la visión estrictamente de la cuota como instrumento público consagrada en la Sentencia Von Deetzen II cerrará esta posibilidad de interpretación favorable a los intereses de los productores. La confirmación de esta última circunstancia se produjo en el asunto Bostock²⁴ en donde se examinó un caso parecido en relación con unos productores británicos que se habían encontrado en la misma situación que el Sr. Wachauf. La diferencia entre este último y aquéllos residía en el hecho de que en el Reino Unido el legislador se había apresurado a dictar una norma *ad hoc*²⁵ con el fin de prever una indemnización para los arrendatarios que al finalizar su contrato se encontraban imposibilitados de retener la cuota asignada a la explotación. El único problema que presentaba esta norma radicaba en el hecho de que no poseía carácter retroactivo, dicho de otro modo, dejaba sin derecho a recibir una indemnización a un conjunto de productores que habían finalizado sus contratos de arrendamiento en el período que se extendía desde la instauración del sistema de cuotas hasta la entrada en vigor de esta norma. Este colectivo consideraba que el hecho de no haber previsto una indemnización para ellos suponía violar, entre otros derechos fundamentales, el derecho de propiedad. Se trataba en definitiva de saber el alcance de la doctrina sentada por el TJCE en la Sentencia Wachauf y, en concreto, si los estados miembros venían obligados, so pena de violar el derecho de propiedad tal como es amparado por el derecho comunitario, a prever siempre una indemnización en estos casos. La respuesta del TJCE confirmó su doctrina establecida en la Sentencia Von Deetzen II (considerando 27 citado) a la que antes nos hemos referido.

²⁴ Sentencia de 24 de marzo de 1994, *The Queen, c/ Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, ex parte: Dennis Clifford Bostock. R, 1994, pp. I-955 y ss.

²⁵ Ver, *Agriculture Act. 1986* (1986 c 49), en *Halsbury's Statutes Service*, vol.1, agriculture, Pr. 3, pp. 873 y ss.

2.3. Las reducciones y suspensiones lineales de las cuotas asignadas a los estados miembros.

El sistema de cuotas supuso un rápido efecto benefactor sobre la situación excedentaria del mercado que pronto comenzó a desvanecerse como consecuencia de la relajación en la aplicación de determinados mecanismos correctores de la normativa comunitaria sobre cuotas y debido al mismo funcionamiento de ciertos aspectos del sistema. Esto motivó que debido a la persistencia de la situación excedentaria se considerara que el nivel de cantidades globales garantizadas asignadas era superior al nivel estimado como deseable para llegar a una situación de equilibrio entre la oferta y la demanda. Por ello, en 1986 se adoptó una reducción lineal de las cantidades globales garantizadas de un 3%, espaciada a lo largo de dos campañas. Estas reducciones se acompañaron del establecimiento de un régimen de indemnizaciones por el abandono definitivo de la producción lechera. Poco tiempo después, en 1987, se reforzaron las medidas adoptadas el año anterior y se decretó una suspensión temporal de las cantidades globales compensada con el pago de una indemnización. La suma de ambos instrumentos²⁶, (reducción definitiva y suspensión temporal de las cuotas asignadas) suponía de hecho y de derecho la imposibilidad para los productores de disfrutar de un porcentaje importante de la cuota asignada y por ende de una parte de la rentabilidad de sus empresas.

En los primeros casos en que se planteó esta cuestión no se abordó de un modo directo la posible existencia de una violación del derecho de propiedad como consecuencia de la adopción de estas normas, enfocándose de un modo indirecto a través del examen de la posible violación del art. 39.2 b) del Tratado de Roma, el cual establece como objetivo de la PAC la necesidad de garantizar "un nivel de vida equitativo a la población agrícola, especialmente con la elevación de la renta individual de aquellos que trabajan en la agricultura" y del principio de no discriminación. El primer asunto en el que se trata esta cuestión tuvo por objeto un recurso de anulación introducido por el Reino de España²⁷ contra el Reglamento por el que se adoptaba la reducción del 3%, ya que se consideraba que dicha reducción iba a tener unas consecuencias nefastas

²⁶ La reducción del 3% se estableció con base en el Reglamento (CEE), n.º 1335/86, del Consejo de 6 de mayo de 1986, *DOCE* n.º L 119/19, de 08/05/1986. El plan de abandono fue establecido por el Reglamento (CEE), n.º 1336/86, del Consejo de 6 de mayo de 1986, *DOCE* n.º L 119/21, de 08/05/1986. Finalmente la suspensión temporal se basó en el Reglamento (CEE), n.º 775/87, del Consejo de 16 de marzo de 1987, n.º L 78/5, de 20/03/1987.

²⁷ Sentencia de 20 de septiembre de 1988, Reino de España, c/ Consejo de las Comunidades Europeas, As. 203/86. R. 1988, pp. 4563 y ss. Ver considerandos 8 y ss.

sobre determinadas regiones españolas en donde el sector lechero, caracterizado por la existencia de explotaciones familiares de dimensión reducida, asegura aproximadamente el 70% de la actividad agrícola. Esta situación se veía agravada debido al bien conocido problema, igualmente objeto de examen en este asunto, planteado por las cantidades globales asignadas a España durante la negociación del Tratado de Adhesión. El TJCE destacó que esta reducción estaba plenamente justificada con el fin de alcanzar el objetivo de estabilización del mercado lácteo y resultaba paliada por el hecho de que se había acompañado de la aplicación de un plan comunitario de abandono de la producción lechera, lo que permitía la adaptación progresiva de los agricultores a la nueva situación al preverse que su entrada en vigor se produciría un año después de la publicación de la norma y de manera escalonada. Además, resultaba una medida proporcionada al ser la opción menos perjudicial para las rentas ganaderas frente a la otra opción posible consistente en reducir el precio de intervención. Ante la alegación de la existencia de una posible discriminación contra los productores españoles frente al resto de los comunitarios, el TJCE recordaba que el Consejo no había cometido un "error manifiesto en la apreciación de los hechos", ya que la situación particular del sector español la había tomado en consideración el Consejo a la hora de fijar las condiciones de adhesión. La posible alegación del hecho de que nuestro país era deficitario y por lo tanto, no había contribuido a la creación del excedente no era aceptable ya que la reducción exigía "un esfuerzo de solidaridad en el cual debían participar del mismo modo todos los productores de la Comunidad".

La cuestión de la suspensión temporal fue igualmente objeto de impugnación con base en argumentos parecidos al caso anterior en el asunto Hierl²⁸. Se alegaba de nuevo la existencia de una posible discriminación por el hecho de que no se hubiese previsto un régimen especial de escalonamiento o una exoneración de la suspensión para los pequeños productores (estos últimos en principio, más castigados con la suspensión) y una violación del art. 39.2 b). El TJCE aprovechó para recordar en cuanto al primer argumento que "el hecho de que una medida adoptada en una OCM pueda tener repercusiones diferentes para los distintos productores en función de la naturaleza particular de su producción, no es constitutivo de discriminación desde el momento en que dicha medida se funde en criterios objetivos, adaptados a las necesidades del funcionamiento global de la OCM", y se destacaba en este caso concreto como las cantidades suspendidas son proporcionales a las cuotas asignadas. En cuanto a la existencia de un posible perjuicio para el mantenimiento de la renta

²⁸ Sentencia de 19 de marzo de 1992, J. Hierl, c/ Hauptzollamt Regensburg, As C-311/90, R. 1992, p. I-2061 y ss. Ver considerandos 11 y ss.

ganadera, el TJCE comenzó empleando los argumentos esgrimidos en el asunto anterior, poniendo el acento en que la suspensión se acompañaba además de una indemnización proporcional a la cantidad suspendida destinada a compensar (aunque no enteramente) a tanto alzado la pérdida de ingresos que hubiera podido causarse. El hecho de que las pequeñas explotaciones se hubieran podido ver afectadas, cosa que no se demostró, con mayor dureza (especialmente por estar abocados a la cría de vacas, ya que el paso a otras producciones no era ni posible ni rentable dadas las elevadas inversiones necesarias para realizar semejante reconversión de la explotación), que las grandes (gracias a las mayores posibilidades de que disponen estas últimas para reducir costes o reconvertir su actividad) en sus niveles de ingresos, no afectaba a la legalidad de la medida ya que se recordaba cómo la normativa arbitraba una serie de medidas que amparaban la posibilidad de atender a la situación de los pequeños productores.

La suspensión decretada en 1987 se prorrogó durante varios años hasta que tras la reforma de 1992 se decidió reconvertir las cantidades suspendidas en una reducción definitiva de las cuotas asignadas sin indemnización. Esta circunstancia motivó que un grupo de productores irlandeses decidiera recurrir esta medida siendo resuelto el litigio consiguiente ante el TPI en la Sentencia O'Dwyer, E. A²⁹. Si en el asunto Hierl se enfocó esta problemática desde la perspectiva de la protección de los intereses de los pequeños agricultores, en el presente caso se volvía a plantear esta cuestión, como en la Sentencia España c/ Consejo antes citada, desde el punto de vista del impacto negativo sobre determinadas regiones de la comunidad y en este caso concreto, Irlanda, cuya dependencia del sector lechero era manifiesta aunque su tratamiento por el TPI fue igual que el mantenido por el TJCE en el caso español, al destacarse que no se había probado que la situación actual de los productores irlandeses fuese "sensiblemente más difícil" que la del resto de los productores de los estados miembros. Empezando de nuevo por el art. 39.2 b), en esta ocasión el TPI aprovechó para profundizar en esta cuestión destacando en primer lugar que no se había demostrado la existencia del perjuicio alegado ya que los productores no se habían visto sometidos a la tasa gracias a la posibilidad que les ofrecía la normativa comunitaria de poder compensar los excedentes de producción experimentados por unos productores con los déficits de otros³⁰. Pero el TPI, ahondando en la línea iniciada en los asuntos que antes hemos visto y a los cuales se refirió expresamente, iba más lejos al poner de relieve que, incluso en el supuesto

²⁹ Sentencia de 3 de julio de 1995, T. O'Dwyer e. a. c/ Consejo de la Unión Europea, As. ac T-466, 469, 437, 474 y 477/93, II-p. 2071 y ss.

³⁰ Ver artículo 4 bis del Reglamento 857/84.

de que hubiesen sufrido una pérdida real de renta derivada de la ausencia de indemnización, "en una cierta medida, dicha pérdida susceptible de suponer una bajada temporal en el nivel de vida de los agricultores debía ser aceptada en el marco de las medidas que limitan la producción y que son tomadas por el Consejo con el fin de estabilizar el mercado". Esa "cierta medida" de pérdida de renta resultaba un sacrificio que se les podía exigir a los productores en la medida en que en primer lugar fuese proporcionado. En este sentido se recordaba que el requisito de la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el legislador comunitario en el campo de la PAC debía ser menos riguroso que en otros terrenos ya que debe gozar de un amplio poder discrecional al tener que evaluar una serie de circunstancias económicas complejas. De este modo, aunque para resolver el problema, del excedente lácteo, fuera posible imaginar alternativas menos restrictivas para la renta ganadera que una reducción lineal de las cuotas (por ejemplo reducir los precios de intervención), sin embargo esta última medida sólo sería desproporcionada si se demostrase que era manifiestamente inapropiada. La gran novedad que presenta este asunto con respecto a los anteriores es que, por primera vez en este terreno, se va a entrar por parte de una jurisdicción comunitaria a examinar la posible repercusión de este tipo de medidas sobre el derecho de propiedad. Los productores irlandeses alegaron expresamente que la reducción definitiva suponía una expropiación sin compensación, dado que las cantidades de referencia lecheras tienen un valor económico real, con lo que su supresión permanente sin indemnización supondría una interferencia intolerable en el derecho de propiedad y amenazaría sus explotaciones. El TPI se limitó a reiterar la doctrina establecida en las sentencias Von Deetzen II y Bostock³¹. Por consiguiente, puede decirse que con este asunto se consagraba de un modo definitivo, para el conjunto de aspectos que regulan el sistema de cantidades de referencia, la negación de la posibilidad de reconocerle a la cuota un valor autónomo a efectos de ser amparada por el derecho de propiedad.

Pero el examen jurídico de esta cuestión no se cerró con la Sentencia O'Dwyer. Poco tiempo después el TJCE hubo de pronunciarse sobre el mismo asunto en un nuevo recurso planteado por productores irlandeses y resuelto en la Sentencia IFA e.a.³². A pesar de esa similitud este caso presenta un doble interés:

En primer lugar por el análisis que hace el abogado general, Ruiz-Jarabo de la doctrina jurisprudencial consagra en la Sentencia O'Dwyer en relación con el valor de la cuota desde la perspectiva del derecho de pro-

³¹ Ver, Sentencia O'Dwyer citada, considerandos 72 y ss.

³² Sentencia de 15/04/1997, *The Irish Farmers Association e.a. c/ Minister for Agriculture, Food and Forestry, Ireland y Attorney General*, As C-22/94, I-p.1809 y ss.

piedad. Al tratar en concreto el examen del considerando 27 de la Sentencia Von Deetzen II³³ afirma que

“esto no significa que la cantidad de referencia, que es un activo ligado a la explotación agrícola, no tenga un valor económico importante. En otras palabras, el hecho de que en caso de transferencia, la cuota esté ligada a la explotación... no significa que la cantidad de referencia esté desprovista de un valor económico en sí. Esta cantidad forma parte del conjunto sobre el cual se ejerce el derecho de propiedad del propietario de la explotación agrícola, explotación cuyo valor aumenta o disminuye en función de la importancia de las cuotas que le han sido asignadas. Esta es la razón por la cual yo estimo que una suspensión definitiva de la cantidad de referencia de un productor atenta contra su derecho de propiedad y su libertad de ejercer su actividad de explotador lechero. Esto no impide considerar que la suspensión definitiva de 4,5% de las cantidades de referencia, que ha sido operada sin indemnización por los reglamentos n.º 816/92 y 1560/93 es una limitación justificada del derecho de propiedad y de la libertad de ejercicio de la actividad económica de los productores lecheros”³⁴.

Para mantener esta tesis el abogado general apunta dos razones: a) En primer lugar, la suspensión responde a objetivos de interés general perseguidos por las instituciones comunitarias en el marco de la OCM: controlar el excedente, y, b) no es desproporcionada, de tal modo que no llega a afectar la sustancia misma del derecho, destaca el “débil porcentaje de la cuota afectada sin que se amenace la viabilidad de las explotaciones”. Y es que en este caso concreto había quedado demostrado que la reducción definitiva de la cuota no iba a suponer una pérdida de rentas ya que como consecuencia del recorte en las cantidades disponibles en el mercado, los productores de leche podían esperar un aumento del precio de la leche, con lo que la capacidad de amortización y el valor de la cuota de que disponen no disminuiría y no se daría una pérdida patrimonial real. Finalmente no debía perderse de vista el hecho de que la normativa comunitaria al implantar la suspensión ya había concedido el pago de una indemnización paralela a la misma.

En segundo lugar porque el TJCE, por primera vez desde 1991 (fecha de la Sentencia Von Deetzen II), al tratar expresamente el tema de la posible violación del derecho de propiedad no repite el considerando 27 de la citada sentencia sino que se limita a advertir que:

“la conversión en reducción definitiva sin indemnización no afecta a la sustancia del derecho de propiedad en la medida en que los productores

³³ Ver nota 10 de este trabajo.

³⁴ Ver, Sentencia IFA citada, punto 18 y ss. del informe presentado por el abogado general Ruiz-Jarabo. En definitiva, este abogado general expresamente reconocía compartir la tesis defendida por el abogado general Jacobs en la Sentencia Wachauf.

irlandeses han podido continuar con el ejercicio de su actividad de productor de leche. Por otra parte, la disminución de la producción de leche ha permitido el aumento del precio de la leche compensando de esta manera, al menos parcialmente la pérdida sufrida³⁵.

Estas palabras deben conectarse con el argumento que el TJCE emplea para destacar la proporcionalidad de la medida al afirmar que los productores "no han sufrido un atentado sustancial a sus cuotas y han recibido durante cinco años una indemnización proporcionada al esfuerzo que le había sido exigido de ellos en el pasado y que ya no se estimaba necesario"³⁶.

3. Conclusión

De la jurisprudencia examinada hasta ahora es fácil establecer un paralelismo con la doctrina establecida por otros tribunales europeos como es el caso de nuestro Tribunal Constitucional. La similitud en el planteamiento o esquema aplicado es casi absoluta. Se parte de la idea de que la propiedad cumple una función social con base en la cual se pueden imponer limitaciones a su disfrute aunque siempre que se garantice el respeto de su contenido esencial o de su sustancia. La cuestión clave reside, como siempre, en saber qué criterio ha de seguirse para conocer en qué momento la limitación no respeta ese contenido esencial por su efecto expropiatorio o desproporcionado sobre el objeto del derecho de propiedad afectado.

Antes de responder a esta pregunta en el caso concreto que estamos examinando hay que empezar advirtiendo que cuando a un productor se le recorta la cuota que tiene atribuida o no se le concede la que solicita, se está introduciendo una limitación indirecta en el aprovechamiento de sus bienes para la producción de leche. Decimos indirecta porque, como destacábamos al principio, no se prohíbe comercializar la leche que supera la cuota asignada sino que la sanción a su rebasamiento se articula a través de la aplicación de la tasa suplementaria establecida en la actualidad en el 115% del precio indicativo³⁷. Por consiguiente, en el fondo se trata de una limitación que afecta a los márgenes de beneficio de la actividad empresarial y a la rentabilidad de las posibles inversiones que

³⁵ *Ibidem*, considerando 29.

³⁶ *Ibidem*, considerando 31.

³⁷ El precio indicativo es el precio de la leche que se trata de asegurar para la totalidad de la leche vendida por los productores en el cupo de la campaña lechera, en la medida en que las posibilidades de venta existentes en el mercado de la Comunidad y en los mercados exteriores.

se hayan efectuado a lo largo de la misma³⁸. Esta parte de su producción que se le priva al productor de comercializar, dada la estructura de costes de cada empresa láctea, puede suponer desde absorber el 100% de dicho margen (de tal modo que el ganadero produciría a pérdida o sin beneficio alguno) hasta simplemente representar un recorte más o menos grande de los beneficios obtenidos pero sin que se impida la continuación de la actividad empresarial. En un primer momento, y en parecidos términos a como se plantea el problema en el derecho urbanístico, el propietario de una explotación lechera no puede esgrimir ningún derecho subjetivo a que el Estado le reconozca o le respete un determinado nivel de producción o de margen de beneficio que sólo el mercado y la gestión empresarial se encargan de determinar. Desde esta perspectiva las limitaciones públicas sobre este aspecto nunca supondrían una privación singular de un verdadero derecho del que es titular el ganadero³⁹. Podría defenderse la tesis de que, con la asignación de cuota no se puede seguir manteniendo esta teoría ya que precisamente este instrumento público lo que hace es concretar, por imposición administra-

³⁸ De este modo podía surgir la duda de si esta cuestión no debería enfocarse quizás desde el principio como una limitación al ejercicio de la libertad de empresa. Es cierto que en los litigios planteados, las alegaciones de las partes han hecho referencia a la posible violación de esta libertad y en alguna ocasión el TJCE ha tratado esta cuestión. Hay que reconocer que diferenciar en el caso concreto de la actividad agrícola-ganadera entre cuándo se produce una violación del derecho de propiedad y cuándo de la libertad de empresa, puede plantear ciertos problemas. Sin embargo, aunque en casos como el de los arrendatarios parece más lógico enfocar esta cuestión desde el punto exclusivo de la libertad de empresa, hemos optado por primar el análisis desde la óptica del derecho de propiedad porque este es el aspecto objeto de un estudio más detallado por el TJCE y, porque, como señalaba nuestro TC, en el derecho agrario las limitaciones introducidas afectan de un modo indisoluble a la propiedad y a la actividad empresarial. Por consiguiente no se puede decir que las limitaciones legítimas de la propiedad pueden violar el contenido esencial de la libertad de empresa. Ver BARNÉS, J., (Coordinador): *Propiedad, expropiación y responsabilidad (la garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado)*, Ed. Tecnos., Madrid, 1995 (pp. 43, 152, 280 y ss., 569, 570, 752 y 753); PAREJO ALFONSO, L., "La garantía del derecho de propiedad y la ordenación urbanística en el Derecho alemán", en *REDA*, n.º 17, pp. 245, 254, 255 y 263 y ss. (I), n.º 19, pp. 541, 553 y ss. y 565 y ss. (II) y n.º 20, p. 33 (III), y MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 604 y ss. (tomo I).

³⁹ Esta cuestión se planteó expresamente en relación con los cambios de precios públicos realizados en el mercado del aceite de oliva en nuestro país. Ver SALAS, J., "Ordenación de precios y responsabilidad administrativa", en *REDA* n.º 2, p. 227. Igualmente en el derecho alemán no se reconoce el derecho de propiedad sobre un margen de beneficio, (ver BARNÉS, J., (Coordinador): "Propiedad, ...", *op. cit.*, p. 154). Es interesante contrastar las opiniones y jurisprudencia recogida en este trabajo sobre esta cuestión con la recogida por VILLAR PALASÍ, J. L.: "Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado", en *RAP*, n.º 16, p. 50 (nota 75), en donde se afirma que "La diferencia entre el valor en el mercado y el precio tasado supone una expropiación del contenido económico sin indemnización".

tiva, el derecho de producción y los márgenes de beneficio correspondientes, de un determinado ganadero y de una específica explotación. Por ello, es razonable pensar que en este caso concreto sí existe un derecho subjetivo a alcanzar una determinada producción. La importancia de esta cuestión se puede constatar pleito tras pleito al ser una de las cuestiones planteadas constantemente por las partes en litigio. Sin embargo, hay que destacar que en el estado actual de la jurisprudencia comunitaria examinada no es posible enfocar esta cuestión partiendo de la idea de que la cuota en sí misma es el objeto del derecho de propiedad que se limita. La explicación del interés por negar cualquier caracterización de la cuota como un bien susceptible de ser objeto autónomo de las relaciones jurídico privadas (que se pudiese comprar, vender, alquilar, etc.) o que debiese indemnizarse (cuando, como consecuencia de las medidas limitadoras adoptadas por el legislador comunitario, se produjese un recorte en la cantidad asignada a cada productor individual), hay que buscarlo en el hecho de que desde el comienzo de la aplicación del sistema de cuotas las instituciones comunitarias trataron de evitar lo que se ha denominado como un "mercado de cuotas" en donde las cantidades de referencia de un modo independiente de la tierra pudiesen ser objeto de compraventa, de arrendamiento, etc. El motivo de este rechazo reside en el deseo de impedir que muchas cuotas que en principio deberían desaparecer o pasar a la reserva nacional para ser reasignadas a cierto tipo de productores privilegiados por la normativa, continuasen contribuyendo a incrementar los excedentes lácteos, al ser objeto de una operación comercial⁴⁰. Es por ello que se decidió, en virtud del art. 7 del antiguo Reglamento 857/84 y del actual Reglamento 3950/92⁴¹, vincular la transferencia de la cuota a la de la tierra que le sirve de sustrato. Esta tesis quedaba plasmada en el tantas veces reiterado considerando 27⁴² de la Sentencia Von Deetzen II, que en

⁴⁰ Esto ya había sido advertido por el Consejo en sus alegaciones presentadas en el asunto Von Deetzen II citado (p. 5139 y ss) y por el mismo abogado general, Jacobs (Ver pp. 5140 a 5142, en especial esta última).

⁴¹ Reglamento (CEE) n.º 3950/92, del Consejo de 28 de diciembre de 1992, por el que se establece una tasa suplementaria en el sector de la leche y de los productos lácteos, DOCE n.º L 405/1, de 31/12/1992.

⁴² Obsérvese el paralelismo de la tesis del TJCE con la mantenida por nuestro TS en el asunto sobre responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la Sentencia de 20/09/1996, Ar. 6785, en relación con las pretensiones de recibir una indemnización por los daños producidos como consecuencia de la insuficiente cuota azucarera asignada a ciertas empresas y cuya culpa se atribuía en última instancia al legislador español, en tanto que último responsable de nuestra adhesión a la Comunidad. El TS rechazó esta petición manteniendo, en relación con la asignación de cuota, que "no es posible reconocer la titularidad de un derecho subjetivo o de una situación subjetiva consolidada e incorporada al patrimonio del apelante y por ello no puede reconocerse un supuesto expropiatorio que obligue a una indemnización ...".

definitiva viene a recordar que la asignación de cuota es un instrumento jurídico-público de gestión del mercado, creado por las instituciones comunitarias con base en el art. 40.3 del Tratado de Roma. Esta insistencia en el aspecto publicista de la cuota ocultaba una realidad que con el paso del tiempo se ha ido imponiendo de un modo inexorable. Dicha realidad, reconocida expresamente por el TJCE y por el Consejo⁴³, consiste en que la cuota posee un innegable valor patrimonial. Su materialización práctica se manifestó en un primer momento con la quiebra del principio de vinculación producido a nivel de las normativas nacionales (especialmente en Irlanda, Reino Unido y Holanda) sobre cuotas que ha llevado a la creación de auténticos mercados de cuotas al estilo de los que ya existían en otros países que contaban con una tradición más antigua en la aplicación de este mecanismo como Canadá. Posteriormente, la propia normativa comunitaria sobre transferencia de cuotas ha experimentado una dinámica tendente a asimilar los cambios producidos a nivel nacional lo que ocasionó un verdadero proceso de "erosión" del principio de vinculación de la cuota a la tierra que comenzó con la posibilidad que se les concedía a los estados miembros de prever que el arrendatario se llevase consigo la cuota desvinculada de la tierra, (esta última retornaba al propietario), al acabar su contrato, continuó con la autorización de cesiones temporales de cantidades de referencia (las cuales constituyen un auténtico "arrendamiento" de la cuota de un productor) y finalizó con la reforma de 1992 la cual, a la vez que conserva el principio de vinculación, consagra de una vez por todas la posibilidad de transferir cuotas sin la correspondiente cesión de tierras, aceptando transferencias duraderas, especialmente por compraventa, de cuota desvinculada de la tierra conforme a las condiciones establecidas en el art. 8 del Reglamento 3950/92. Por consiguiente si la cuota se alquila o se transfiere sin vincularla a la tierra debería tomarse plena conciencia de que se trata de un bien inmaterial susceptible de ser objeto de cualquier tipo de derecho de carácter privado. Esta tesis vendría reforzada, además de por el fenómeno antes citado que se constata en varios estados miembros, por el hecho de que las indemnizaciones o planes de abandono que han acompañado generalmente las reducciones y suspensiones lineales demuestran de un modo indirecto que el legislador comunitario ha tratado de evitar introducir privaciones de la cuota individual asignada sin articular algún tipo de compensación, lo cual es una prueba más de la conciencia del valor que se le reconoce a dicho

⁴³ Por el TJCE en el considerando 24 de la Sentencia Von Deetzen II y por el Consejo en sus alegaciones presentadas en la sentencia de 19 de mayo de 1992, Mulder II e.a. c/ Consejo y Comisión, As. C-104/89 a 37/90. R, 1992, p. 3086, en la que reconoce que la "cantidad de referencia constituye una plusvalía para el patrimonio de los interesados habida cuenta de que una explotación de que dispone de una cuota tiene un valor superior al de una explotación que no disponga de ella".

instrumento público. Sin embargo, la evolución jurisprudencial experimentada hasta el momento no parece permitir confirmar la idea apuntada por cierta doctrina, y de gran coherencia con la evolución que acabamos de exponer, de que todo recorte o privación de cuota al productor titular de la misma, sea como propietario o arrendatario de la explotación afectada, deba ser indemnizado⁴⁴.

Y es que la Sentencia IFA, arriba citada, aunque por primera vez no reitera el texto del considerando 27 de la Sentencia Von Deetzen II, no parece indicar que se haya producido un cambio radical en la jurisprudencia. Dicha sentencia más que reconocer un derecho subjetivo a la cuota cuyo sacrificio pone en marcha automáticamente el mecanismo indemnizatorio, lo que parece introducir es un método para conocer cuándo las limitaciones legales introducidas al disfrute de un bien (la explotación agraria en su conjunto) en defensa del interés general (la lucha contra el excedente) pueden llegar a ser ilegales (generando en determinados casos la responsabilidad patrimonial de la Administración y el deber de indemnizar a los particulares por violarse el contenido esencial del derecho de propiedad. Dicho método consiste en examinar si en cada caso concreto el recorte o falta de asignación de cuota impide al ganadero “continuar con el ejercicio de su actividad de producción de leche”, lo cual parece en última instancia remitir a un examen de la posible rentabilidad residual que se deja a la explotación afectada en consonancia con la doctrina aplicada por varios tribunales constitucionales europeos entre ellos el nuestro⁴⁵.

⁴⁴ Ver GARRIDO FALLA, F., “A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador: las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991 y de 5 de marzo de 1993”, en REDA, n.º 81, p. 111 y ss (en especial p. 116). Sin embargo, obsérvese como la doctrina administrativista ya había destacado como el perjuicio patrimonial derivado de la privación de determinados instrumentos públicos que se disfrutaban debía considerarse como una expropiación al cesar el ejercicio del derecho que debía dar lugar a indemnización y como las autorizaciones industriales podían alcanzar un valor patrimonial autónomo e independiente en el mercado. Sobre las licencias en general puede verse BARNÉS, J., (Coordinador): “Propiedad ...”, *op.cit.*, p. 140, y sobre las revocadas por razones de oportunidad puede verse ENTRENA CUESTA, R., “Las licencias en la legislación local”, REVIL, n.º 109, pp. 675 y 676. Sobre las autorizaciones industriales ver VILLAR PALASÍ, J. L., *Concesiones Administrativas*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, p. 697.

⁴⁵ Se trata de un criterio ya apuntado por el abogado general Cosmas en el asunto Duff arriba citado (ver nota 22). Nuestro Tribunal Constitucional considera que se respeta el contenido esencial del derecho de propiedad cuando las limitaciones introducidas permiten al dueño del bien obtener una rentabilidad al mismo con base en un poder de uso o de disposición que no haya sido privado de toda utilidad económica. De este modo el TJCE parece no utilizar la idea de evaluar la singularidad o generalidad de la privación patrimonial como la clave principal para conocer cuando el legislador ha impuesto al particular una carga sobre su patrimonio que no debe soportar (criterio criticado con justicia en nuestra doctrina por la dificultad que entraña delimitar el grupo

Dicha rentabilidad se entiende como la posibilidad de que al propietario le queden facultades de uso o de disposición del bien de las cuales pueda sacar alguna utilidad económica valorándose a la luz del destino natural que puede tener. Hay que decir que cuando esta cuestión atañe a un terreno destinado a un aprovechamiento agrícola-ganadero admite en un principio dos enfoques que en definitiva corresponden con los argumentos que se han manejado en las sentencias antes citadas. Desde una primera perspectiva, defendida principalmente por las instituciones (Consejo y Comisión), la producción lechera consistiría en una más de las facultades o aprovechamientos de que sería susceptible un bien: la tierra y resto de elementos de la explotación, a los cuales el propietario puede dar distintos destinos. De este modo para saber si existe o no limitación excesiva que da derecho a indemnización deberíamos saber si al privarse de la posibilidad de continuar con la producción lechera se absorbe con ello la utilidad esencial de ese terreno y del conjunto de bienes que le acompañan para conformar la explotación lechera. De este modo, para saber si la medida es expropiatoria tendríamos que examinar caso por caso si el terreno puede dedicarse a otros usos agrarios, urbanísticos, o de otro tipo de aprovechamiento económico (por ejemplo el, hoy tan de moda, turismo rural) y valorar, incluso, si se trata de una persona que es ganadero a título principal o que, por el contrario pueda tener esta actividad como secundaria.

La otra alternativa, defendida por las partes afectadas por las medidas comunitarias, y que creemos más acertada, reside en considerar que esa limitación se impone no sobre un conjunto de bienes independientes, del cual el papel protagonista lo ocupa el bien inmueble y especialmente la tierra sino sobre un único bien: la empresa ganadera⁴⁶, a la cual de hecho se expropia cuando se demuestra que se la ha privado de toda viabilidad, y ello independientemente de que luego el terreno y el resto de los bienes que conforman la misma puedan recibir otros usos, algunos de ellos muy rentables. En esta situación se habrían encontrado los productores SLOM y sus cesionarios o herederos a los que no se asignase cuota

afectado. Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular el caso de la Ley de Costas", en *RAP*, n.º 141, p. 137; y del mismo autor: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 69, en donde destaca la insuficiencia de este criterio). En todo caso este problema parece canalizarse a través del examen del principio de no discriminación que, como hemos visto, ha sido examinado en todos estos asuntos correlativamente con el tema de la protección del derecho de propiedad.

⁴⁶ En el derecho agrario moderno existe ya desde hace cierto tiempo una tendencia a observar al agricultor o ganadero como un empresario y, consecuentemente, a la explotación agraria como una verdadera empresa (Sobre este particular ver SOLDEVILLA y VILLAR, A.D., *Derecho agrario (lecciones para un curso)*, volumen II, parte especial 1ª, p. 17 y ss.).

y los arrendatarios que la pierden al finalizar su contrato sin poder continuar con la producción lechera perdiendo definitivamente el valor de la totalidad de las inversiones realizadas⁴⁷. Y es que cuando se impide continuar con la actividad lechera lo que se le priva al interesado es de su medio de vida o de trabajo, el cual está constituido por un conjunto indisoluble de medios de producción: tierra, ganado y maquinaria, que conforman un todo. Si ya de por sí resulta menos rentable y más dura la actividad ganadera no debe perderse de vista que el ganadero, cuando pueda realizar el cambio de orientación productiva, deberá soportar unos importantes gastos de reconversión que en muchas ocasiones, sobre todo si es pequeño, va a ser casi imposible que pueda afrontar financieramente, ya que no se olvide que el elevado riesgo de esta actividad hace aún más complicado su posibilidad de acceso al crédito. Además, en el supuesto de que no existiese ese problema financiero, dicha reconversión resulta muy difícil en el contexto actual de saturación con excedentes estructurales en prácticamente todos los mercados agrarios comunitarios (especialmente en el del vacuno de orientación carne, que suele ser la alternativa materialmente más factible en estos casos al poseerse las vacas, establos y tierras para producir forraje) con lo que resulta ilusorio pensar en alternativas rentables a la producción lechera, máxime en un futuro que tiende cada vez más a debilitar los mecanismos públicos de sostén del mercado y a potenciar la competencia entre los operadores económicos. De este modo, el antiguo productor de leche debe introducirse en nuevos mercados en donde otros operadores llevan especializados muchos años (con las ventajas para su competitividad que de ello se deriva) y cuentan con la fidelidad de su clientela. Como última objeción a la primera tesis expuesta hay que destacar que va a ser difícil que a una buena parte de los elementos de la explotación se les pueda encontrar otro destino. Piénsese en el caso de las instalaciones de ordeño, de los pastos o de las razas vacunas de especialización leche⁴⁸. Estas inversiones se han podido perder

⁴⁷ Esto último siempre que se demostrase la imposibilidad de encontrar en la legislación nacional aplicable (normativa sobre mejoras o específica como la inglesa citada antes) una indemnización.

⁴⁸ Ver Sentencia de 19.5.1992, J. M. Mulder y otros c/ Consejo y Comisión de las Comunidades Europeas, as. acumulados C-104/89 y C-37/90. R, 1992, p. I-3077. Los demandantes, productores SLOM, en este asunto destacaron que los pastos y praderas de sus explotaciones sólo podían utilizarse con rentabilidad económica para la actividad lechera. En este sentido es interesante destacar como nuestro Tribunal Supremo ha reconocido en las sentencias de 5.3.1993, Ar. 1623 –asunto Pescanova S.A.–; de 27.6.1994, Ar. 4981 –asunto Alvamar S.A.– y de 16.9.1997, Ar. 6411 –asunto Pbsa–, la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios causados a determinadas empresas pesqueras españolas al suprimirse determinadas ventajas económicas como consecuencia de la adhesión a la CE, poniéndose de relieve como la supresión de dichas medidas nacionales de fomento había puesto “en peligro la continuidad operativa de varias empresas pesqueras conjuntas, al eliminar la base de su rentabilidad”.

definitivamente. En el caso de los arrendatarios este problema se hace más patente ya que, especialmente en el norte de Europa, suele ser él quien aporta los elementos muebles de la explotación (ganado y maquinaria) frente al arrendador que se limita a poner la tierra⁴⁹. Con todo, justo es reconocer que enfrentado a esta cuestión el abogado general Slynn descartaba expresamente en su informe presentado en el asunto Von Deetzen I la existencia en el caso de los productores SLOM de una violación del contenido esencial del derecho de propiedad, aunque reconocía la evidente desproporcionalidad de la falta de asignación de cuota. Además, aunque es verdad que el TJCE en el asunto Von Deetzen II parece examinar esta cuestión analizando las facultades residuales (transmisión por herencia o donación) una vez que se establecía la limitación legal de privar de la facultad de transmitir con carácter oneroso la explotación, sin embargo, en la Sentencia IFA el elemento determinante lo constituye el hecho de saber si el productor podrá o no continuar con su actividad sin apreciarse los otros posibles usos a que pueda destinarse el capital liberalizado, con lo que parece ser este último enfoque el que ha acabado por imponerse en la jurisprudencia de este Alto Tribunal.


Pero si la jurisprudencia IFA puede servir para dejar claro que una medida que priva al productor de continuar con su actividad viola el contenido esencial del derecho de propiedad, sin embargo deja abierta la cuestión de saber si esto debe interpretarse en el sentido de que serían admisibles todo tipo de limitaciones de cuota que no privasen de continuar con dicha actividad, pero pueden suponer la pérdida definitiva de ciertas inversiones realizadas o un perjuicio, que sin llegar a ser expropiatorio, puede ser considerable o discriminatorio en cierta medida rompiendo el equilibrio en el reparto de las cargas públicas. Esto nos introduce en la cuestión planteada en otros contextos y en nuestra LRJPAC en su art.139.3 cuando se afirma que surge el deber de indemnizar aquellos daños producidos por las leyes que, aunque no tengan un contenido expropiatorio, así expresamente lo dispongan y el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlos. Se trata en definitiva de abordar el tema de la posible desproporcionalidad no expropiatoria de determinado tipo de limitaciones legales que, con todo, suponen igualmente el deber de indemnizar al particular afectado. Recuérdesse que en la Sentencia O'Dwyer, el TPI, en consonancia con la jurisprudencia del TJCE, destacaba como "en una cierta medida" se les podía exigir a los productores de leche un sacrificio patrimonial con objeto de alcanzar determinados fines de interés general. Cabe

⁴⁹ Con el fin de evitar un perjuicio patrimonial a los mismos convendría, imitando el ejemplo inglés, regular específicamente esta materia previendo algún tipo de compensación. En todo caso en nuestro ordenamiento, este problema podría resolverse haciendo una interpretación flexible del régimen de mejoras útiles contenido en la LAR.

hacerse la pregunta de saber en concreto en el contexto de la OCM de la leche cuál es esa medida. Lo cierto es que la respuesta podría encontrarse en la jurisprudencia Spagl, antes citada, en donde como vimos el TJCE, sin llegar a reconocer más tarde la responsabilidad patrimonial de las instituciones comunitarias en el asunto Mulder II, sin embargo sí declaró ilegal una normativa comunitaria que reducía al 60% el nivel que debía corresponder en justicia de cuota asignada a los productores SLOM. Aunque el TJCE fundamentó su decisión en la violación del principio de la confianza legítima (al no poderse entender que los productores pudiesen esperar un recorte tan importante de su cuota) no es menos cierto que dicha restricción podía haber sido catalogada como desproporcionada. Con base en esta sentencia sería defendible la hipótesis de considerar un sacrificio patrimonial desmedido todo aquel que superase un 40% del valor de la cuota total atribuida o de las inversiones realizadas. Recortes inferiores, aunque siempre impliquen un sacrificio patrimonial más o menos extenso, deben ser plenamente asumidos por los operadores económicos y tienen, parafraseando el art. 139.3 de la LRJPAC antes citado, "el deber de soportarlo"⁵⁰. Dicho deber existiría en las limitaciones a los derechos de transmisión por compraventa o alquiler de los productores SLOM, las limitaciones en la asignación de cuota sufridas por los productores que han desarrollado un plan de inversiones en su explotación y los recortes derivados de suspensiones y reducciones lineales.

Finalmente hay que destacar que, en la valoración de todos estos daños, ha de tenerse en cuenta una serie de elementos que pueden servir para compensar de un modo más o menos directo los perjuicios patrimoniales causados por la falta de asignación o recorte, que eliminan cualquier tipo de ilegalidad o responsabilidad patrimonial por daños. Así han de apreciarse los siguientes factores: la posible compensación de la reducción de cantidades con un aumento de los precios de mercado, el pago de indemnizaciones compensatorias por parte de los poderes públicos comunitarios o nacionales (articulados en la mayoría de los casos a través de planes de abandono), posibilidad establecida por la normativa comunitaria de disfrutar de compensación de cuota no utilizada por otros productores, el acceso a cuotas disponibles en la Reserva Nacional con carácter prioritario, el porcentaje afectado, etc. Y es que en última instancia no hay que olvidar que muchos productores de leche, y en especial del sur de la comunidad aunque duela decirlo, sobreviven gracias a que el mercado de la leche está altamente intervenido por los poderes públicos impidiendo

⁵⁰ Al Caso Von Deetzen II antes citado hay que añadir la Sentencia de 5.5.1994, Marlies y H-B Kamp c/ Hauptzollamt Wuppertal, as. C-21/92. R, 1994, p. I-1619 y ss. en donde el TJCE estimó como válidas unas reducciones de cuota establecidas por la Administración alemana en torno al 15% de la cantidad asignada.

que una libre competencia absoluta supusiese un derrumbe de los precios de la leche que arrastrase a la ruina inmediata a miles de ganaderos⁵¹. En todo caso, en el estado actual de la jurisprudencia, y sin perjuicio de su posible evolución, especialmente después de la reforma de 1992, la cuota láctea debería valorarse como una institución dotada plenamente de una doble naturaleza, pública y privada. Se trata en definitiva de las dos caras de una misma moneda, resaltando una u otra según el punto de mira que se quiera adoptar: el de la Administración en el primer caso o el de su titular en el del segundo. Para la Administración será siempre un instrumento de gestión del mercado y para el ganadero un límite a sus derechos al aprovechamiento de la explotación lechera y de su actividad profesional, pero a la vez un haber en su patrimonio que puede realizar en el mercado en las múltiples formas que, como hemos visto antes, le permite la legislación actual. Dicho haber debería ser tenido en cuenta, respetado y valorado por las autoridades administrativas tanto comunitarias como nacionales dentro de los límites marcados por el TJCE. 

⁵¹ Aunque el debilitamiento de esos mecanismos de protección e intervención, como ha demostrado la Agenda 2000 (COM (97) 2000 final, p. 36), es irreversible en los próximos años al afirmar la Comisión expresamente que "no hay que dar a los productores de leche la impresión de que el régimen actual, con sus rigideces intrínsecas, podrá ser eterno". Sobre las perspectivas futuras de la PAC con la Agenda 2000 puede verse, MASSOT MARTÍ, A., "La cuestión rural ¿política integrada o desintegración? El camino de la Agenda 2000", en *Agricultura*, n.º 783, octubre, 1997, p. 766 y ss.



NOTAS E

COMENTARIOS

ENTES INSTRUMENTAIS E DEREITO COMUNITARIO DA CONTRATACIÓN PÚBLICA: O CONCEPTO DE “ORGANISMO DE DEREITO PÚBLICO”

(Acerca da Sentencia do Tribunal de Xustiza da
Unión Europea do 15 de xaneiro de 1998, –as. Mannesmann–)

Carlos I. Aymerich Cano

Profesor titular de dereito administrativo.
Universidade da Coruña

1. Introducción

Na xa abundante xurisprudencia do TXCE sobre contratación pública, son raros os pronunciamentos relativos ó ámbito subxectivo de aplicación das normas comunitarias na materia, en vivo contraste coa profusión de decisións relativas a outros aspectos tales como a eficacia directa das directivas e a cumprida interpretación das obrigas (especialmente en materia de publicidade) que estas lles imponen ós poderes adxudicadores.

A irrupción destes temas manifesta a entrada nunha nova fase dentro da evolución do dereito comunitario da contratación pública. Quérese dicir que aínda non estando completo, en tódolos estados membros se deron importantes avances no proceso de transposición das directivas comunitarias e compételle agora ó tribunal, nesta nova xeira que se abre, resolve-los problemas interpretativos que levanta a aplicación práctica desta normativa.

En concreto sobre o ámbito subxectivo de aplicación do dereito comunitario da contratación pública, en moi poucas ocasións se pronunciara o TXCE con certa extensión. E entre elas, destaca a Sentencia do 20 de setembro de 1988¹ na que se afirma o concepto “funcional” que do Estado e dos poderes públicos, para os efectos da contratación pública, sostén a xurisprudencia europea².

Sen embargo a ninguén se lle oculta a importancia da cuestión. Non só desde o punto de vista da comunmente denominada “fuxida ó dereito privado”, senón tamén do da procura dunha eficacia e dunha aplicación substancialmente igual deste *corpus* normativo nos diferentes estados membros. E de que, como se acaba de indicar, a cuestión é relevante, dá conta o dato de que foi precisamente este un dos aspectos polos que a comisión se mostrou máis preocupada³ e onde máis incidiron as sucesivas reformas das directivas de contratación pública.

Por todo o anterior, a Sentencia do TXCE do 15 de xaneiro de 1998⁴ adquire unha especial importancia por interpreta-lo concepto “organismo de dereito público” empregado polas directivas para deseña-lo seu ámbito subxectivo de aplicación⁵ e ofrecer, a través desta, unha orientación

¹ As. 31/1987, Rec. 4635, Beentjes.

² Nesta sentenza, o tribunal non analiza o concepto de “organismo de dereito público”, nin sequera o seu antecedente “persoa xurídica de dereito público”, que era o empregado na Dir. 71/305/CEE, que é a norma que a sentenza aplica. Pola contra, o tribunal analiza o concepto de “Estado”, o primeiro dos empregados nos preceptos que deseñan o ámbito de aplicación subxectivo da normativa europea sobre contratación pública, para dicir que “o concepto de Estado (...) debe recibir unha interpretación funcional. O fin da directiva, tendente á efectiva realización da liberdade de establecemento e da libre prestación de servizos en materia de contratos públicos de obras, veríase en efecto comprometido se a aplicación do réxime que prevé a directiva se debese excluír polo feito de que un contrato público de obras fose adxudicado por un organismo que, malia ser creado para desempeña-las tarefas que a lei lle confire, non se encontrase formalmente integrado na Administración do Estado” (parágrafo 11). Conclúe o tribunal o seu argumento afirmando que “un organismo, a composición e funcións do cal, como sucede no caso de autos, están previstas pola lei, e que depende dos poderes públicos tanto pola designación dos seus membros como pola garantía das obrigas decorrentes dos seus actos, como polo financiamento dos contratos públicos que está encargado de adxudicar, debe considerarse comprendido no Estado para os efectos da disposición citada anteriormente, aínda que formalmente non constituía unha parte integrante del”(parágrafo 12).

³ Así, por exemplo, o Libro Verde da comisión “A contratación pública na UE: reflexións para o futuro”, de novembro de 1996, dentro do epígrafe dedicado ós “problemas de aplicación incorrecta das directivas”, refírese en primeiro lugar ás dificultades que levanta a interpretación correcta dos conceptos que figuran nas directivas, e transcribe a Sentencia Beentjes para lembra-lo carácter funcional ou material, non formal, con que nelas se emprega o concepto “poder adxudicador” (cfr. punto 3.11).

⁴ As. C-44/1998, Rec. I-73, Mannesman, só recentemente obxecto de publicación completa oficial.

⁵ O concepto empregouse por primeira vez na Dir. 89/440/CEE do consello, en

verdadeira para as autoridades encargadas de integralas e aplicalas dentro de cada ordenamento estatal.

En concreto, polo que atinxe ós lexisladores español e galego, a doutrina establecida nesta sentenza non deixará de producir importantes consecuencias, tendo en conta a teimosía con que ámbolos dous seguen ancorados nunha definición formal –é dicir, pendente da forma xurídica de personificación das correspondentes entidades– do ámbito subxectivo de aplicación das normas reguladoras da contratación dos poderes públicos.

2. O ámbito de aplicación subxectivo das normas reguladoras dos contratos públicos: o concepto de organismo de dereito público

2.1. No dereito comunitario europeo.

Antes da reforma operada pola Dir. 89/440/CEE, do 18 de xullo de 1989⁶, o art. 1.b) da Dir. 71/305/CEE⁷ a penas consideraba como “poderes adjudicadores” o Estado, as colectividades territoriais e as “persoas xurídicas de dereito público enumeradas no anexo I”, e afirmaba implicitamente o carácter exhaustivo da lista de entes recollida neste anexo I.

A partir da citada Dir. 89/440/CEE substitúese a confusa expresión “persoas xurídicas de dereito público” pola máis precisa, en canto que obxecto de definición auténtica na propia norma, de “organismo de dereito público”. Deste modo, o art. 1.b) define como organismo de dereito público “todo organismo (i) creado para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter mercantil (ii) dotado de personalidade xurídica e (iii) a actividade do cal estea maioritariamente financiada polo Estado, os entes territoriais ou outros organismos de dereito público, ou ben, a xestión do cal estea sometida a un control por parte destes últimos, ou ben, o órgano de administración, de dirección ou de vixilancia do cal estea composto por membros máis da metade dos cales sexan nomeados polo Estado, os entes territoriais ou outros organismos de dereito público”⁸.

substitución do de “persoas xurídicas de dereito público” empregado ata ese momento pola Dir. 71/305/CEE, a primeira relativa ós contratos públicos de obras.

⁶ DOCE L 210, páx. 1.

⁷ Sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de obras.

⁸ Definición que é, substancialmente, a recollida no art. 1.b) da vixente Dir. 93/37/CEE, non afectada neste punto pola Dir. 97/52/CEE.

Esta definición auténtica do concepto “organismo de dereito público”, desenvolvida como se verá na STXCE do 15 de xaneiro de 1998, ten aínda outra consecuencia: a de confirma-lo carácter puramente exemplificativo dos anexos que, con anterioridade xa viña sendo defendido pola doutrina⁹ e, dalgún modo, se podía xa deducir da Sentencia Beentjes que resolveu a suxeición á Dir. 71/305/CEE do contrato adjudicado por unha entidade holandesa¹⁰ non mencionada no anexo I da citada norma.

En conclusión, conforme coa xurisprudencia comunitaria, os conceptos que as directivas de contratación empregan para referirse ós denominados “poderes adjudicadores” deben ser interpretados consonte un criterio funcional ou material, precisamente todo o contrario do que, como de seguida se comprobará, fixeron as normas de transposición españolas e galegas. Só deste xeito, razoou o Tribunal europeo, quedará asegurada unha aplicación homoxénea da normativa comunitaria sobre contratación pública nos diferentes estados membros, por riba das peculiaridades dos seus respectivos ordenamentos.

2.2. Nas normas de transposición españolas e galegas.

A Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas (en diante, LCAP), culmina o longo e accidentado proceso de integración no dereito español da normativa europea reguladora da contratación pública. Polo que atinxe concretamente á determinación do ámbito de aplicación subxectiva, o art. 1 da LCAP semella, polo menos é o que se pode deducir dunha primeira lectura, reproducir fielmente o establecido na normativa europea.

Conforme con este precepto, deben axustar a súa actividade contractual ó disposto na lei, para alén da Administración xeral do Estado, das administracións das comunidades autónomas e das entidades que integran a Administración local, “os organismos autónomos en todo caso e as restantes entidades de dereito público con personalidade xurídica propia, vinculadas ou dependentes de calquera das administracións públicas”, sempre que nelas concorran os tres requisitos xa dispostos nas directivas¹¹.

⁹ Neste sentido cfr. MARGUE, “L’ouverture des marchés publics dans la Communauté. 1^{ère} partie”, *Revue du marché unique européen*, n.º 3/1991, páx. 164 quen, respecto do anexo I da Dir. 89/440/CEE, sinala que se trata dunha lista non exhaustiva “porque a directiva debe ser respectada por tódolos organismos que cumpran as condicións detalladas no art. 1.b), alínea 2 da directiva”.

¹⁰ A denominada, na tradución da sentenza, “comisión local”, das creadas pola Lei holandesa de concentración parcelaria.

¹¹ A saber “(a) que fosen creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil (b) que se trate de

A única diferenca, pois, estriba en que no canto da expresión "organismo de dereito público", a LCAP emprega a de "entidade de dereito público". E, sen embargo, trátase dunha diferenca substancial: dun concepto material ou, no dicir do tribunal, "funcional", pásase, na lei española, a outro puramente formal que produce como efecto a exclusión total dos contratos adjudicados por entes instrumentais dos poderes públicos personificados en forma xurídico-privada, fóra do disposto no seu art. 2.2^a¹², conclusión que a DA 6^a vén confirmar claramente^{13 14}.

Xa que logo, da LCAP española resulta un ámbito de aplicación ben menos amplo có que establecen as directivas europeas que polo tanto, neste punto e para o ordenamento español, deben considerarse directamente aplicables¹⁵.

entidades, a actividade das cales estea maioritariamente financiada polas administracións públicas ou entidades de dereito público ou ben a xestión das cales estea sometida a un control por parte destas últimas, ou os órganos de Administración, de dirección ou de vixilancia dos cales estean compostos por membros, máis da metade dos cales nomeasen as administracións públicas e outras entidades de dereito público".

¹² Que regula a figura dos denominados "contratos privados subvencionados", parcialmente sometidos ás normas reguladoras da contratación pública.

¹³ Que, referente ás sociedades mercantís en man pública, a penas suxeita a súa actividade contractual ós principios de publicidade e concorrencia "salvo que a natureza da operación que se vai realizar fose incompatible" cos tales principios.

¹⁴ En calquera caso, non se pode deixar de nota-lo cambio radical que, mesmo así, supuxo este art. 1 LCAP respecto da situación anterior. En realidade este artigo derrogo as previsións contidas nas distintas leis singulares de creación de entes de dereito público (así, Lei 33/1987, do 23 de decembro de creación da FNMT; Lei 16/1987, do 30 de xullo, de creación de ENATCAR, entre outras), e, con elas, das normas regulamentares aprobatorias dos correspondentes estatutos, que, invariablemente, sometían a súa actuación contractual ó dereito privado. É máis, como recentemente lembrou JIMÉNEZ DE CISNEROS CID (cfr. "Organización instrumental pública en la Ley de organización y funcionamiento de la Administración pública", en DA n.º 246/247, setembro 1996-abril 1997, páx. 396), "é quizais no ámbito contractual onde se enxerxa con maior claridade a verdadeira razón de ser da aparición destas novas formas de organización da Administración instrumental. A necesidade de dotalas dunha maior axilidade, flexibilidade e rapidez no exercicio das actividades comerciais e de prestación de servizos públicos que se lles atribúen, dise que resulta incompatible cos rixidos procedementos previstos na Lei de contratos do Estado".

¹⁵ A aplicabilidade directa destas directivas, ben consista o incumprimento na falta de transposición en prazo, ben en realizarse unha transposición incorrecta, constitúe unha afirmación constante do TXCE (neste sentido, *vid.* as SSTXCE do 20 de setembro de 1988 - as. Beentjes - e do 22 de xuño de 1989 - as. Fratelli Costanzo). Unha completa exposición da xurisprudencia do TXCE na materia en MICHEL, "La Jurisprudence de la Cour de Justice sur les marches publics: instrumente essentiel pour leur ouverture á la concurrence", *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 3, 1994. Neste sentido, a recomendación da XCCA do 25 de outubro de 1994 (BOE do 28 do mesmo mes e ano), lembráballes ós órganos de contratación españoles a necesidade de cumpriren coas obrigas decorrentes das citadas directivas, principalmente en materia de publicidade.

Baseándose nesta opción adoptada pola Lei básica estatal, o lexislador galego realizou un deseño aínda máis estreito do ámbito de aplicación das normas rectoras da contratación dos poderes públicos. Con efecto, a Lei 10/1996, do 5 de novembro¹⁶, de actuación de entes e empresas nas que ten participación maioritaria a Xunta de Galicia en materia de persoal e contratación, insiste nunha definición formal das entidades¹⁷, fundacións e sociedades a ela suxeitas e, por esa mesma razón, excluídas da aplicación íntegra da lexislación contractual; en substitución desta, dispón o seu art. 10, estas personificacións instrumentais quedarán sometidas só ás mínimas obrigas en que a lei traduce os principios de publicidade e concorrencia¹⁸.

3. A sentenza do 15 de xaneiro de 1998

3.1. Antecedentes.

En febreiro de 1995, a Österreichsstaatsdruckerei ou imprenta nacional austríaca (no sucesivo, ÖS) adquiriu a empresa Strohal GmbH, especializada nun procedemento específico de impresión. O 11 de outubro de 1995, Strohal fundou a sociedade SRG, da que titula o 99,9% do capital e que ten como obxecto social a produción de impresos segundo o citado procedemento de impresión.

Co fin de accelera-la posta en marcha de SRG, a ÖS sacou a licitación a construción das súas instalacións técnicas. No prego de condicións

¹⁶ *DOG*, n.º 227, do 20 de novembro de 1996.

¹⁷ O art. 1 desta lei establece: "Nos termos regulados nos artigos seguintes, deberán axustar-la súa actuación en materia de persoal e contratación ós principios básicos que regulan a función pública e a contratación das administracións públicas: (a) As entidades de dereito públicas vinculadas á Administración da Comunidade Autónoma ou dependentes dela; (b) As fundacións constituídas maioritariamente por achegas da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia, polos seus organismos autónomos ou entidades de dereito público vinculadas ou dependentes ou das que os seus ingresos proveñan maioritariamente de subvencións con cargo ós orzamentos da Comunidade Autónoma, sempre que neste último caso a Comunidade Autónoma forme parte dos seus órganos de goberno ou dirección, (c) As sociedades mercantís no capital das cales exista participación maioritaria, directa ou indirecta, da Administración da Comunidade Autónoma, dos seus organismos autónomos e das demais entidades de dereito público".

¹⁸ Publicar anuncios de licitación nos medios de comunicación -¿públicos, privados, con que ámbito de difusión?- cunha antecedencia mínima de dez días respecto daquel en que vai ter lugar a adxudicación, obriga, o cumprimento da cal queda eximido "nos mesmos casos exceptuados pola lexislación de contratos das administracións públicas" (vale entender, nos casos en que segundo a LCAP pode acudirse ó procedemento negociado sen publicidade, á contratación menor ou á contratación de emerxencia).

incluíase unha cláusula pola que a ÖS se reservaba o dereito de transferir en calquera momento os dereitos e obrigas procedentes do contrato a un terceiro da súa elección, quería-se pór de manifesto que a licitación se realizaba en beneficio da SRG. Esta primeira licitación anulouse tras un procedemento de arbitraje ante a Bundesvergabekontrollkommission¹⁹ (en diante, BVKK).

Nunha segunda licitación, a ÖS informou os licitadores de que o comitente responsable da licitación e da adxudicación da obra era a sociedade SRG. Sen embargo, tamén esta segunda licitación foi impugnada: unha asociación profesional austríaca de empresas da construción solicitou un procedemento de concialición ante a BVKK por considerar que a licitación debía realizarse segundo o disposto na lexislación reguladora da contratación pública. A BVKK déulle-la razón á ÖS e mais á SRG, considerando que ó se tratar dun contrato privado, a cuestión non era da súa competencia. Aínda así, non se pronunciou acerca da eventual necesidade de respecta-la Dir. 89/665/CEE (recursos), no caso de que o proxecto recibise axudas estruturais comunitarias, segundo o previsto no Regulamento CEE n.º 2081/1993²⁰.

Disconformes con esta resolución, Mannesmann Anlagebau e outras empresas constructoras interpuxeron recurso perante o Bundesvergabeamt²¹ (en diante, BVA) o cal lle elevou ó tribunal as sete cuestións prexudiciais que están na orixe da sentenza.

3.2. As cuestións prexudiciais.

O órgano xurisdiccional –no sentido do art. 177 Tr.CEE²²– austríaco dirixiulle ó TXCE sete cuestións prexudiciais. Por máis que algunhas delas sexan redundantes, semella de interese para os efectos deste traballo indicalas, aínda que só sexa de forma resumida. En concreto, as cuestións formuladas foron as seguintes:

¹⁹ Comisión federal de control das adxudicacións, órgano creado, en transposición da Dir. 89/665/CEE, pola Bundesvergabe-gesetz do ano 1993 (en diante, BVG).

²⁰ DO L n.º 193, do 31 de xullo de 1993. O art. 7.1 deste regulamento dispón que “as accións financiadas polos fondos estruturais ou por medio dunha intervención do BEI ou doutro instrumento financeiro existente, deberanse ater ás disposicións dos tratados e dos actos adoptados en virtude dos tratados, así como ás políticas comunitarias, incluídas as que se refiran ás normas de competencia, á formalización dos contratos públicos...”.

²¹ Ou organismo federal austríaco de control das adxudicacións, creado pola mencionada Lei federal de adxudicación dos contratos públicos (BVG), que lle atribúe a este organismo a competencia para coñece-los recursos presentados contra as resolucións da BVKK.

²² Acerca da consideración da Bundesvergabeamt como órgano xurisdiccional para os efectos do art. 177 do tratado, o avogado xeral conclúe afirmando a concorrencia

1. Se a imposición por lei a unha empresa da obriga de satisfacer necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil ten como consecuencia someter toda a actividade da empresa á Dir. 93/37/CEE, aínda que tal actividade non industrial nin mercantil só constituía unha parte da actividade global da empresa que actúa no mercado como unha empresa mercantil.

2. Para o caso de que a empresa só estivese sometida á Dir. 93/37/CEE na parte de actividade relativa ós "dereitos especiais e exclusivos" de que goza, pregunta o BVA se se deberían adoptar as medidas organizativas adecuadas para evitar que os ingresos obtidos coa dita parte de actividade se transferiran a "outros sectores da súa actividade mercantil"²³.

3. Se un poder adjudicador inicia un proxecto cualificable como contrato público de obras ex Dir. 93/37/CEE, a intervención dun terceiro non incluído no ámbito de aplicación da directiva pode dar lugar ó cambio da natureza do proxecto, ou ¿tal transformación debe ser considerada como unha elusión do ámbito de aplicación da directiva, incompatible coa súa finalidade?

4. As empresas creadas por un poder adjudicador para realizar actividades mercantís e sobre as que exerce un control efectivo, ¿merecen tamén a cualificación de poderes adjudicadores?

5. Se un poder adjudicador transfere fondos, obtidos a través do exercicio dos dereitos especiais e exclusivos que lle foron atribuídos a unha empresa que desenvolve unha actividade puramente mercantil na que exerce unha participación maioritaria, ¿supón tal transferencia de fondos que a empresa participada deba ser tratada como poder adjudicador para os efectos da Dir. 93/37/CEE?

6. Se un poder adjudicador que desenvolve tanto actividades de satisfacción de necesidades de interese xeral como actividades puramente mercantís crea uns servizos que permiten tamén desenvolver ámbolos dous tipos de actividades, ¿o encargo de construción de instalacións para eses servizos debe ser cualificado en todo caso como contrato público de obras no sentido da Dir. 93/37/CEE ou existen no dereito comunitario criterios que permiten cualificalas ben como instalacións destinadas á satisfacción

neste das condicións esixidas polo TXCE (a saber, orixe legal, carácter permanente, recurso obrigatorio ó órgano en caso de litixio, aplicación de normas xurídicas, competencia do órgano para resolverlo litixio por medio dunha resolución obrigatoria, independencia dos seus membros e procedemento contradictorio), a penas abrigando certas dúbidas acerca do carácter contradictorio do procedemento seguido perante o mesmo (parágrafos 42 e 44 das conclusións do avogado xeral).

²³ Trátase polo tanto dun ente con personalidade xurídica de dereito público pero que, nas súas relacións con terceiros, se rexe polo dereito privado. Algo, xa que logo, moi similar ás entidades de dereito público do art. 6 da Lei xeral orzamental, agora substituídas polas entidades públicas empresariais da LOFAXE.

de necesidades públicas, ben como instalacións destinadas ó exercicio de actividades mercantís?

7. ¿Somete a regulación dos fondos e dos instrumentos comunitarios con finalidade estrutural²⁴ a tódolos beneficiarios de fondos europeos ó procedemento de recurso no sentido da Dir. 89/665/CEE mesmo que non sexan poderes adxudicadores no sentido da Dir. 93/37/CEE?

3.3. As conclusións do avogado xeral e a Sentencia do 15 de xaneiro de 1998.

Tras unha prolixa análise da lexislación comunitaria e austríaca aplicable ó caso, dos antecedentes fácticos e mais da admisibilidade da cuestión prexudicial, o avogado xeral entra a examinalas cuestións formuladas polo BVA austríaco, mais non sen antes realizar algunhas consideracións xerais acerca do dereito comunitario da contratación pública, os seus fundamentos de dereito orixinario e as súas finalidades²⁵, en particular no relativo ó seu ámbito de aplicación subxectiva²⁶.

Para valoralas, o avogado xeral procede a agrupalas cuestións segundo un criterio que é tamén o seguido na sentenza²⁷. Por esta razón, e tamén porque a sentenza confirma completamente as conclusións do Sr. Léger, ambas vanse expor conxuntamente. Considero que esta exposición sistemática das conclusións e da sentenza, á parte de contribuír a evita-la repetición de argumentos, é a que con maior facilidade permite chegar a unha comprensión cabal da interpretación que o tribunal ofrece das normas comunitarias aplicadas.

²⁴ Regulamento CEE n.º 2081/93, do consello, do 20 de xullo de 1993.

²⁵ Parágrafos 46 e 47. Deste xeito lémbrese que a regulación comunitaria dos contratos públicos obedece á preocupación por facer efectivos os principios de libre concorrencia e liberdade de establecemento e de prestación de servizos, contra os que atenta a "natural tendencia" das autoridades públicas internas a "privilexialas empresas nacionais e a favorece-lo desenvolvemento económico do seu propio Estado".

²⁶ Parágrafos 49 a 51. En concreto, o 50 móstrase especialmente clarificador: "A directiva delimita o seu ámbito de aplicación *ratione personae* en función non só do das entidades tradicionalmente cualificadas como "persoas de dereito público", tales como o Estado, os entes territoriais ou as entidades do sector público, senón tamén das entidades públicas ou privadas que perseguen un obxectivo de interese xeral que non sexa industrial ou mercantil, cualificadas como "organismos de dereito público".

²⁷ Aínda que nesta a cuestión segunda é obxecto de tratamento separado (e non se agrupa, como nas conclusións, xunto á primeira e á sexta), a contestación ofrecida polo tribunal limitáase a dicir que "vista a resposta dada ás cuestións primeira e sexta, non procede contesta-la segunda".

3.3.1. Interdicción da aplicación selectiva do dereito comunitario da contratación pública e principio de especialidade (cuestións 1ª, 2ª e 6ª).

Sobre as cuestións primeira, segunda e sexta –é dicir, acerca de se unha empresa, a actividade da cal se divide entre a satisfacción de necesidades de interese xeral e a actuación no mercado conforme criterios mercantís e industriais²⁸, está integramente sometida á Dir. 93/37/CEE– considera o avogado xeral que “ninguén defende a aplicación selectiva da lexislación en función da actividade da entidade adxudicadora”²⁹. En consecuencia, e atendendo ó caso da ÖS, “a parte mercantil da súa actividade tamén está comprendida no ámbito de aplicación da directiva, e é determinante única e exclusivamente a finalidade para a que se creou o organismo que se está tratando”³⁰.

Tras esta afirmación de carácter xeral, e como queira que os gobernos austríaco e holandés negaban que a ÖS reunise as condicións esixidas polo art. 1.b) da Dir. 93/37/CEE para poder ser considerada “poder adxudicador”, tanto o avogado xeral como o tribunal repasan os requisitos esixidos na Dir. 93/37/CEE³¹ e efectúan algunhas consideracións que teñen interese para a solución do caso concreto:

En primeiro lugar, afirman que os tres requisitos enumerados no art. 1.b) da directiva teñen carácter acumulativo, son esixibles conxuntamente³², para, de seguida, analizar cada un deles separadamente.

Verbo do requisito de que o organismo fose creado para “satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil”, tanto a sentencia como, en especial, as conclusións, poñen especial coidado en diferenciar entre a finalidade da “creación” e a “actividade” materialmente desempeñada, afondando e aclarando unha interpretación xa sostida na citada Sentencia Beentjes de 1988³³. As razóns para tal criterio finalista deben buscarse na preocupación por impedir-la fraude de lei a que, noutro caso, podería conducir o simple requisito da actividade³⁴. En consecuencia, o relevante para os efectos de cualifi-

²⁸ Tal é o caso, segundo xa se expuxo, da ÖS.

²⁹ Parágrafo 54. Concorde deste xeito o avogado xeral coa posición defendida polo Goberno francés nas súas observacións orais no asunto.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Parágrafos 55 a 79 das conclusións e 29 a 30 da sentencia.

³² Parágrafo 21 da sentencia e 61 das conclusións.

³³ Esta distinción xa se recollía, *in nuce*, na Sentencia Beentjes do 20 de setembro de 1988. Con efecto, no parágrafo 11 desta indícase que “o fin da directiva (...) se vería efectivamente comprometido se a aplicación do réxime previsto pola directiva se debese excluír polo feito de que un contrato público de obras o adxudicase un organismo que, malia ser creado para satisfacer-las tarefas que a lei lle confire, non estivese formalmente integrado na Administración do Estado”.

³⁴ O argumento desenvólvese no parágrafo 77 das conclusións. Para o avogado

car un ente como "poder adjudicador será, ademais e por riba de cal for a natureza da actividade por el desenvolvida, o obxectivo ou finalidade prevista no seu acto de creación³⁵. Do que se trata, como indica o avogado xeral, é de excluír do ámbito de aplicación das directivas comunitarias en materia de contratación pública aqueles organismos "sometidos á competencia doutros axentes económicos, que os disuade de elixi-las partes coas que contratan baseándose en criterios discriminatorios"³⁶

En concreto, en relación coa ÖS, a sentenza analiza a concorrència neste ente austríaco desta primeira condición de entre as esixidas na Dir. 93/37/CEE, e conclúe que, conforme coa lexislación que regula, foi creada coa finalidade específica de satisfacer necesidades de interese xeral que non teñen carácter industrial nin mercantil³⁷. Sen embargo, é certo que, como se subliñou³⁸, ademais de nestes criterios puramente finalistas a sentenza apóiase tamén, do mesmo xeito en que xa razoara o avogado xeral³⁹, en elementos formais como a condición de monopolio da ÖS, o dato de que o prezo dalgúns dos seus produtos o fixe unilateralmente a Administración ou que, en definitiva, a impresión de documentos oficiais obedeza non a unha decisión empresarial senón a unha obriga imposta polas súas normas de creación⁴⁰.

xeral, o argumento contrario sostido polos gobernos holandés e austríaco, pode facilitala fraude de lei. Razo a letrado que "é moi posible que, malia ser creado co fin de satisfacer necesidades de carácter público, unha entidade exerza actividades estritamente industriais ou mercantís. Agora ben, se na súa actividade prevaleceren estas últimas, a interpretación proposta produciría o efecto dunha elusión na súa totalidade do réxime da directiva por parte dun organismo. Así pois, a un ente público bastaralle con empregar esta práctica de forma sistemática para lograr que a totalidade dos contratos públicos de obras eludan a lexislación comunitaria".

³⁵ O parágrafo 79 das conclusións do avogado xeral é concluínte: ó afirmar que "... o obxectivo procurado coa creación [do ente de que se trata] determina o réxime xurídico aplicable ós contratos que está chamado a realizar...".

³⁶ Cfr. parágrafo 69 *in fine*. Como se pode apreciar, a concorrència que o dereito comunitario tenta establecer para os contratos públicos ten un fundamento puramente económico, non é máis ca unha recreación da concorrència cataláctica ou mercantil. Tal punto de vista exclúe outras formas de considera-la concorrència en canto que principio xurídico, en particular considerala, como é tradicional no ordenamento español, como unha manifestación do máis xeral principio de igualdade ante os beneficios e as cargas públicas.

³⁷ En concreto "asumir con carácter exclusivo a impresión de documentos administrativos oficiais, dos cales algúns teñen carácter confidencial ou están suxeitos ó cumprimento de normas de seguridade, como os pasaportes, as cartas de conducir e os documentos de identidade, mentres que outros están destinados á difusión de textos legais, regulamentares e administrativos do Estado" (cfr. punto 26).

³⁸ Cfr. BRECHON-MOULENES, Ch. e RICHER, L. *Note* a esta S. TXCE do 15 de xaneiro de 1998, na CJEG n.º 6/1998, páx. 245.

³⁹ Cfr. parágrafo 70.

⁴⁰ Cfr. punto 21, parágrafos 2 a 4.

É dentro da análise deste requisito onde a sentenza efectúa unha promoción indirecta do principio de especialidade dos entes instrumentais dos poderes públicos. En efecto, afirmase nela que para que a ÖS poida ser cualificada de poder adxudicador “é indiferente que ademais de cumprir esa función [de satisfacción dunha necesidade pública] a dita entidade poida desempeñar outras actividades, como a produción de material impreso, ou a edición e distribución de libros”, e iso porque “o requisito esixido no primeiro guión do parágrafo segundo da letra b) da directiva segundo o cal o organismo debeu ser creado para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, non implica que estea unicamente encargado de satisfacer-las ditas necesidades”⁴¹.

No caso da ÖS, é claro que os outros dous requisitos presentan ben menos dificultades. Está claro que tal establecemento público austríaco goza de personalidade xurídica, tal e como a súa lei de creación precisa⁴². E tampouco ofrece dúbidas de que está sometida a un control efectivo por parte do Estado austríaco⁴³. En consecuencia, o tribunal concluíu que a ÖS debe ser cualificada como organismo de dereito público e, pola mesma, debe ser cualificado como poder adxudicador no sentido do art. 1.b) da Dir. 93/37/CEE.

☞ Pero mesmo tras establece-la conclusión anterior, a sentenza toma bo coidado en rexeita-las teses da aplicación selectiva da normativa europea de contratación pública, teses postuladas polos gobernos austríaco e holandés en atención ó dato, polo demais certo, de que a actividade global da ÖS está dominada pola parte dirixida a satisfacer necesidades de carácter industrial ou mercantil.

Así, o tribunal ó atender á finalidade prevista no acto de creación do

⁴¹ Cfr. punto 27, parágrafos últimos. No mesmo sentido, aínda que máis extensamente, pronúnciase o avogado xeral. Precisamente, o parágrafo 73 das conclusións indica cál é o obxectivo procurado a través do principio de especialidade: “segundo a disposición [art. 1.a) da Dir. 93/37/CEE] a finalidade da creación do organismo é a única determinante para o poder considerar como un organismo de dereito público para os efectos da directiva. Naturalmente, o que conta é o obxectivo efectivamente procurado. *A proclamada finalidade de satisfacer necesidades industriais ou mercantís, disfraczando actividades de interese xeral co ánimo de escudi-las normas imperativas da lei, non a pode tomar en consideración o órgano xurisdiccional nacional*”. Xa que logo, son razóns de seguridade xurídica e de garantía da efectividade das normas comunitarias de contratación pública as que xustifican esta opción xurisprudencial pola especialidade.

⁴² Cfr. punto 27 da sentenza e parágrafo 19 das conclusións do avogado xeral.

⁴³ Como sinala o punto 28 da sentenza “o director xeral da ÖS é nomeado por un órgano integrado, na súa maioría, por membros que nomea a Chancelería Federal ou os diferentes ministerios. Ademais, a dita entidade está suxeita ó control do Tribunal de Contas e un servizo estatal de inspección ocúpase de velar polos impresos suxeitos a un réxime de seguranza. Por último, segundo declaracións da SRG na vista, a maioría das accións da ÖS pertencen ó Estado austríaco”.

ente e non, segundo xa se salientou, á actividade efectivamente realizada por este, pode interpretar que "a letra b) do art. 1 da directiva non distingue entre os contratos públicos de obras realizados por un poder adjudicador para cumpri-la súa función de satisfacer o interese xeral e os contratos que non gardan relación coa dita función"⁴⁴. E tal interpretación xustificase, para o órgano xurisdiccional comunitario, non só en razóns de seguranza xurídica⁴⁵ senón tamén no contexto dunha interpretación teleolóxica da Dir. 93/37/CEE, en canto que norma dirixida a evita-la preferencia por parte dos licitadores ou candidatos nacionais do Estado do poder adjudicador⁴⁶.

En definitiva, como lembra o avogado xeral, dado que o obxectivo perseguido coa creación do organismo determina o réxime aplicable ó mesmo, se os estados membros queren evitar que o dereito comunitario da contratación pública se aplique ás actividades industriais ou mercantís dos poderes adjudicadores, deben procurar limita-lo obxecto social das entidades instrumentais por eles creadas á realización de actividades de satisfacción de necesidades de interese xeral⁴⁷.

3.3.2. Aplicabilidade do dereito comunitario da contratación pública ás empresas participadas por un poder adjudicador (cuestións 4ª e 5ª).

A estas dúas cuestións relacionadas contesta o tribunal razoando que, dado o carácter acumulativo dos requisitos esixidos no art. 1.a) da Dir. 93/37/CEE, o mero feito de que unha empresa fose creada por un organismo que teña a condición de poder adjudicador non abonda, por si só, para considera-la tal empresa, á súa vez, como poder adjudicador⁴⁸.

O mesmo cómpre dicir para o simple feito de que a empresa se financie con recursos procedentes das actividades desenvolvidas por un poder adjudicador⁴⁹. Neste segundo caso, ficaría aínda por determinar se as tales achegas financeiras constitúen axudas públicas no sentido do art. 92 Tr. CEE e, en tal caso, habería que decidir acerca da súa compatibilidade co mercado común⁵⁰.

⁴⁴ Cfr. punto 35.

⁴⁵ *Ibidem*. Sería contrario ó principio de seguranza xurídica unha interpretación do art. 1.a) da Dir. 93/37/CEE no sentido de que a súa aplicación pode variar en función da porcentaxe que sobre a súa actividade total representa a actividade exercida para satisfacer necesidades que teñan carácter industrial ou mercantil como establece o avogado xeral (cfr. parágrafo 77), "o criterio da parte relativa de actividade destinada á satisfacción de necesidades que non teñan carácter industrial ou mercantil (...) pode, na miña opinión, facilita-la fraude de lei".

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Cfr. o parágrafo 79 das conclusións.

⁴⁸ Cfr. punto 39 da sentenza.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Neste sentido o parágrafo 87 *in fine* das conclusións do avogado xeral.

No caso da SRG, creada pola ÖS, ó non ser aquela creada para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral sen carácter industrial nin mercantil, faltaría unha das condicións necesarias para poder cualificarla tal empresa como poder adxudicador para os efectos do art. 1.a) da Dir. 93/37/CEE.

3.3.3. *Licitación realizada por conta dun terceiro que carece da condición de poder adxudicador (cuestión 3ª).*

Trátase de dilucidar, por medio desta cuestión, se un contrato cualificable como contrato público de obras no sentido da Dir. 93/37/CEE mantén tal condición mesmo cando, antes da finalización da execución das obras, o poder adxudicador lle transfere a un terceiro, que carece de tal carácter, os dereitos e obrigas decorrentes do contrato.

Loxicamente, perante unha cuestión tal, o tribunal extrema o celo procurando non deixar aberta unha cancela á fraude de lei. Deste modo afirma que, en principio, un contrato público de obras non pode perder tal carácter cando os dereitos e obrigas que del derivan se lle ceden a un terceiro que non poida ser cualificado como poder adxudicador. Noutro caso a liberdade de establecemento e de prestación de servizos en materia de contratos públicos de obras "veríase efectivamente comprometida"⁵¹.

O tribunal só advirte unha posible excepción á regra que se acaba de indicar para o caso de que, "desde a súa orixe, o proxecto corresponda plenamente ó obxecto social da empresa de que se trata e que os contratos de obras relativos a ese proxecto fosen realizados previamente polo poder adxudicador por conta da dita empresa"⁵², hai que supor, que se destacou debidamente tal circunstancia nos anuncios e documentos contractuais preceptivos.

⁵¹ Cfr. punto 43.

⁵² Cfr. punto 44. Nun *arrêt* do 11 de decembro de 1997, o Tribunal Administrativo de Apelación de París pronunciouse sobre un suposto exactamente inverso ó analizado na sentenza que nos ocupa: tratábase de analiza-la legalidade, á luz da lexislación francesa de contratación pública e de dirección de obras públicas, de que unha sociedade privada (a *Compagnie Général des Eaux*) vinculada coa entidade pública *Syndicat des Eaux de l'Île de France*, a través dun contrato de xestión interesada do servizo público de fornecemento de auga, realizase en nome e por conta da Administración titular do servizo os contratos necesarios para a execución das obras de primeira instalación precisas para a prestación do servizo. A cuestión, entre outras, residía en se os tales contratos podían ou non ser cualificados de contratos públicos de obras, tanto á luz do dereito francés como á do dereito comunitario, caso no cal se descoñecerían os procedementos de adxudicación (o *arrêt* e as conclusións do comisario do Goberno, na *Revue Française de Droit Administratif* n.º 2/1998, páx. 297 e segs.). Polo que agora interesa, tamén neste suposto vai implícito o principio de especialidade como esixencia de relación directa entre a finalidade das obras e o obxecto do contrato de xestión interesada.

Deste xeito, mais outra vez, a sentenza incrementa a relevancia do principio de especialidade do obxecto social dos entes instrumentais da Administración. E, outra vez máis tamén, trátase dunha relevancia xurídico-pública do obxecto social, o control do cal resulta, por conseguinte, de competencia directa dos tribunais contencioso-administrativos. Convén deterse, aínda que sexa brevemente, na xustificación desta afirmación.

Por definición, a sociedade en nome e por conta da cal un poder público realiza a licitación dun contrato será un ente instrumental da Administración ou, cando menos, titular de dereitos especiais e exclusivos no sentido do antigo art. 90, actual art. 86 na versión consolidada, do Tr. CEE. En ámbolos dous supostos, ben que por vías diferentes, hai argumentos suficientes no dereito español e no dereito comunitario para fundamentala especialidade do seu obxecto social:

⁵³ Polo que se refire ás empresas públicas⁵³ e como foi apuntado, este principio de especialidade resulta do máis xeral principio de legalidade da Administración que, por derivación, vincula tamén ós seus entes instrumentais. Así "nas entidades instrumentais da Administración, incluídas as empresas públicas, a personalidade xurídica que se predica delas non é unha personalidade xurídica completa, plena. Queremos dicir que se trata dunha personalidade xurídica de diverso grao ou, o que é o mesmo, dunha personalidade xurídica soamente "para efectos de", é dicir, única e estrictamente limitados ó que lle reconeza o dereito xeral e estatuario adoptado"⁵⁴. En concreto, polo que atinxe ás entidades públicas empresariais, da procura emprendida pola LOFAXE dunha certa coherencia entre a forma xurídica e a actividade desenvolvida polo organismo público de que se trata⁵⁵ resulta, ben se comprende, a esixencia dunha determinación legal e estatutaria o máis definida posible dos fins destas entidades.

⁵³ Tanto as personificadas baixo forma societaria de dereito privado como as que a LOFAXE denomina entes públicos empresariais, con personalidade xurídica de dereito público, pero sometidas na súa actividade ó dereito privado.

⁵⁴ Cfr. MONTOYA MARTÍN, "Las empresas públicas sometidas al derecho privado", Marcial Pons, Madrid, 1996, páx. 528. Cita a autora unha sentenza do TS español que conclúe que as actuacións das entidades urbanísticas colaboradoras dos municipios deben realizarse necesariamente dentro do ámbito obxectivo delimitado polo RSCL e os seus propios estatutos (Sentencia do 31 de marzo de 1989, Arzdi. 2446).

⁵⁵ Neste sentido, art. 41, 45 e 53 e a propia exposición de motivos da LOFAXE segundo a cal "partindo do concepto xeral [organismos públicos] se distinguen despois dous modelos básicos: organismos autónomos e entidades públicas empresariais. Os primeiros realizan actividades fundamentalmente administrativas e sométense plenamente ó dereito público; mentres que os segundos realizan actividades de prestación de servizos ou de produción de bens susceptibles de contraprestación económica e, malia estaren rexidos en xeral polo dereito privado, resúltalles aplicable o réxime de dereito público, en relación co exercicio de potestades públicas e con determinados aspectos do seu funcionamento" (al. XI, par. 2º).

En definitiva a especialidade do seu obxecto “social” como manifestación do principio de legalidade.

☞ Polo que atinxe ás empresas titulares de “dereitos especiais ou exclusivos”, por empregármola terminoloxía comunitaria, a súa propia consideración excepcional obriga a unha precisión clara e definida de cáles deberían ser precisamente eses dereitos e, así mesmo, a separarlas actividades realizadas en exercicio destes, das realizadas en réxime normal de concorrencia⁵⁶, tal e como xa imperan as novas leis españolas reguladoras de servicios e actividades sobre os que se conceden este tipo de dereitos⁵⁷. Un argumento engadido, para cando a atribución dos tales dereitos non se realice por lei senón a través do correspondente contrato de xestión de servicios públicos, viría constituído pola necesaria determinación do obxecto do tal contrato, tal e como reclama a LCAP en xeral e, en particular, para este tipo de contratos⁵⁸.

3.3.4. *O ámbito de aplicación das directivas de contratación e dos instrumentos e fondos estruturais comunitarios (cuestión 7ª).*

A resposta ofrecida polo tribunal –en plena sintonía co avogado xeral– a esta sétima cuestión, resulta lóxicamente da ofrecida ás cuestións anteriores. Polo tanto, a compatibilidade coa normativa comunitaria en materia de contratación pública, esixida polo art. 7.1 do Regulamento 2081/93 para as accións financiadas polos fondos e instrumentos comunitarios con finalidade estrutural, só resulta esixible para as entidades “que estean incluídas no ámbito de aplicación definido pola lexislación comunitaria correspondente”⁵⁹; en particular, pois tal era o obxecto da cuestión, pola Directiva 89/665/CEE⁶⁰.

⁵⁶ Acerca da separación de actividades como presuposto da nova regulación dos servicios públicos promovida desde a Unión Europea, *vid.* MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado*, vol. I, Civitas, Madrid, 1998, páx. 227 e segs.

⁵⁷ Como manifestación máis recente deste principio de separación entre actividades realizadas en réxime de concorrencia e as realizadas no exercicio de dereitos especiais ou exclusivos, *vid.* o proxecto de lei de medidas fiscais, administrativas e da orde social (BOCG n.º A 142-1, do 9 de outubro de 1998) que prevé unha reforma da alínea 3ª da DT 2ª da Lei do servizo postal universal para obriga-los operadores que, xunto con outras, desenvolvan actividades de servizo público, a levar contabilidades separadas para cada unha delas.

⁵⁸ Cfr., art. 11.c), 13 e, en concreto para o contrato de xestión de servicios públicos, 156. 2 todos eles da LCAP.

⁵⁹ Parágrafo 48 da sentenza e punto 105 das conclusións do avogado xeral.

⁶⁰ Sobre “Coordinación das disposicións legais, regulamentares e administrativas referente á aplicación dos procedementos de recurso en materia de adxudicación dos contratos de subministracións e de obras”.

4. Conclusión: a repercusión da sentenza Mannesmann na regulación galega e española da contratación pública

Acábase de expor como, na sentenza que andamos a comentar, o principio de especialidade do obxecto social dos entes instrumentais dos poderes públicos opera como garantía de sometemento destes a un réxime xurídico-público de contratación. Un contido e unha eficacia puramente xurídico-públicos deste principio, en canto que concreción do máis xeral de legalidade das administracións públicas e que, polo demais, vén sendo comunmente predicado dos entes institucionais, en clásica contraposición coa universalidade de fins propia dos territoriais⁶¹.

Sen embargo, se ben para os entes institucionais con personalidade xurídica de dereito público (os denominados pola LOFAXE “organismos públicos”) este principio de especialidade se consagra⁶² e aínda se reforza co establecemento dunha certa coherencia entre forma de personificación e natureza das actividades que se van realizar, sempre caracterizadas estas últimas pola concorrencia dun interese xeral ou pola atribución de potestades públicas para a súa realización, a cuestión aínda queda pendente para os entes personificados en forma privada, tanto societaria como fundacional.

Respecto destes, e polo que se acaba de dicir, a partir do disposto na DA 12^a da propia LOFAXE, podería pensarse que, no sistema desta lei, se dá unha correspondencia perfecta entre a personificación do dereito público e o exercicio de actividades de interese xeral, por un lado e, polo outro, a personificación do dereito privado e o exercicio de actividades de carácter industrial ou mercantil. Sen embargo, nin a correspondencia é correcta, na medida en que envolve unha certa confusión conceptual⁶³,

⁶¹ Vid., por todos, PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo. II organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, páx. 234, na que lembra que “Fronte á situación de autonomía e vocación de competencia xeral que asumen os entes territoriais (Estado, comunidades autónomas, corporacións locais), as características básicas dos entes institucionais son a *especialidade dos seus fins* e a dependencia dun ente territorial, o que se fai compatible coa atribución de personalidade xurídica independente deste” (o subliñado é noso).

⁶² Os dous subtipos de organismos públicos teñen como funcións ben “a realización de actividades de fomento, prestacionais ou de xestión de servizos públicos” (art. 45.1 LOFAXE, para os organismos autónomos) ben a “realización de actividades prestacionais, a xestión de servizos públicos ou a produción de bens de interese público susceptibles de contraprestación” (art. 53.1 LOFAXE, para as entidades públicas empresariais).

⁶³ En efecto, que estas sociedades mercantís estatais non poidan “dispor de facultades que impliquen o exercicio de autoridade pública” (DA 12^a LOFAXE *in fine*), o cal non é senón unha manifestación concreta da prohibición xeral da encomenda a persoas ou entidades privadas de “actividades que, segundo a lexislación vixente, teñan que realizarse con suxeición ó dereito administrativo” (art. 15.5^a LPAC), non obsta para

nin foi confirmada, senón máis ben todo o contrario, pola práctica lexislativa posterior á LOFAXE. Existen, en conclusión, entes instrumentais dependentes de, ou vinculados á Administración do Estado, personificados en forma xurídico-privada e que, sen embargo, en canto que “organismos de dereito público”, merecen a cualificación de poderes adxudicadores no sentido das directivas comunitarias de contratación⁶⁴. Ou, dito doutro modo, para os entes instrumentais privados non se esixe a coherencia entre forma xurídica e tipo de actividade que a LOFAXE establece para os organismos públicos.

En canto ó ordenamento galego, á parte de seren perfectamente aplicables as consideracións que se acaban de facer en relación co estatal, a xa citada Lei 10/1996, do 5 de novembro, de “actuación de entes e empresas nas que ten participación maioritaria a Xunta de Galicia en materia de persoal e contratación” confirma que, para a determinación do réxime xurídico aplicable, non se atende en absoluto á natureza nin á finalidade da actividade desenvolvida polo ente de que se trata, senón só ó dato puramente formal da súa personificación.


Pois ben, no estado de cousas que se acaba de describir, a xurisprudencia Mannesmann, formulada para garanti-la efectividade das normas comunitarias de contratación pública, pode producir unha curiosa consecuencia: que a enteira actividade contractual destes entes instrumentais personificados en forma xurídico-privada se deba realizar en réxime de dereito público con tal de que algunha parte da súa actividade poida ser cualificada “como de satisfacción de intereses xerais”. Dito doutro modo: esta sentenza pode constituír un paso decisivo na clarificación do campo da denominada Administración institucional, ó prolonga-lo paso dado pola LOFAXE e estende-la esixencia de coherencia entre forma e actividade, ademais de ós organismos públicos, tamén ás entidades instrumentais de dereito privado.

Polo que atinxe á Lei 10/1996, do Parlamento de Galicia, a mencionada sentenza confirma o xuízo de incompatibilidade co dereito comunitario, adiantado por quen escribe pouco despois da súa publicación⁶⁵.

que esas actividades poidan cualificarse como de “satisfacción de necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil”.

⁶⁴ No sentido indicado no texto, nota DE LA SERNA (cfr. “Organización instrumental privada en la Ley de organización y funcionamiento de la Administración pública”, en DA n.º 246-247, setembro 1996-abril 1997, páx. 510) que, acertadamente, “non é posible descoñece-lo feito de que existen, certamente, sociedades mercantís, o obxecto social das cales é a consecución dalgún fin de interese público”, das que pon como exemplo as incluídas no ámbito de aplicación da Lei 5/1995, do 23 de marzo, de réxime xurídico do alleamento de participacións públicas en determinadas empresas.

⁶⁵ No relatorio “Os procedementos de adxudicación e a perfección e formalización dos contratos administrativos”, pronunciado o día 9 de decembro de 1996 no

En definitiva, esta sentenza, ó aclara-lo concepto xurídico-comunitario de organismo de dereito público, estende ña práctica o ámbito de aplicación da normativa europea de contratación pública. Como efecto reflexo, contribúe a aclara-lo, por veces caótico, campo da Administración instrumental ou institucional no sentido de lograr, da mesma maneira que a LOFAXE fixo cos entes personificados baixo formas de dereito público, a coherencia entre forma e actividade tamén para os entes personificados en forma xurídico-privada. 

marco das "Xornadas de estudio sobre a contratación administrativa", organizadas pola EGAP e a Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia (publicado no n.º 2 do *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*)

REPERCUSIÓNS AMBIENTAIS DAS CANTEIRAS: APROXIMACIÓN XURÍDICA A CERTAS TÉCNICAS DE CONTROL E VÍAS DE LIMITACIÓN DOS IMPACTOS

Alba Nogueira López

Doutora en dereito. Área de Dereito Administrativo
Universidade de Santiago de Compostela

1. Introducción

A intensa actividade de extracción de pedra (granito e lousa, fundamentalmente) desenvolvida en Galicia e as fondas repercusións que esta actividade ten, non só na nosa paisaxe, senón tamén noutros elementos do noso ambiente (aire, auga, flora e fauna) fai preciso un estudio detallado da normativa existente para a protección do medio destas agresións e, tamén, das vías de control e limitación dos seus efectos¹. A necesaria compatibilización entre o desenvolvemento económico e a protección do medio, declarada xa na Sentencia 64/1982, do 4 de novembro do Tribu-

¹ Non é preciso lembra-lo triste suceso das minas de Boliden en Aznalcóllar, ás beiras do parque de Doñana, que debe servir para que as administracións e as empresas que actúan no ámbito da minería tomen conciencia da súa responsabilidade na protección ambiental e adopten medidas preventivas dos seus impactos no medio. O Valedor do Pobo apunta, no seu *Informe* 1997, a intensa preocupación que xera en Galicia a actividade das canteiras, o que constitúe un foco constante de queixas ante esta institución. Para un estudio xeral sobre esta cuestión *vid.* QUINTANA LÓPEZ, T., *La repercusión de las actividades mineras en el medio ambiente. Su tratamiento jurídico*, Montecorvo, Madrid, 1987.

nal Constitucional², implica que a extracción mineira deba facerse dentro dos límites que fixa a normativa ambiental. Esta normativa, complexa e dispersa, intenta paliar os impactos sobre os cursos de auga, a costa, a flora e a fauna e a atmosfera desas actividades extractivas que teñen como manifestación máis visible a progresiva desaparición dalgúns dos nosos montes e a conversión da súa fasquía nunha paisaxe lunar.

As canteiras teñen a consideración de recurso mineiro pertencente á sección A da clasificación da Lei de minas de 1973, aínda vixente. Pertencen a esta sección os recursos mineiros de escaso valor económico e comercialización xeograficamente restrinxida, así como aqueles que teñan como único aproveitamento o de obter fragmentos de tamaño e forma apropiados para a súa utilización directa en obras de infraestrutura, construción e outros usos que non esixen máis operacións que as de arranque, quebrantado e calibrado.

O problema do impacto negativo dunha actividade de extracción mineira a ceo aberto e das actuacións de cortado e preparación da pedra extraída debe ser abordado desde unha perspectiva plural por non dispoñer de normativa específica galega sobre esta cuestión³.

Como indica Fernández-Espinar y López⁴, os principais efectos que produce a minería de superficie son os seguintes:

- a) Alteración do solo: desaparición do solo por escavación, modificación da paisaxe, destrución da flora e fauna radicada na canteira.
- b) Alteración do subsolo: cambios da estrutura e diminución da estabilidade.
- c) Alteración das augas superficiais e subterráneas.
- d) Efectos na atmosfera: ruído, po.
- e) Outros efectos como vibracións, cascalleiros...

² "Lo que puede plantearse en casos concretos es el conflicto entre los dos intereses cuya compaginación se propugna a lo largo de esta sentencia: la protección del medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero. Ello supone ponderar en cada caso la importancia para la economía nacional de la explotación minera de que se trata y del daño que pueda producir al medio ambiente..." (f.x. 8). En relación con esta cuestión *vid.* FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, L., "El conflicto de intereses entre el medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero", *Revista de Administración Pública*, n.º 111, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1986.

³ No caso de Cataluña aprobouse xa en 1981 a Lei 12/1981, do 24 de decembro, que establece normas adicionais de protección dos espazos de especial interese natural afectados por actividades extractivas. Esta lei foi obxecto dun recurso de inconstitucionalidade, 114/1982, resolto pola STC 64/1982. A Comunidade Autónoma de Castela e León tamén aprobou un Decreto 119/1985, do 17 de outubro, aplicable ós traballos mineiros a ceo aberto e interiores que alteren sensiblemente o espazo natural.

⁴ FERNÁNDEZ-ESPINAR Y LÓPEZ, L., *op. cit.*, páxs. 241-242.

Débase pois examina-la lexislación sectorial que pode ter unha incidencia na cuestión achegando medidas que contribúan a mellora-lo estado de protección do parque. Neste sentido ten interese, en primeiro lugar, o exame da lexislación de minas e de espazos naturais por seren estes os ámbitos de intervención máis directa no problema que nos ocupa. Complementariamente haberá que facer referencia á normativa de contaminación atmosférica, máis concretamente á de ruído, e á de actividades clasificadas. A lexislación de protección da fauna pode tamén achegar unha esfera de protección reforzada. Por último a normativa de impacto ambiental pode ser de axuda para os efectos de conseguir unha efectiva protección do espazo natural protexido.

Un dato previo que condiciona tamén o enfoque deste estudo é o feito de que, habitualmente, nos encontramos ante unha actividade xa en funcionamento, polo que certos controis *ex ante* como poden se-los estudos de impacto ambiental ou o sometemento das licencias e autorizacións respecto de certas condicións ambientais teñen unha aplicabilidade limitada.

2. A lexislación de minas: restauración de espazos xa degradados

A Lei 22/1973, do 21 de xullo, de minas recollía no artigo 5 unha obriga de compatibiliza-los aproveitamentos mineiros coa protección do medio natural a través da realización por parte do Ministerio de Industria dos estudos oportunos para fixa-las condicións de protección do medio que serán imperativas. Estas condicións non se desenvolveron ata 1982 a través do Real decreto 2994/1982, do 15 de outubro, sobre restauración do espazo natural afectado por actividades mineiras⁵. Este real decreto, consecuencia evidente da lei catalana citada, obriga a tódalas explotacións mineiras a ceo aberto a realizar traballos de restauración do espazo natural afectado. Para iso establécese con carácter previo á autorización de aproveitamento ou á concesión de explotación a obriga de presentar ante o Ministerio de Industria ou o órgano competente autonómico, no caso de Galicia ante a Consellería de Industria, un plan de restauración do espazo natural afectado.

Este plan de restauración do espazo natural debe conter información e descrición sobre o medio físico, xeoloxía, hidroloxía, hidroxoloxía, climatoloxía, superficie vexetal, paisaxe do espazo afectado. Tamén debe defini-lo medio socioeconómico (incluído aproveitamentos e usos

⁵ BOE 274, do 15/11/82. Este real decreto foi seguido por un real decreto específico para as explotacións de carbón a ceo aberto (R.D. 1116/1984, do 9 de maio).

preexistentes, infraestructuras, instalacións...). Debe, evidentemente, conter unha descrición das características do aproveitamento mineiro. Ademais, e principalmente, o plan detallará as medidas previstas para a restauración: acondicionamento da superficie, prevención da erosión, protección da paisaxe, estudio do impacto ambiental e medidas de protección e proxecto de almacenamento dos residuos e medidas paliativas. Estas precaucións correctoras terán que prever un calendario e un custo aproximado de execución.

Como toda actividade mineira está subordinada á adopción destas medidas, aquelas autorizacións ou concesións anteriores á entrada en vigor do real decreto tiveron que adaptarse no prazo máximo dun ano ás súas esixencias e presentar un estudio de impacto ambiental sobre as alternativas de restauración dos espazos aínda sen explotar (art. 9). Non debería, pois, existir ningunha explotación mineira hoxe en día sen plan de restauración, se ben este podería ser parcial, facendo só referencia á superficie explotada a partir de 1982.

En principio o real decreto establece como unha obriga do titular da explotación mineira aplicar estas medidas de reparación, pero este pode optar por que sexa a Administración a encargada de facelo, trala entrega periódica dunha cantidade suficiente para cubri-lo custo de execución (art. 5).

O incumprimento das obrigas de restauración fixadas no plan leva consigo as sancións previstas na lexislación de minas e, pode, incluso, dar lugar á caducidade da concesión da explotación. Tamén pode provoca-la suspensión provisional dos traballos de aproveitamento mineral.

3. A contaminación atmosférica producida por canteiras: ruído, po e vibracións. O réxime de actividades clasificadas

A actividade extractiva provoca unha serie de efectos colaterais que poden ser agrupados co rótulo da contaminación atmosférica dado que a súa transmisión se produce polo aire, pero que teñen consecuencias distintas: ruídos, vibracións e po. Ademais da lexislación sectorial específica destes sectores, o réxime de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas pode proporcionar instrumentos de prevención ou reparación dos impactos ambientais das canteiras. No suposto dunha canteira podemos distinguir dous tipos de actividades que poderían merecer unha cualificación distinta. Por unha banda témo-la actividade de extracción da pedra que debido á utilización de explosivos podería entrar na consideración de actividade perigosa. Por outra témo-lo labor de trituración, clasificación e ensilado que produce, fundamentalmente, ruídos e po, e que de poder recibir un tratamento separado sería unha actividade molesta.

Ademais da protección contra a contaminación atmosférica a través do réxime de actividades clasificadas, tamén podemos atopar instrumentos de protección en certa normativa dirixida a limitar directamente o ruído de fontes de produción particularmente contaminantes.

a) *O réxime de actividades clasificadas*

Respecto das esixencias ás que o Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas suxeita as actividades perigosas –entendendo como tales as que teñan por obxecto fabricar, manipular, expender ou almacenar produtos susceptibles de orixinar riscos graves por explotacións, combustións, radiacións ou outros de análoga importancia para as persoas ou os bens (art. 3)– temos como requisito esencial o de que estas actividades só poderán situarse a unha distancia de 2000 metros, que se contarán a partir do núcleo máis próximo de poboación agrupada (art. 4)⁶.

O artigo 3.1 do Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas e perigosas (RAMINP) dispón que: “Serán cualificadas como molestas as actividades que constitúan unha incomodidade polos ruídos ou vibracións que produzan ou polos fumes, gases, cheiros, néboas ou pos en suspensión ou substancias que eliminen”. Poñendo en conexión este artigo co artigo 11 do mesmo regulamento vemos como ás actividades que reciben esta cualificación se lles esixe: “En relación coa situación desta clase de actividades, estarase ó que dispón o artigo 4 e haberá que ter en conta para a concesión das licencias, e en todo caso para o seu funcionamento, que as chemineas, vehículos e demais actividades que poidan producir fumes, po ou ruídos, se doten inescusablemente dos elementos correctores necesarios”.

No artigo 18 do RAMINP menciona tamén a obriga para as actividades que producen po de estaren dotadas obrigatoriamente de instalacións adecuadas e eficaces para a precipitación do po ou de depuración dos vapores ou gases, en seco, en húmido ou por procedemento eléctrico. É dicir que os elementos de control son a fixación da situación de acordo

⁶ Sobre o carácter perigoso das canteiras pronunciouse o TS en Sentencia de 8/3/1996 en relación cunha mina a ceo aberto da empresa Mármoles P., S.L. de Vila de Cruces. O tribunal declara que “Basta, polo tanto, a capacidade para orixinar danos persoais ou materiais, sempre que estes teñan a suficiente entidade para atribuírle-la consideración de graves, para entender que estamos ante unha actividade perigosa. Circunstancia esta que resulta dificilmente cuestionable cando se reconece, como ocorre no presente caso, que se utilizan explosivos para a extracción do mineral, aínda que tal utilización ou manipulación sexa simplemente instrumental e non a finalidade ou obxectivo propio da actividade”. A sentenza insiste en que o nomenclátor anexo ó RAMINP ten un carácter simplemente orientativo e non debe considerarse como un *numerus clausus*, polo que as actividades que non aparezan nel non deben considerarse, sen máis, excluídas.

coa normativa urbanística e a obriga de medidas correctoras para os efectos molestos que poidan producir.

En relación coas actividades que producen po, o condicionamento da concesión da licencia á implantación de medidas correctoras poderá esixirse incluso cando estas emisións non superen os límites legais e non infrinxan o artigo 3.4 da Lei de protección do ambiente atmosférico de 1972. O TS así o afirma nunha Sentencia do 23 de abril de 1996 (Arzdi. 3267): “o feito de non supera-los niveis de contaminación a que se refire esta lei, non implica que unha actividade sometida á normativa do RAMINP non poida, para que se outorgue a licencia de instalación ou apertura e funcionamento, ser condicionada ás medidas correctoras necesarias para que eviten os efectos lesivos propios dunha actividade determinada, aínda que non contamine a atmosfera”.

A licencia de apertura dunha actividade clasificada estaría, polo tanto, sometida á obriga de garantir que se conta cos dispositivos de corrección necesarios. Esta obriga prolóngase no tempo, xa que como ten recoñecido a xurisprudencia do Tribunal Supremo, esta licencia constitúe “un suposto típico de autorización de funcionamento en canto que fai posible o desenvolvemento dunha actividade no tempo e xera unha relación permanente coa Administración, que en todo momento pode acordalos prezos para que a actividade se axuste ás esixencias do interese público, a través dunha continuada función de policía que non se esgota co outorgamento da licencia, senón que permite acordalo establecemento de medidas correctoras e a revisión destas cando se volven ineficaces”⁷.

A Lei 7/1997, do 11 de agosto, de protección contra a contaminación acústica de Galicia reitera ese carácter cambiante da licencia e indica que “unha vez iniciada a actividade ou postas en funcionamento as instalacións, tamén poderán realizarse inspeccións para comprobar que as actividades e as instalacións cumpren a normativa. Como consecuencia destas, poderán incoarse os correspondentes procedementos sancionadores ou ben acordar medidas correctoras ou de control”.

Xa que logo, as medidas correctoras coas que debe contar a actividade molesta, insalubre, nociva ou perigosa non son só as que motivaron a concesión da licencia senón que esta licencia terá un contido variable, e é posible que a modificación das circunstancias da actividade ou a evolución técnica fagan preciso cambiar estas medidas⁸. A xurisprudencia corrobora este aspecto en sentencias como a do Tribunal Supremo do 22 de abril de 1991 onde se afirma que “a esixencia duns condicionamentos

⁷ STS do 19 de xaneiro de 1996.

⁸ O acto de concesión da licencia sería, pois, un acto-condición “que encadena la actividad autorizada al complejo dinámico reglamentario en que se inserta”; MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, 1991, páx. 114.

non previstos nunha licencia, motivados pola incidencia de novos criterios acerca das medidas de seguridade que deben observarse no exercicio dunha actividade determinada, en tanto estean previstos nunha norma regulamentaria que teña a debida cobertura legal, obrigan o titular dunha licencia en función do interese público protexido, en tanto sexa posible a aplicación das novas medidas de seguridade (...); no caso de que non fora posible a modificación dos ditos condicionamentos, a Administración pode, se existe unha norma legal impeditiva, autorizar que prosiga o uso autorizado sen acomodarse á nova regulamentación, ou anula-la licencia coa conseguinte indemnización a que se refire o artigo 16.3 do Regulamento de servicios das corporacións locais, sen que tal doutrina infrinxa o principio de seguridade xurídica do artigo 9.3 da Constitución española". Cabe, entón, un endurecemento das medidas correctoras con posterioridade á concesión da licencia, chegarase á anulación desta con indemnización en caso de que o titular dela non queira adaptarse a esas condicións máis estrictas.

b) A lexislación comunitaria relativa á protección fronte ó ruído de certos aparellos. As ordenanzas municipais de ruídos.

Xunto á protección contra a contaminación atmosférica que proporciona a normativa de actividades clasificadas contamos cunha regulación máis específica en materia de ruídos de orixe comunitaria europea dirixida a controla-lo ruído de maquinaria ou aparellos que producen emisións sonoras especialmente graves. É preciso para ver cál desta normativa é aplicable, determina-lo tipo de maquinaria utilizada pola planta de extracción de mineral⁹. En todo caso, as características comúns deste tipo de normativa son que introducen límites sobre o nivel de potencia acústica admisible acompañados dun procedemento de probas para determi-

⁹ Estas directivas son, coas modificacións introducidas ó longo do tempo para adaptalas ó progreso técnico: Directiva 79/113 CEE do Consello do 19 de decembro de 1978 verbo da aproximación das lexislacións dos estados membros relativas á determinación da emisión sonora das máquinas e materiais utilizados nas obras de construción; Directiva 84/533 do Consello do 17 de setembro de 1984 referente á aproximación das lexislacións dos estados membros relativas ó nivel de potencia acústica admisible dos motocompresores; Directiva 84/534 CEE do Consello do 17 de setembro de 1984 referente á aproximación das lexislacións dos estados membros relativas ó nivel de potencia acústica admisible dos guindastres de torre; Directiva 84/536 CEE do Consello do 17 de setembro de 1984 referente á aproximación das lexislacións dos estados membros relativas ó nivel de potencia acústica admisible dos grupos electrógenos de potencia; Directiva 84/537 CEE do Consello do 17 de setembro de 1984 referente á aproximación das lexislacións dos estados membros relativas ó nivel de potencia acústica admisible dos trituradores de formigón, martelos, picadores de man; Directiva 84/662 CEE do Consello do 22 de decembro de 1984 relativa á limitación das emisións sonoras das pas hidráulicas, das pas de cabos; das topadoras frontais; das cargadoras e das pas cargadoras.

na-lo ruído aéreo emitido. O cumprimento deses niveis verificase mediante o certificado de conformidade tipo CEE que lle impide a calquera Estado membro excluír do mercado os equipos que cumpran eses requisitos. A transposición desta normativa ó dereito español fíxose polo Real decreto 245/1989, do 27 de febreiro, modificado por Real decreto do 71/1992, do 31 de xaneiro.

Esta normativa ten, xa que logo, dúas orientacións. Por unha banda, a comprobación dos requisitos de maquinaria por parte dos organismos autorizados (anexos reais decretos), e, por outra, o cumprimento dos niveis sonoros que lle corresponderá á Administración competente en materia de ruídos que, en principio, será a Administración local de acordo coa ordenanza de ruídos que, no seu caso, teña aprobada. Ademais en materia de ruídos haberá que ter en conta as outras esixencias que poida establecer a ordenanza municipal de ruídos. Sen embargo, un problema que presenta esta normativa municipal de control do ruído é que adoita deixar nun segundo plano a regulación das actividades industriais, especialmente a daquelas que polas súas características adoitan situarse fóra dos núcleos urbanos e que, polo tanto, xeran menos incomodidades para os cidadáns (aínda que o seu impacto ambiental poida ser tan ou máis grande co das outras).

4. Os vertidos de augas residuais

A contaminación de augas que, xeralmente, producen as actividades extractivas fai necesario determinar qué tipo de medidas introduce a lexislación sectorial para limita-los seus efectos.

Podería entrar así a actividade da canteira dentro da consideración de actividade nociva que segundo o art. 3.3 do RAMINP se aplica ás que, polas mesmas causas, poidan ocasionarlle danos á riqueza agrícola, forestal, pecuaria ou piscícola. O control destas actividades realízase tamén polo control da situación a través das normas urbanísticas e, tamén, a través da obriga de que estean dotadas de dispositivos de depuración mecánicos, químicos ou físico-químicos, para eliminar das súas augas residuais os elementos nocivos que poidan ser prexudiciais para as industrias situadas augas abaixo ou para as riquezas piscícolas, pecuaria, agrícola ou forestal (art. 16).

O RAMINP intenta protexe-la calidade das augas a través da obriga mencionada e dunha prohibición de realización de pozos ou dispositivos co obxecto de que o terreo absorba as augas residuais sen a previa depuración, sempre que estas sexan capaces de contamina-las augas profundas ou superficiais. Esta prohibición exceptúase en caso de que estes se sitúen a

máis de 500 metros dun núcleo de poboación e exista constancia de que non se contaminarán as capas acuíferas freáticas profundas (art. 17).

O RAMINP inclúe, sen embargo, unha excepción xeral á regra de depuración, xa que o mesmo artigo 17 establece que: "Soamente será tolerado o vertido sen previa depuración, nos cursos de auga dos líquidos sobrantes de industrias ou os procedentes do lavado mineral, cando o volume destes sexa polo menos vinte veces inferior ó dos que na estiaxe leva o curso da auga ou cando augas abaixo do punto de vertido non exista poboado ningún a unha distancia inferior á necesaria para que se verifique a autodepuración da corrente".

Debemos, pois, examina-los preceptos da Lei de augas para ver se ademais dos requisitos que establece o RAMINP se establecen outras obrigas en relación cos vertidos de augas residuais. Efectivamente o artigo 92 da Lei de augas reza: "Toda actividade susceptible de provoca-la contaminación ou degradación do dominio público hidráulico e, en particular, o vertido de augas e de produtos residuais susceptible de contamina-las augas continentais require autorización administrativa. Para os efectos da presente lei consideraranse vertidos os que se realicen directa ou indirectamente nos leitos, calquera que sexa a natureza destes, así como os que se leven adiante no subsolo ou sobre o terreo, balsas ou escavacións, mediante vacuación, inxección ou depósito". A consecuencia deste precepto é clara, será precisa unha autorización de vertido en todo caso. Ademais a lei vai máis alá establecendo a posibilidade de que "o organismo de conca poderá suspender temporalmente as autorizacións de vertido, ou modifica-las súas condicións, cando as circunstancias que motivaron o seu outorgamento se alterasen, ou sobreviñeran outras que, de existiren anteriormente, xustificarian a súa denegación ou o outorgamento en termos distintos. Corresponderalle ó Goberno a suspensión definitiva da autorización". Polo tanto non cabe ningunha dúbida sobre a posibilidade de que se suspenda a autorización ou se modifique o seu contido, podendo establecerse medidas máis estritas que as orixinalmente previstas, en caso de que haxa unha variación das circunstancias. Consideramos que esta variación pode ser tanto do contorno físico como do réxime xurídico aplicable. A modificación do contido da autorización non dará dereito a indemnización.

En canto á suspensión provisional esta corresponderíalle ó organismo de conca¹⁰, atribuíndoselle a definitiva ó Goberno. A alusión ó Goberno entenderase, segundo a Sentencia do Tribunal Constitucional 227/1988,

¹⁰ A confederación hidrográfica no caso de que as augas discorran por máis dunha comunidade autónoma, dado que son competencia do Estado e Augas de Galicia no caso de augas intracomunitarias porque Galicia asumiu competencias nesta materia (Lei 8/1993, do 2 de xullo, de Administración hidráulica de Galicia e Decreto 108/1996, do 18 de marzo, polo que se aproba o Regulamento de augas de Galicia).

do 29 de novembro, no sentido de que será o Goberno do Estado no caso de que as augas afectadas sexan competencia estatal e o autonómico no caso de que esteamos ante unha comunidade autónoma que asumira as competencias en augas intracomunitarias¹¹.

A consecuencia fixada na Lei de augas para o incumprimento da obriga de contar con autorización para a realización de vertidos é a imposición dunha sanción que será cualificada como leve, menos grave, grave ou moi grave en función da súa repercusión e das circunstancias nas que se cometa a infracción (art. 108-109).

Temos, pois, que en materia de vertido de augas residuais a actividade afectada debe pasar un dobre trámite autorizador. Por unha banda, a propia apertura da canteira por ser unha actividade clasificada debe obter a licenza prevista no RAMINP, licenza que estará sometida ó cumprimento das medidas correctoras que se consideren pertinentes. Ademais, como xa se indicou anteriormente, esta licenza ten un contido variable e poden endurecerse as condicións de corrección en función da evolución técnica para aminorar a incidencia desta actividade. Por outra banda, debe ter unha autorización de vertidos con base nos preceptos da Lei de Augas que tamén terá un contido variable e poderá establecer uns requisitos de depuración máis estritos cós previstos inicialmente.

5. Os espazos naturais protexidos e a protección da fauna como vía de redución do impacto ambiental

Os problemas ambientais que xera unha canteira acrecéntanse no caso de que esta canteira se sitúe total ou parcialmente dentro dos límites dun espazo natural protexido, como sucede nalgún caso en Galicia. Sendo o tipo de impactos similares, as súas consecuencias son tanto máis graves por canto afectan espazos e ecosistemas protexidos pola súa singularidade e, certamente, fragilidade. Por este motivo, ás medidas apuntadas ata agora, hai que engadírlle-lo réxime especial de protección do que gozan estes espazos.

Debemos aquí distinguir dous réximes de protección diversos: o dos espazos relacionados coa explotación mineira situados no interior do espazo natural protexido e o das actividades mineiras exteriores ó contorno do parque. O espazo que está incluído no contorno da declaración do parque gozará dun réxime de protección reforzado de acordo coas previsións da normativa estatal e autonómica de espazos naturais protexidos e das propias limitacións establecidas para determinadas actividades e usos no Plan de ordenación dos recursos naturais e no Plan rector de

¹¹ Fundamento xurídico 26 da STC 227/1988, do 29 de novembro.

uso e xestión do parque. Respecto dos espazos situados no exterior, pero limitando co espazo natural protexido é evidente que os ecosistemas non coñecen as divisións legais e que as actividades que se realicen deberán ser compatibles cos obxectivos de protección. Por iso a normativa vixente introduce unha serie de limitacións (ruídos, vertidos...) que van dirixidas a evitar que impactos externos deterioren o contorno interno do espazo protexido. A normativa de protección da fauna xoga con especial intensidade na limitación deses usos externos incompatibles.

O carácter de espazo natural protexido, ZEPA ou zona RAMSAR determina que a protección dun espazo como ecosistema poida producirse por unha vía múltiple. Por unha banda, témo-lo Convenio RAMSAR e a Directiva 79/409 de conservación das aves silvestres, por outra a normativa estatal e autonómica. Ademais a normativa existente ten dúas orientacións, relacionadas pero diferenciadas, a protección de espazos naturais de especial valor e a protección da fauna.

A Directiva do Consello 79/409 CEE do 2 de abril de 1979 relativa á conservación das aves silvestres establece un réxime especial de protección para aquelas aves que viven en estado ventureiro que por estar ameazadas de extinción, ser especialmente vulnerables, raras ou escasas ou requiriren atención particular precisen medidas de tutela reforzadas. Para estas aves os estados membros clasificarán zonas de protección (ZEPA) nas que se tomarán as medidas adecuadas para evita-la contaminación ou o estrago dos hábitats, así como as perturbacións que afecten ás aves (art. 4.4).

O Real decreto 1991/95, do 7 de decembro, polo que se fixan pautas para contribuír a garanti-la biodiversidade mediante a conservación dos hábitats naturais e da fauna e flora silvestres¹² establece unha serie de medidas de conservación que serán tamén de aplicación ás ZEPA declaradas polas comunidades autónomas (art. 6.4 *in fine*). Estas inclúen a adopción de medidas para evitar deterioracións ou alteracións que repercutan nas especies que motivaron a designación desas zonas; a necesidade de someter a avaliación as repercusións de calquera plan ou proxecto que poida afectar apreciablemente á zona protexida sen que poida aprobarse se causa prexuízos, salvo as excepcións que recolle o real decreto.

O art. 38.4 da Lei de espazos naturais e da flora e fauna silvestres¹³ configura un catálogo de infraccións que sería de aplicación ó suposto que nos ocupa en caso de incumprimento desas obrigas especiais de protección que articula a distinta normativa aplicable: "Sen prexuízo do que dispoña respecto disto a lexislación autonómica que desenvolve es-

¹² BOE do 28 de decembro.

¹³ Lei 4/1989, do 27 de marzo (BOE do 28 de marzo). Esta lei foi modificada en diversos puntos, entre os que se conta o catálogo de infraccións, pola Lei 41/1997, do 5 de novembro (BOE do 6 de novembro).

tas normas de protección e as leis reguladoras de determinados recursos naturais, consideraranse infraccións administrativas: 1ª. A utilización de productos químicos, substancias biolóxicas, a realización de vertidos ou o espaxamento de residuos que alteren as condicións de habitabilidade dos espazos naturais protexidos con dano para os valores neles contidos. (...). 4ª. A emisión de ruídos que perturben a tranquilidade das especies en espazos naturais protexidos (...). 7ª. A destrución do hábitat de especies en perigo de extinción ou sensibles á alteración do seu hábitat, en particular do lugar de reprodución, invernada, repouso, campo ou alimentación”.

En definitiva, vemos que as medidas de protección van desde a planificación previa (PRUX, PORN) ata o establecemento de limitacións ás actividades que directa ou indirectamente poidan afecta-lo espazo natural protexido ou a fauna obxecto de tutela. O incumprimento destas limitacións ou, simplemente, dos obxectivos de tutela establecidos ten como consecuencia a imposición dunha sanción administrativa sempre que esteamos ante unha das infraccións catalogadas na normativa vixente.

Non obstante, algunhas das medidas previstas teñen o inconveniente de que non son aplicables a actividades xa en funcionamento (ex. avaliación das repercusións dos proxectos do art. 6 do R.D. 1997/95). Pola contra, son de aplicación no caso de que se produza unha ampliación ou modificación destas actividades. En todo caso, a normativa de espazos naturais e de protección da flora e da fauna en conexión coa normativa que establece un réxime autorizador complexo para as actividades mineiras permite, sen lugar a dúbidas, observa-lo endurecemento das condicións de autorización coa finalidade de adaptarse ás esixencias derivadas da tutela de ecosistemas protexidos, establecidos con posterioridade ó inicio da actividade mineira.

6. A avaliación de impacto ambiental como instrumento de protección en caso de ampliación ou modificación da actividade extractiva

O Real decreto lexislativo 1302/1986, de avaliación de impacto ambiental establece a obriga de que se realice unha avaliación de impacto ambiental para os proxectos de apertura ou as ampliacións dunha serie de actividades entre as que se encontran as que enumera o Decreto 442/1990, do 13 de setembro, de avaliación do impacto ambiental para Galicia (n.º 12 do anexo): “as explotacións mineiras a ceo aberto de depósitos de minerais e demais recursos xeolóxicos das seccións A, B, C e D, o aproveitamento das cales está regulado pola Lei de minas e normativa complementaria cando se dea algunha das circunstancias seguintes:

- Explotacións que teñan un movemento total de terras superior a 400.000 metros cúbicos/ano.
- Explotacións de depósito ligados á dinámica fluvial, fluvio-glacial, litoral ou eólica, e depósitos mariños.
- Explotacións que produzan impactos paisaxísticos severos ou críticos.
- Explotacións situadas en espazos naturais protexidos ou que supoñan mingua dos seus valores naturais.
- Explotacións de substancias que poidan sufrir alteracións por oxidación, hidratación, etc., e que induzan, en límites superiores ós incluídos nas lexislacións vixentes, á acidez, toxicidade ou outros parámetros en concentracións tales que supoñan risco para a saúde humana ou o medio, como as minas de sulfuros, explotacións de combustibles sólidos, explotacións que requiran tratamento por lixiviación *in situ* e minerais radioactivos.

Todas aquelas actuacións que produzan unha alteración física ou unha perda dos valores naturais, culturais, científicos ou educativos dos espazos naturais en réxime de protección xeral, incluídos no Rexistro Xeral de Espazos Naturais de Galicia”.

No caso de que as explotacións mineiras non teñan estas características a Comunidade Autónoma de Galicia estableceu un trámite máis simplificado, a avaliación de efectos ambientais, ó que deben someterse “tódolos proxectos, públicos ou privados, de execución de obras, instalacións ou calquera outra actividade prevista nas diferentes lexislacións sectoriais, tanto de Galicia como do Estado, que precisen ou prevexan a necesidade da realización dun estudio ambiental e non estean incluídos no anexo do Decreto 442/1990 así como as modificacións ou ampliacións de proxectos que figuren no anexo do Decreto 442/1990 e o proxecto inicial das cales fose obxecto de declaración”¹⁴. Este procedemento de avaliación de efectos ambientais está regulado no Decreto 327/1991, do 4 de outubro, de avaliación de efectos ambientais para Galicia¹⁵.

En resumo, os proxectos de novas actividades extractivas deberán pasar un procedemento de avaliación de impacto ambiental se teñen as

¹⁴ A Lei de protección ambiental de Galicia establece unha triple clasificación de protección de actividades: avaliación de impacto ambiental, avaliación de efectos ambientais e avaliación de incidencia ambiental. Estes tres procedementos deben substituí-los dous actualmente aplicables pero, entremetres, a propia lei establece na disposición transitoria segunda que mentres non se aproben as normas regulamentarias de desenvolvemento seguirán en vigor o Decreto 2414/1961 polo que se aproba o RAMINP, o Decreto 442/1990 de avaliación do impacto ambiental e o Decreto 327/1991 de avaliación dos efectos ambientais.

¹⁵ DOG 199, do 15/10/1991.

características antes citadas e aínda no caso de que non as teñan deberán someterse á avaliación de efectos ambientais. Estas dúas declaracións delimitarán o contido da autorización e o titular da actividade deberá axustarse a elas e, incluso, poderá ser obrigado a adoptar medidas complementarias en caso de que se aprecien efectos ambientais non previstos na declaración ambiental inicial. Respecto das actividades xa en funcionamento, a normativa galega actual obrígaas a realizar unha avaliación de efectos ambientais en caso de modificación ou ampliación cando entran dentro do ámbito de aplicación do decreto da avaliación de impacto ambiental.

7. A fianza ambiental: un instrumento complementario ás autorizacións que imponen medidas correctoras

A Lei 1/1995, de protección ambiental de Galicia establece a posibilidade de impoñer-la presentación dunha fianza cando a autorización supoña a adopción de medidas correctoras. Esta fianza ten como finalidade a cobertura da reparación dos posibles danos e do custo de reparación. O Decreto 455/1996, do 7 de novembro, de fianzas en materia ambiental¹⁶ desenvolve con máis detalle este instrumento.

O órgano administrativo competente para o outorgamento da autorización poderá esixir-la constitución dunha garantía persoal, fixando a súa contía, mediante aval que garanta, suficientemente, o cumprimento destas obrigas de reparación e restauración. O aval deberá ter-lo carácter solidario, incondicionado, directamente executable, e pagadeiro ó primeiro requirimento e deberá de estar prestado por banco, caixa de aforros, cooperativa de crédito ou sociedade de garantía recíproca, debidamente autorizados e inscritos no rexistro que lle corresponda (art. 2 decreto).

O aval constituirase polo tempo que fixe o órgano que acorde a autorización pero poderá revisarse pasados dous anos, e excepcionalmente nun prazo menor, se se modifican as circunstancias en función das cales se fixou. Ademais "se a autorización fixase un prazo de garantía das obras de restauración, o aval deberá estenderse a este e non poderá exceder de tres anos desde a terminación da actividade ou obra" (art. 5). Nos avais de longa duración pódese tamén acordar-la actualización por períodos temporais de cinco anos como mínimo (disp. adic. 3ª).

En definitiva, cando esteamos ante unha actividade que precisa de autorizacións administrativas, a Administración poderá fixar unha fianza para garantir-los efectos ambientais desta actividade e, incluso, poderá modificar-la contía da fianza debido á aparición de novas circunstancias que aconsellen aumentar ou reducir-lo seu importe, logo da audiencia ó interesado.

¹⁶ DOG do 17 de febreiro.

8. A responsabilidade civil por danos ó medio ambiente

Outra vía de acción contra os danos xerados pola canteira ó medio ambiente é a da responsabilidade civil¹⁷. Sen embargo esta vía, hoxe recoñecida pola xurisprudencia, non deixa de encontrar certos problemas de encaixe coa concepción tradicional da responsabilidade extracontractual. A particular natureza do ben lesionado fai que xurdan dificultades como a da determinación do suxeito pasivo, o que nos esquemas tradicionais era a "víctima", xa que "o que de verdade está en xogo neste punto é non tanto quén sexa o suxeito pasivo do dano, senón a quén debe indemnizar o que ocasiona un efecto danoso ó medio ambiente (...) Parece obrigado recoñecer que as accións encamiñadas a obter a reparación dos danos lle corresponden ó Estado, como custodio, por así dicilo das *res communes omnium*"¹⁸. Cremos que os poderes públicos, no seu ámbito de competencias, poden reclamar responsabilidade civil polos danos producidos ó medio ambiente. Presentaría máis problemas a lexitimación activa de intereses colectivos difusos nos que a reclamación non deriva dunha relación posesoria co ben lesionado.

No Estado español non existe unha norma ou principio xeral que regule as inmisións como é o caso en Alemaña, Italia ou a propia Cataluña¹⁹, polo que se recorreu, fundamentalmente, aos artigos 590 e 1908 do Código civil para limitar no tráfico *inter privatos* as emisións molestas e que, eventualmente, produzan danos ambientais²⁰. Tamén se buscou como unha vía posible de solución a este tipo de conflitos a do abuso do dereito do artigo 7.2 do Código civil.

Na xurisprudencia e na doutrina civilista produciuse unha certa evolución neste terreo desde unha responsabilidade por culpa ou suxeitiva

¹⁷ Sobre as canles civís de protección contra a deterioración ambiental o prof. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium 1991, páxs. 160 e segs., ofrece unha detallada panorámica das vías existentes, da evolución xurisprudencial e doutrinal e da práctica comparada que permite apreciarlo seu alcance non exento de limitacións. Vid. tamén CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La reparación de los daños al medio ambiente*, Pamplona, 1996.

¹⁸ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Cuadernos Civitas, 1995, páx. 52-3.

¹⁹ ALONSO PÉREZ, M., "La protección jurídica frente a inmisións molestas y nocivas", *Actualidad civil*, 1994-2, páxs. 385 e segs. Este artigo aborda tamén o estudio da Lei 13/1990, do 9 de xullo, da acción negatoria, inmisións, servidumes e relacións de veciñanza de Cataluña.

²⁰ Hai outros artigos do Código civil que limitan tamén as inmisións, e algúns autores e xurisprudencia (ex. STS do 3/12/1981 sobre a central térmica de Besós) utilizaron incluso a teoría do abuso do dereito recollida no artigo 7.2 para ir contra estas actividades.

cara a unha responsabilidade obxectiva e ligada ó concepto de risco que facilita a súa aplicación á problemática ambiental²¹.

Esta tendencia obxectivadora da responsabilidade civil pode chegar a apreciarse con independencia do cumprimento das medidas administrativas limitadoras para este tipo de actividades. Así a STS do 07/04/1997 afirma que "aínda que cuantitativamente os fumes e gases expelidos (...) puidesen respectar (...) os niveis de contaminación regulamentariamente establecidos, o certo é que cualitativamente foron nocivos e causaron danos a terceiras persoas totalmente alleas á referida explotación industrial, o que evidencia que tales medidas foron insuficientes para evita-los danos a terceiros"²².

Os medios xurídicos concretos de loita contra as inmisións poderían se-la acción negatoria e os interdictos posesorios ante a xurisdicción ordinaria. A través da acción negatoria declárase que a propiedade dun ben non está sometida ó dereito que outro quere exercitar sobre el ou ben afás-tase calquera perturbación ilexítima máis alá do nivel de tolerancia normal. Os interdictos posesorios teñen máis difícil a súa utilización porque é necesario delimitar claramente o obxecto posuído, cuestión, ás veces, complicada en materia ambiental.

²¹ Como indica ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, "debemos tener muy presente que la jurisprudencia acude continuamente a la vía reparadora del art. 1902 CC, con tendencia a la objetivación de la responsabilidad, aunque alguna sentencia se limita a la inversión de la carga de la prueba (STS 31 enero 1986). Aquel precepto sigue cumpliendo una función importante en orden a la reparación de los daños generados por inmisiónes nocivas. A menudo sucede que se desestiman las pretensiones de responsabilidad porque no se prueba el nexo causal entre las inmisiónes nocivas y los daños irrogados (STS 29 junio 1980, 27 octubre 1990). Es menester acreditar suficientemente, al menos que la causa adecuada y determinante del daño no fue otra que la inmisión de polvo industrial (STS 14 julio 1982). Ello supone que, en la concurrencia de causas, debe probarse cual fue la decisiva en la producción del evento dañoso(...) (STS 30 diciembre 1981)".

²² A STS do 7 de abril de 1997 en relación cos danos e fumes provocados pola actividade industrial de Minas de Potasa de Suria S.A. establece que "en sede de teoría xeral acerca da responsabilidade por culpa extracontractual ex artigo 1902 do Código civil, a tendencia cara a un sistema que, sen facer abstracción total do factor psicolóxico ou moral e do xuízo de valor sobre a conducta do axente, acepta solucións case obxectivas, demandadas polo incremento das actividades perigosas conseguintes ó desenvolvemento da técnica e o principio de poñerse a cargo de quen obtén o proveito a indemnización do quebranto sufrido por terceiro, a modo de contrapartida do lucro obtido coa actividade perigosa (*cuius est commodum eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onus*), e é por iso polo que se foi transformando a apreciación do principio subxectivista, ora polo acollemento da chamada "teoría do risco", ora pola canle de investimento da carga da proba, presumindo culposa toda acción ou omisión xeradora dun dano indemnizable, sen que sexa bastante para desvirtuala, o cumprimento de regulamentos".

9. A responsabilidade administrativa en caso de incumprimento dos deberes de control das medidas de corrección

Xunto coa posible reclamación civil de responsabilidade polos danos causados ó medio ambiente non cabería descarta-la hipótese de esixir-lles responsabilidade ás administracións públicas competentes en caso de que as medidas correctoras propostas na concesión da licencia de apertura e da autorización de vertidos non se estiveran cumprindo e existise un abandono por parte da Administración das súas obrigas de inspección. Paralelamente ó incumprimento das condicións de concesión das licencias e autorizacións produciríase un funcionamento anormal por omisión dun deber de control dun servicio público que sería susceptible de reclamación pola vía da acción de responsabilidade regulada nos arts. 139-144 da Lei 30/1992, de procedemento común.

González-Varas Ibáñez indica que "precisamente, as dificultades do contencioso-administrativo para lograr que a Administración rompa a súa inactividade acrecentan o interese da proposta indemnizadora que xorde a consecuencia da inactividade administrativa. Pois se ós particulares non lles queda máis remedio que acudir á Administración para que esta sexa quen dispoña as medidas que deben adoptarse para remediarlo dano, non é xusto que teñan aqueles que soporta-los danos que puideron evitarse se a Administración cumprira dilixentemente coas obrigas que impón o ordenamento xurídico"²³. Este autor ilustra estas consideracións con algunha xurisprudencia que recolle esta formulación (ex. STS do 26 de decembro de 1995-Arzd. 9209; Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Valencia do 7 de marzo de 1997 que declara a responsabilidade patrimonial do concello por autoriza-la apertura de establecementos e non vixiar que o nivel de ruídos e vibracións é o adecuado).

A flexibilización do carácter revisor da xurisdicción contencioso-administrativa que vai permiti-lo recurso non só fronte a actos senón tamén fronte á inactividade material da Administración -introducida pola nova lei do contencioso, Lei 29/1998, do 13 de xullo- non parece, polo momento, abrir portas ó control destes supostos concretos de inactividade administrativa por omisión dos deberes de inspección. Sen embargo, Martín Mateo defendía xa coa vella lei do contencioso a posibilidade, non exenta de dificultades, de forza-la intervención da administración impulsándoa a abandona-la súa pasividade. A pesar dos obstáculos procesuais, este autor consideraba que se se acreditaba unha lesión susceptible de ser probada a lexitimación non ofrecería maiores dúbidas²⁴.


²³ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La reparación de daños causados a la Administración*, Cedecs, Barcelona, 1998, páx. 242.

²⁴ MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, 1991, páxs. 199 e segs.

10. Conclusións

Da aproximación realizada ó réxime de protección dos espazos naturais afectados por actividades extractivas poden deducirse unha serie de conclusións de carácter xeral. En primeiro lugar parece evidente que este réxime de tutela está constituído por unha armazón de medidas sectoriais e dispersas. A necesidade de acudir á lexislación sectorial de actividades clasificadas, augas ou ruído para atopar medidas de protección dificulta a propia tutela e introduce unha dispersión competencial que non é benéfica para o medio. Habería que considerar, dada a dimensión que está alcanzando esta actividade en Galicia, a necesidade de dotala dun réxime integral de protección que facilite o seu control e, consecuentemente, diminúa a deterioración ambiental.

Unha segunda conclusión que se deriva do estudio realizado indica que o réxime de protección é fundamentalmente administrativo. A consideración do medio natural como un ben colectivo e a súa protección como unha función administrativa vincula inequivocamente as administracións públicas á súa tutela e sitúa nun segundo plano os particulares polas dificultades de articular un réxime de protección privada, na marxe da idea de posesión e polos problemas de lexitimación aparelados. As escasas posibilidades de actuación dos particulares ou de asociacións de defensa de intereses colectivos practicamente se limitan á vía da denuncia e instan a Administración a que actúe en caso de incumprimento das condicións das autorizacións ou a abrir procedementos sancionadores.

Finalmente, parece claro o carácter evolutivo das autorizacións necesarias para a apertura e funcionamento destas actividades e a posibilidade de introducir medidas correctoras e novos controis despois da concesión da licencia. A Administración conta así cunha marxe de actuación maior que, como consecuencia das inspeccións periódicas a que se deben suxeitar estas actividades, permite ir adaptando as condicións da autorización ás necesidades de tutela ambiental. É xustamente neste terreo no que se debe insistir para afrontar os graves problemas ambientais que está xerando a actividade extractiva de pedra en Galicia. As administracións implicadas deben tomar conciencia dos problemas ambientais das canteiras e buscar solucións que permitan, en colaboración co sector, ir mellorando o seu rendemento desde parámetros de sostibilidade e actualizando o contido das autorizacións ás novas esixencias ambientais. Sen embargo, tamén se aprecia que as vantaxes de que as autorizacións sexan actos-condición e permitan unha adaptación ás circunstancias ambientais cambiantes da actividade non son suficientemente aproveitadas polas administracións públicas. Existe un claro abandono dos deberes de inspección que limita os positivos efectos que esta circunstancia podía ter. 

XUNTA DE GALICIA: RENOVACIÓN E PERMANENCIA DAS ELITES POLÍTICAS¹

Ramón Bouzas Lorenzo

Profesor axudante de Ciencia Política e da Administración,
Universidade de Santiago

Isabel Diz Otero

Investigadora. Departamento de Socioloxía e Ciencia Política e da Administración,
Universidade de Santiago

Celestino García Arias

Profesor asociado de Ciencia Política e da Administración, Universidade de Santiago

1. Introducción

Deixando á marxe o interese que suscitaron as elites dos partidos políticos e as elites parlamentarias, na literatura que a ciencia política e da Administración española produciu durante estas dúas últimas décadas, o estudo das elites político-administrativas atraeu a atención sostida de varios autores que traballaron en diversas liñas contributivas que non son senón un reflexo das transformacións político-administrativas que marcaron a historia recente. Desde a perspectiva actual, as contribucións dos últimos vinte anos pódense englobar en tres liñas distintas: na primeira, a de maior tradición (J. J. Linz, C. Viver, M. Baena, R. Bañón, C. Alba, M.

¹ Este estudio realizouse dentro do marco da elaboración por parte dos autores dunha base de datos de cargos da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia que comprende os secretarios xerais e directores xerais, os conselleiros, os delegados territoriais e os cargos pertencentes ós organismos autónomos durante o período 1979-1997.

Beltrán e R. Jiménez Asensio²), pódense situar tódalas investigacións que, realizadas desde unha perspectiva xeral sobre as elites da Administración, abarcaron todo o período comprendido desde principios de século ata a actualidade e que, ademais de prestarlles unha atención especial ós cargos políticos do franquismo e da transición –período no que se concentran a maior parte das contribucións–, nos últimos anos, abordaron igualmente outras preocupacións, como son a do exame dos problemas derivados da toma de decisións, os procesos de recrutamento e a selección, ou a axenda e a influencia partidistas, dentro dun marco teórico plural no que confluíron a ciencia da Administración, a teoría das elites e a teoría dos partidos políticos; na segunda liña, con especial abundancia a partir dos anos oitenta, poderíanse encadralos estudos realizados sobre as elites da Administración local³; e finalmente, na terceira liña, por razóns históricas a máis recente das tres e a que menos contribucións reuniu ata o momento, concéntranse os traballos realizados a partir dos anos oitenta sobre as elites políticas das administracións autonómicas, interese que

Así mesmo, para a elaboración deste traballo incorporáronse algúns datos de referencia sobre o número de unidades superiores e inferiores e sobre o contínente de recursos humanos existente na Xunta de Galicia en xaneiro de 1995, extraídos das contribucións de dous dos autores ó Equipo de Rendemento Autonómico, ERA, (Comisión Interministerial de Ciencia e Tecnoloxía, SEC 94-0398). Unha versión inicial deste traballo presentouse no “III Congreso español de ciencia política e da Administración” (Salamanca, 1997).

² Entre outras obras poderíanse destacar: LINZ, J. J., “Continuidad y discontinuidad de la elite política española: de la restauración al régimen actual”, en VV.AA., *Estudios de ciencia política y sociología. Homenaje al profesor Ollero*, Madrid: Gráficas Carlavilla, 1972; VIVER, C., *El personal político de Franco (1936-1945)*, Barcelona: Vicens-Vives, 1978; JEREZ, M., *Elites políticas y centros de extracción en España (1938-1957)*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1982; CAMPO, S., J. F. TEZANOS e W. SANTIN, “La élite política española y la transición a la democracia”, *Sistema*, núm. 48, 1982; BANÓN, R., *Poder de la burocracia y Cortes franquistas*, Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública, 1978; ALBA, C., “Administración y Política” en ALBA, C., *et al. Política y Sociedad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987; BAENA, M., “Reflexiones sobre la relación entre políticos y altos funcionarios” en VV.AA., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1988 e “La élite española y la presencia en ella de los burócratas”, *Documentación Administrativa*, núm. 200, 1984; JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Política y Administración: los puestos de designación política en las administraciones públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 32, 1992, e *Altos Cargos y Directivos Públicos*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996, ou PARRADO, S., *Las elites político-administrativas del Estado central en España (1982-1991)*, Tese de Doutoramento, Madrid, Universidade Complutense, 1995.

³ Por exemplo, CAPO, J., *et al.*, “La formación de una élite política local”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 59, 1988; BARAS, M., “Élites municipales y partidos políticos: 1983”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 76, 1992, ou MÁRQUEZ, G., “Las elites políticas locales de izquierdas en Andalucía: de la transición local a la normalización institucional”, *Revista Internacional de Sociología*, núm. 3, 1992, e “Transición local en Galicia: continuidad de las elites políticas del franquismo y renovación de los gobiernos locales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 80, 1993.

ademais de ser compartido por autores de recoñecido prestixio nalgunha das liñas anteriores como C. Alba e R. Jiménez, reclamou a atención dunha nova xeración de investigadores, entre os despuntan os traballos realizados por J. Matas e A. Mesa⁴.

| CADRO I | | |
|--|--|--|
| I. Análise dos marcos teóricos de referencia | | |
| Ciencia da Administración Recursos humanos nas organizacións públicas Análise das elites Análise organizativa dos partidos políticos | | |
| Perspectiva xeral das elites na Administración con especial atención á A.C.E. | Investigación das elites políticas das comunidades autónomas | Investigación das elites políticas da Administración local |
| Exame da toma de decisións Estudio de procedementos de recrutamento-selección Axenda e influencia partidista | | |
| J. J. Linz; C. Viver; M. Baena; R. Bañón; C. Alba; M. Beltrán; R. Jiménez Asensio. | C. Alba; R. Jiménez Asensio; J. Matas; A. Mesa. | J. Capó; M. Baras; G. Márquez |
| II. Deseño de investigación | | |
| Contribucións teóricas + Achegas equipo ERA de Galicia + Equipo de autores. SECUENCIA DE CONSTRUCCIÓN DA BASE DE DATOS <i>Fonte básica</i> Servicio de Información ó Ciudadán (Cons. de Presidencia - Xunta de Galicia) / Feb. 1997. <i>Deseño e procesamento informático da base:</i> Equipo de investigación (Facultade Ciencias Políticas e Sociais - Universidade de Santiago) / 24-31 de marzo. 1997. <i>Eliminación de erros base de datos</i> Hemerografía (prensa; anuarios); DOQ; Servicio de información ó cidadán / Abril-agosto. 1997. | | |
| III. Establecemento de obxectivos | | |
| <i>Análise de altos cargos en activo en xaneiro de 1995 (secretarios xerais e directores xerais)</i> <i>Análise de 2 grupos de cargos de designación política en activo en xaneiro de 1995 (conselleiros e delegados territoriais)</i> Obtención para ámbolos dous casos de datos sobre: número de compoñentes; antigüidade en posto; tempo total de permanencia en posto e departamento de destino. | | |

⁴ Dentro desta última liña, con independencia dos xa abundantes traballos que de maneira xeral abordan o tema da organización das comunidades autónomas e nos que se fai referencia a este particular (C. Alba; M. Álvarez; E. Argullol; J. Botella, T. Font i Llovet), poderíanse destaca-las seguintes investigacións: ALFONSO BOZZO, A., "Los "altos cargos" de la Generalitat: ¿administradores o políticos?", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 25, 1982; MATAS, J., *op. cit.*; JIMÉNEZ ASENSIO, R. e A. MESA, *La libre designación en la Función pública vasca. Un estudio de la provisión de puestos de trabajo en las administraciones públicas*, Bilbao: Manuel Robles-Arangiz Institutua, 1993; MESA, A., "Los cargos de designación política ante el proceso de Cambio en la Administración autonómica vasca", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 91, 1996.

Coa pretensión de realizar unha modesta achega á terceira liña mencionada, o traballo que aquí se expón representa un anticipo dun estudio futuro máis extenso sobre os altos cargos da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia e intenta axudar a paliar-la escaseza de traballos que sobre esta materia se publicaron nesta Comunidade Autónoma.

Non está de máis, sen embargo, advertir, a modo de breve observación, que o interese crecente na análise dos cargos de designación política das comunidades autónomas españolas xorde nun marco de vigor renovado, entre os estudiosos da Administración, non menos que entre os políticos, das aspiracións de reforma administrativa, impulsadas, entre outras preocupacións, pola *politización* da Administración pública, da cal a presenza dun número elevado de altos cargos nas estruturas administrativas⁵ non é senón unha máis –non a única– das manifestacións. O incremento do número de cargos de designación política e, especialmente, de altos cargos, considérase, sequera de maneira implícita, unha das deficiencias ou disfuncións das administracións públicas, aínda cando un xuízo tal é, cando menos, discutible, tanto desde o punto de vista empírico como desde o punto de vista normativo.

Desde o punto de vista normativo, téndese a desaproba-la tendencia ó esvaecemento das nun tempo supostamente nítidas fronteiras entre burocratas e políticos que se plasma no xurdimento do rol caracterizado por J. D. Aberbach, R. D. Putnam e B. A. Rockman⁶ co oxímoron *híbrido puro*, que denota aqueles cargos, máis alá do suposto evidente dos ministros –ou, para estes efectos, dos conselleiros–, de natureza dobre: desde unha perspectiva *posicional*, en canto cargos superiores da Administración, e desde a perspectiva do seu *recrutamento*, en canto provistos esoxenamente. Ese recrutamento esóxeno contravén en boa medida o principio da “neutralidade” e da “apoliticidade” da Administración pública, un dos principios dos cales, segundo A. Mastropaolo, se valeron a teoría e a práctica político-institucional da modernidade para previlo desenvolvemento, nas relacións Estado-sociedade, da lóxica do *intercambio* entre lexitimidade e consenso, por unha parte, e exercicio da autoridade, por outra⁷.

Se ben é certo que a prevención, en moitas ocasións no nome da eficiencia e da efectividade da Administración, do funcionamento da dita lóxica, e, polo tanto, da proliferación de cargos designados en atención

⁵ MESA, A., “Los cargos de designación política en las CC.AA. (Una aproximación al estudio sobre politización de las administraciones públicas)”, Comunicación presentada ó “II Congreso español de ciencia política e da administración”, Santiago de Compostela, 1996, páx. 7.

⁶ Aberbach J. D., R. D. Putnam e B. A. Rockman, *Bureaucrats and Politicians in Western Democracies*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981, páxs. 16 e segs.

⁷ MASTROPAOLO, A., *Il Ceto Politico*, La Nuova Italia Scientifica, 1993, Roma, páxs. 15 e segs.

a criterios predominantemente políticos, representa un empeño meritório, non o é menos que a "funcionarización" da política, ocasionada, en parte, pola necesaria expansión da intervención pública nas sociedades postindustriais, constitúe unha tendencia inaceptable para certas concepcións da democracia a teor das cales eficiencia e efectividade non son fins contradictorios, senón complementarios, da receptividade (*responsiveness*) democrática.

Pode entenderse, respecto disto, que os cargos de designación política son instrumentos que lles permiten garantir ós partidos políticos un mínimo de control sobre a Administración e neste sentido boa parte deles son, máis que actores administrativos, "actores partidistas", en canto gozan de lexitimación (directa ou indirecta) para intervenir no sistema político sobre a forza de exercer poder organizativo no partido⁸. Concretamente, certos politólogos puxeron de relevo que a concepción da democracia como *Goberno de partido* esixe, para que a eficacia do partido gobernante sexa efectiva, que o número dos membros do partido designados para cargos públicos sexa o bastante amplo para permitirlles participar en moitos aspectos do Goberno⁹, ou que as decisións gobernamentais sexan adoptadas por individuos elixidos en eleccións partidistas ou por individuos nomeados por e responsables ante eles, de modo que a burocracia non dispoña de capacidade autónoma de elaboración de políticas¹⁰.

Tamén desde o punto de vista empírico podería cuestionarse o receo cara á *politización* da Administración manifestada no incremento de altos cargos, dado que (insistindo en algo que non por sabido se acostuma a descoidar), lonxe de poder postular por definición qué valores, actitudes e comportamentos destes están determinados en exclusiva polo mecanismo do seu recrutamento, é preciso examinar se, e ata qué punto, é así ou se, polo contrario, tamén os criterios de eficiencia e de efectividade rexen a súa participación na adopción das decisións que lles competen, todo iso na marxe de que tampouco é admisible soste sen verificación empírica que a lóxica da política é por necesidade disfuncional para a Administración pública, salvo que se pretenda, nun exercicio de negligencia conceptual, connota-lo concepto de política con atributos como as prácticas clientelistas, ou corruptas, ou de patrimonialización ou colonización da Administración pola "clase política", que non son senón adherencias que os estudiosos da política e da Administración pública han de se-los primeiros en gazar da noción de política.

⁸ VASALLO, S., *Il Governo di Partito in Italia*, Il Mulino, Boloña, 1994, páxs. 52 e segs.

⁹ ROSE, R., "The variability of Party Government: A Theoretical and Empirical Critique", *Political Studies*, núm. 17, 1969, páxs. 413-445.

¹⁰ KATZ, R., "Party Government: A Rationalistic Conception", en CASTLES F. G., e WILDENMANN R., (comps.), *Visions and Realities of Party Government*, De Gruyter, Berlín e Nova York, 1986, páxs. 31- 71.

2. Funcións dos cargos de designación política e situación estrutural

Seguindo o criterio que outros autores empregan para distinguir os grupos de persoal que concorren na Administración¹¹ (altos cargos de designación política; nivel semiprofesional de postos de libre designación e persoal funcionario propiamente dito), no presente traballo realízase un exame do primeiro dos grupos mencionados e dun colectivo, os delegados territoriais, en representación do segundo grupo relativo ós cargos semiprofesionais.

Establecendo un linde entre as unidades superiores e inferiores situado entre as direccións xerais e as subdireccións xerais, a excepción dos delegados territoriais, os cargos de designación política ós que se refire este traballo están á fronte das unidades superiores da Administración da Comunidade Autónoma tanto no que atinxe ás tarefas de goberno (consello¹², presidencia da Comunidade Autónoma¹³ e consellerías) como ás actividades puramente administrativas, centradas no mantemento da actividade dos departamentos e fixación das súas prioridades (secretarías xerais e direccións xerais).

Deixando a un lado a descrición detallada das atribucións do Consello e do Presidente¹⁴, é preciso aclarar sucintamente o tipo de funcións desenvolvidas, por un lado, polos conselleiros, secretarios xerais e directores xerais e, por outro lado, polos subdirectores xerais e os delegados territoriais, apéndice da actividade periférica das consellerías.

¹¹ Vid. MESA, A., "Los cargos de designación política ante el proceso de cambio en la Administración autonómica vasca", *Revista de Estudios Políticos*, num. 91, 1996, páx. 171.

¹² Como sucede no caso das demais administracións autonómicas, a amplitude das atribucións de dirección administrativa que posúe o Consello está condicionada polas competencias administrativas a disposición do presidente e pola fragmentación xerencial que supón a concorrencia, neste órgano superior, dos conselleiros como responsables da actividade sectorial, vertical e transversal da Administración da Comunidade Autónoma.

¹³ Ata a súa supresión (Decreto 16/90, *DOG* núm. 27/90), durante a 1ª e a 2ª lexislatura existiu unha vicepresidencia: na 1ª lexislatura (Vid. Decreto 147/82, *DOG* núm. 36/82) tratábase dunha vicepresidencia de coordinación administrativa e relacións coa Administración central que tiña baixo a súa responsabilidade a Asesoría Xurídica Xeral; na 2ª lexislatura dependía dela un gabinete técnico con nivel orgánico de dirección xeral (Vid. decretos 15/86, *DOG* núm. 44/86; 350/86, *DOG* núm. 226/86 e 371/86 *DOG* núm. 230/86); finalmente, durante a etapa de Goberno tripartito dependeron da vicepresidencia unha secretaría xeral (nivel orgánico de dirección xeral) e unha dirección xeral do gabinete técnico da vicepresidencia.

¹⁴ Vid. Lei 1/83, do 22 de xaneiro (*DOG* núm. 23/83), reguladora da Xunta e do seu presidente reformada mediante Lei 11/88, do 10 de outubro (*DOG* núm. 208/88).

A semellanza doutras administracións autonómicas¹⁵, a actividade cotiá das consellerías artículase ó redor das secretarías xerais¹⁶ e das direccións xerais, os titulares das cales comparten xunto co conselleiro o común denominador de exercer cargos de alta responsabilidade ós que se accede a través de procesos de selección simplificados, baseados en mecanismos de elección políticos. En concreto, as tarefas que desenvolve a secretaría xeral¹⁷, dependente orgánica e funcionalmente do titular da consellería, centradas na supervisión, coordinación e mantemento da garantía de operatividade do departamento, posúen unha clara orientación transversal e interna, en contraste coa tendencia xeneralizada –coa excepción das actividades que levan adiante os órganos superiores das consellerías de Presidencia e Economía, fundamentalmente– á externalización, máis alá dos límites da propia consellería, do produto das iniciativas emprendidas polas direccións xerais.

As direccións xerais engarzan o dominio de recursos e criterios de decisión políticos controlados polos órganos superiores coa esfera puramente semiprofesionalizada ou burocratizada da consellería (subdireccións xerais, servicios, seccións e negociados¹⁸). A partir da intervención das subdireccións xerais, diríxense, contrólanse e execútanse os proxectos e políticas programados desde os órganos máis elevados da consellería e que levan adiante as unidades inferiores¹⁹.

¹⁵ Como indican RAMIÓ C., e J. SUBIRATS, a estruturación básica dos órganos superiores e inferiores reproducíase dun modo idéntico entre as diversas administracións autonómicas españolas, coa excepción da existencia eventual de mínimas variacións que afectan tanto á denominación como ás actividades que desenvolven estas unidades. Vid. RAMIÓ C. e J., SUBIRATS, "Los aparatos administrativos de las Comunidades Autónomas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45-II, páxs. 158-159.

¹⁶ No caso da Xunta de Galicia, a denominación tradicional de "Secretaría Xeral Técnica" deu paso durante a modificación da estrutura orgánica das consellerías que se levou adiante no inicio da 3ª lexislatura (Decreto 15/90, DOG núm. 27/90) á denominación simplificada de "Secretaría Xeral", mantendo, sen embargo, as funcións que a este tipo de unidade se lle atribuían nas lexislaturas precedentes. Agora ben, si procede advertir, non obstante, que xa desde 1982 (Vid. decretos 119/82, DOG núm. 23/82 e 291/93, DOG núm. 238/93) tanto as secretarías xerais técnicas como as secretarías xerais posteriores sempre tiveron rango orgánico de dirección xeral.

¹⁷ Vid. D. 119/82 (DOG, núm. 23/82).

¹⁸ Como poñen de manifesto algúns decretos de establecemento da estrutura orgánica dalgunhas consellerías, confirmados polas relacións de postos de traballo (Vid. RPT 1994, DOG núm. 108/94), nalgunhas delegacións territoriais e organismos autónomos a denominación "servicio", "sección" e "negociado" é substituída por outra equivalente de "división", "área" e "unidade".

¹⁹ Na data que se empregou como referencia para a obtención dos datos que aquí se expoñen, as 1068 unidades que conformaban os órganos inferiores dos servicios centrais da Xunta de Galicia distribuíanse do seguinte xeito: 111 subdireccións xerais, 219 servicios, 382 seccións e 356 negociados.

Respecto dos representantes territoriais²⁰, anque mediante Decreto 142/83 foron xa estruturadas e reguladas as unidades fundamentais da Xunta de Galicia, os órganos da Administración periférica e as súas funcións, non se trataron ata o seguinte ano (Decreto 172/84) e non quedaron definitivamente reorganizados ata 1987 (Decreto 5/87). Con mínimas variacións desde entón, a Administración periférica da Xunta de Galicia estruturouse en tres niveis: delegacións provinciais, comarcais e locais.

En cada provincia existe unha delegación provincial de cada departamento –salvo no caso da Consellería de Pesca, Marisqueo e Acuicultura– na que se integran tódolos órganos e servicios do mesmo. Excepcionalmente, en virtude da presión demográfica e circunstancias especiais que reúnen algunhas cidades que carecen da condición de capital provincial, o Consello da Xunta pode establecer outro tipo de delegacións territoriais co mesmo rango, funcións e competencias cás delegacións territoriais²¹.

Á fronte de cada delegación territorial existe un delegado²² que, ó depender orgánica e funcionalmente do departamento que representa, é nomeado e cesado por decreto da Xunta por proposta do conselleiro correspondente. Con independencia das competencias ou atribucións que as leis e demais disposicións xerais lles confiren ou lles deleguen os conselleiros, entre os propósitos fundamentais dos delegados territoriais encóntranse: a representación oficial do departamento ante as autoridades, organismos e entidades provinciais e locais; a dirección, coordinación e impulso da política do departamento na provincia; a supervisión e seguimento das actividades dos servicios e da delegación, asumindo a plena representación, dirección e xestión destes; e o desempeño da xefatura superior de persoal respecto de tódolos órganos e servicios provinciais do departamento correspondente.

Pola súa parte, as delegacións comarcais da Xunta de Galicia, establecidas progresivamente, préstallles servicios de rexistro xeral, información e asistencia ós administrados, así como calquera outro que lle atribúen os órganos competentes. As delegacións comarcais integran, na súa organización territorial as delegacións locais correspondentes á comarca na que se establecen. Estas últimas fíxanse naquelas localidades que deter-

²⁰ Fonte: decretos 5/87 (DOG núm. 15/87); 412/87 (DOG núm. 220/87) e 244/90 (DOG núm. 79/90).

²¹ En xaneiro de 1995, catro consellerías -Economía e Facenda; Industria e Comercio; Pesca, Marisqueo e Acuicultura e Familia, Muller e Xuventude- posuían algunha delegación territorial non coincidente coas capitais de provincia.

²² Para poder ser nomeado delegado provincial, o candidato, segundo Decreto 244/90 (DOG núm. 79/90), debe cumprir algún dos seguintes requisitos: ser funcionario de carreira de calquera Administración pública pertencente a corpos ou escalas de funcionarios integrados nos grupos A ou B previstos no art. 19 da Lei de función pública de Galicia, 4/88 do 26 de maio, e estar en posesión de título universitario.

mina o Consello da Xunta de Galicia e, a semellanza das delegacións comarcais, préstanlles, fundamentalmente, servicios de información e asistencia ós administrados.

Os delegados comarcais e locais dependen orgánica e funcionalmente do delegado provincial da Consellería de Presidencia e son nomeados entre os funcionarios *destinados á Comunidade Autónoma*.

3. Cargos de designación política: compoñentes, destino, antigüidade e permanencia no cargo

O estudio que aquí se expón realizouse tomando como data de referencia para a recollida de datos o 1 de xaneiro de 1995. Considerando o número total de cargos de designación política existente nesa data (en total 217, sendo 62 os altos cargos e 155 os cargos semiprofesionais), a táboa 1²³ mostra que o grupo dos subdirectores xerais resulta se-lo colectivo máis numeroso entre os cargos de designación política con 111 compoñentes distribuídos entre as 11 consellerías²⁵. No grupo de directores

TÁBOA I

| | Secretarios xerais (A) | Directores xerais (B) | Total (A+B) | Subdirec. xerais (C) | Delegados territoriais (D) | Total (C+D) |
|---------------------------|------------------------------|-----------------------------|----------------|----------------------------|----------------------------------|----------------|
| Presidencia ²⁴ | 7 | 3 | 10 | 14 | 4 | 18 |
| Economía | 1 | 4 | 5 | 20 | 5 | 25 |
| Política Territorial | 1 | 3 | 4 | 11 | 4 | 15 |
| Educación | 1 | 5 | 6 | 10 | 4 | 14 |
| Industria | 1 | 2 | 3 | 6 | 4 | 10 |
| Agricultura | 1 | 3 | 4 | 13 | 4 | 17 |
| Cultura | 1 | 3 | 4 | 7 | 4 | 11 |
| Sanidade | 1 | 2 | 3 | 7 | 4 | 11 |
| Pesca | 1 | 3 | 4 | 7 | 3 | 10 |
| Xustiza | 1 | 3 | 4 | 9 | 4 | 13 |
| Familia | 1 | 3 | 4 | 7 | 4 | 11 |
| Total | 17 | 34 | 51 | 111 | 44 | 155 |

²³ Ó número total de altos cargos que aparecen na táboa habería que engadirlle os 11 conselleiros, que si se teñen en conta nas táboas posteriores. A lista de consellerías –os nomes das cales aparecen neste caso simplificados– corresponde a que, segundo Decreto 291/93 (DOG núm. 238/93), existía en xaneiro de 1995.

²⁴ Inclúense en Presidencia os compoñentes pertencentes ós centros directivos dependentes do presidente. Esta é a razón pola que aparece un número tan elevado de secretarios xerais (7) dos cales 1 lle corresponde á Consellería de Presidencia e 6 ós centros directivos dependentes do presidente.

²⁵ O número de delegados territoriais por consellería oscila entre os 5 de Economía e Facenda e os 3 de Pesca, Marisqueo e Acuicultura.

xerais (34), a Consellería de Educación é a que dispón, con 5 unidades, do maior número, fronte ás 2 que posúe Sanidade como reflexo da cesión ó Sergas –organismo autónomo adscrito– doutras 4 direccións xerais.

No que concerne ó número de meses que os cargos de designación política examinados levaban no seu posto na data de recollida de datos (antigüidade), a táboa 2 ofrece varios datos de interese²⁶.

| TÁBOA 2 | | | | | | | |
|--------------|-------------|--------------------|-------------------|-----------|-------------|------------------------|-------------|
| | Conseleiros | Secretarios xerais | Directores xerais | Total | % | Delegados territoriais | % |
| | (A) | (B) | (C) | (A+B+C) | (A+B+C) | (D) | D |
| 0-12 | 5 | 13 | 24 | 42 | 70 | 21 | 51,2 |
| 13-24 | 0 | 1 | 1 | 2 | 3,33 | 1 | 2,43 |
| 25-36 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 37-48 | 2 | 2 | 3 | 7 | 11,6 | 2 | 4,87 |
| 49-60 | 4 | 1 | 4 | 9 | 15 | 16 | 39 |
| 61-72 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 73-84 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 2,43 |
| 85-96 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 97-108 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| Total | 11 | 17 | 32 | 60 | 100% | 41 | 100% |

Para empezar, só 5 dos 11 conselleiros tiñan unha antigüidade de entre 0 e 12 meses, o cal implica o seu nomeamento no momento de tránsito da 3ª á 4ª lexislatura; os 6 restantes, cunha antigüidade comprendida entre 37 e 60 meses, foran nomeados durante a primeira metade da terceira lexislatura, catro deles xusto despois do inicio desta. No que concerne ós secretarios xerais, os datos revelan que, a diferenza dos conselleiros, co inicio da 4ª lexislatura se produce un relevo de case o 76,4% dos postos, mostrando estes, polo tanto, unha antigüidade máxima dun ano; os 4 restantes foron nomeados ó longo da 3ª lexislatura. No caso dos directores xerais obsérvase un fenómeno similar: o 75% teñen unha antigüidade que non supera os 12 meses, mentres que o nomeamento do 25% restante se produce durante a 3ª lexislatura.

Se se lles presta atención ás porcentaxes totais, obsérvase que o 70% dos altos cargos e conselleiros non supera os 12 meses de antigüidade, mentres que, aproximadamente, o 26%, alcanza unha antigüidade de 37 a 60 meses, foron nomeados, en consecuencia, durante a primeira metade da 3ª lexislatura.

En definitiva, sumando os nomeamentos efectuados durante a 3ª lexislatura ponse de relevo que só o 29%, aproximadamente, dos altos

²⁶ Nas táboas 2, 3 e 4 faltan por examinar 2 directores xerais e 3 delegados provinciais.

cargos e conselleiros que ocupaban un posto durante a 3ª lexislatura permanecerá no seu destino durante a 4ª lexislatura, renováse, en consecuencia, o 71%.

Para rematar coa táboa de antigüidade, no que se refire ós delegados territoriais, os datos indican que o número de nomeamentos se reparte, practicamente, a partes iguais, entre os 12 meses que transcorreran da 4ª lexislatura e ó longo da 3ª lexislatura, sendo o 39% nomeado no inicio desta. En relación con este grupo, se, en xeral, os cargos anteriormente examinados non teñen unha antigüidade maior de 60 meses (como xa se comentou, trátase do límite que marca o inicio da 3ª lexislatura), curiosamente, a única excepción provén do colectivo dos delegados territoriais, no que se dá o caso dun cargo nomeado durante o período de goberno tripartito da 2ª lexislatura.

No que atinxe ó comentario da táboa 3, relativa ó número de meses de permanencia no posto dos cargos contabilizados na táboa 2, realizouse unha busca de datas de cesamento desde os meses posteriores ó 1 de xaneiro de 1995 ata o 25 de agosto de 1997 (data límite do estudio e peche da 4ª lexislatura) e extraéronse os seguintes resultados.

| | Conselleiros (A) | Secretarios xerais (B) | Directores xerais (C) | Total (A+B+C) | % (A+B+C) | Delegados provinciais (D)s | % D |
|--------------|---------------------|------------------------------|-----------------------------|------------------|--------------|----------------------------------|-------------|
| 0-12 | 0 | 0 | 1 | 1 | 1,6 | 0 | 0 |
| 13-24 | 0 | 0 | 8 | 8 | 13,3 | 6 | 14,6 |
| 25-36 | 2 | 5 | 8 | 15 | 25 | 6 | 14,6 |
| 37-48 | 3 | 8 | 7 | 18 | 30 | 9 | 21,9 |
| 49-60 | 1 | 2 | 2 | 5 | 8,3 | 1 | 2,43 |
| 61-72 | 1 | 0 | 2 | 3 | 5 | 1 | 2,43 |
| 73-84 | 1 | 1 | 2 | 4 | 6,6 | 6 | 14,6 |
| 85-96 | 3 | 1 | 2 | 6 | 10 | 11 | 26,8 |
| 97-108 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 2,43 |
| Total | 11 | 17 | 32 | 60 | 100% | 41 | 100% |

Fronte á distribución uniforme dos conselleiros por períodos de permanencia no cargo entre 25 e 96 meses (8 anos), os secretarios e directores xerais presentan unha situación diferente: o 76% dos secretarios xerais e o 75% dos directores xerais permanece no posto durante un período aproximado que comprende entre un e catro anos, porcentaxes e tempo que contrastan cos que presenta o grupo de delegados territoriais, colectivo no que se comproba que o número de cargos que se manteñen dun a catro anos (51,2%) e os que superan este intervalo (48,7%) é practicamente similar. Para este último grupo, a táboa mostra que o 14,6% alcanza os dous anos de permanencia; o 21,9% chega ós catro anos e, a

diferencia do que sucede no caso de secretarios e directores xerais, o 26,8% dos delegados territoriais permanecerán no cargo durante oito anos.

Da lectura global da táboa 3 extráense as seguintes conclusións: primeiro, observando os datos acumulados dos altos cargos e conselleiros (A+B+C), confírmase que só o 1,6% permanece en activo menos dun ano, mentres que, aproximadamente, o 13,3% ocupa o posto entre un e dous anos, o 11,6% alcanza os catro anos e o 3,2% logra manterse ata os oito; segundo, o grupo de delegados territoriais é o que mostra maior estabilidade e menor rotación no cargo de tódolos analizados; e, por último, os resultados poñen de manifesto que as etapas de permanencia evidencian en tódolos grupos analizados a presenza duns intervalos nos que o continxente de cargos que alcanza esa permanencia é maior: de dous a catro anos e de seis a oito anos.

TÁBOA 4

| | Activos | % | Cesados | % | Total |
|----------------------------|-----------|-------------|-----------|-------------|------------|
| (A) Conselleiros | 7 | 63,6 | 4 | 36,3 | 11 |
| (B) Secretarios xerais | 11 | 64,7 | 6 | 35,2 | 17 |
| (C) Directores xerais | 13 | 40,6 | 19 | 59,3 | 32 |
| Total (A+B+C) | 31 | 51,6 | 29 | 48,3 | 60 |
| (D) Delegados territoriais | 26 | 63,4 | 15 | 36,5 | 41 |
| Total | 57 | 56,4 | 44 | 43,5 | 101 |

Para finalizar, como información complementaria da táboa de permanencia, a táboa 4 mostra a situación dos cargos analizados ó peche da 4ª lexislatura: dos 101 cargos analizados desde o 1 de xaneiro de 1995, só 57 (56,4%) permanecían en activo, e foron cesados polo tanto 44 (43,5%); o grupo dos secretarios xerais era o que presentaba maior porcentaxe de cargos en activo (64,7%), moi próximo ó índice de conselleiros e delegados territoriais e fronte ó continxente de directores xerais, no que só permanecían en activo o 40,6%.

4. Apuntamentos para un desenvolvemento futuro da investigación


Ó redor da interpretación destes resultados, lamentablemente, dado o estreito intervalo de tempo que cobre este estudio, non é posible determina-la influencia dalgúns factores non estudados (cambios estruturais como condicionadores da rotación, antigüidade e permanencia no posto dos cargos de designación política ou influencia doutro tipo de factores políticos ou conxunturais) nos resultados obtidos. Sen dúbida, os datos

actuais non só aconsellan, nun futuro próximo, estenderlle este exame ó resto das lexislaturas, senón tamén completa-la investigación con novos aspectos non estudados no presente traballo como:

1. Análise da creación ou supresión de consellerías, e dentro delas as súas unidades superiores e inferiores, que, por razóns de asimilación de competencias, traspasos, estratexia política ou simplificación (racionalización) administrativa poden alterar estruturalmente, á alza ou á baixa, os resultados observados nas porcentaxes de cargos en activo e cesados.

2. Ampliación do estudio a cada unha das lexislaturas, tomando como referencia a situación dos cargos ó inicio de cada unha delas.

3. Estudio da rotación dos cargos por diferentes unidades e ampliación das dimensións de análise (sexo, grupos de idade, militancia política e participación parlamentaria).

Así mesmo, resultaría sumamente interesante a elaboración dun estudio comparativo realizado con equipos doutras comunidades autónomas que, baseado na análise das dimensións aquí mencionadas, permitiría a detección de fenómenos comúns ou factores potencialmente vinculados co momento de desenvolvemento organizativo e político de cada unha das comunidades. 

Bibliografía

- ABERBACH, A. D., R. D., PUTNAM, e B. A., ROCKMAN, *Bureaucrats and Politicians in Western Democracies*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1981.
- BAENA, M., "Reflexiones sobre la relación entre políticos y altos funcionarios" en VV.AA., *Gobierno y Administración en la Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Política y Administración: los puestos de designación política en las administraciones públicas", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 32, 1992.
- KATZ, R., "Party Government: A Rationalistic Conception", en CASTLES, F. G. e R., WILDENMANN (comps.), *Visions and Realities of Party Government*, De Gruyter, Berlín e Nova York, 1986.
- MASTROPAOLO, A., *Il Ceto Politico*, La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993.
- MATAS, J., *Las élites políticas de la Administración*, Cedecs, Barcelona, 1996.
- MESA, A., "Los cargos de designación política ante el proceso de cambio en la Administración autonómica vasca", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 91, 1996, páxs. 169-199
- "Los cargos de designación política en las CCAA. (Una aproximación al estudio sobre politización de las Administraciones públicas)", comunicación presentada ó "II Congreso español de ciencia política y de la Administración", Santiago de Compostela, 1996; "Los cargos de designación política ante el proceso de cambio en la Administración autonómica vasca" comunicación presentada ó "I Congreso español de ciencia política y de la Administración", Bilbao, 1994.
- RAMIÓ, C., *Teoría e práctica do cambio organizativo na Administración pública*, EGAP, Santiago de Compostela, 1996.
- RAMIÓ, C. e J. Subirats, "Los aparatos administrativos de las comunidades autónomas (1980-1995): entre el mimetismo y la diferenciación", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45-II, 1996, páxs. 151-181.
- ROSE, R., "The Variability of Party Government: A Theoretical and Empirical Critique", *Political Studies*, núm. 17, 1969, páxs. 413- 445.
- VASALLO, S., *Il Governo di Partito in Italia*, Il Mulino, Boloña, 1994.

**ANEXO I:
TÁBOA DE ANTIGÜIDADE POR CONSELLERÍA**

| | | Número de meses | | | | | | | | | | | | | Total |
|--|--------------|-----------------|------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| | | 0-6 | 7-12 | 13-18 | 19-24 | 25-30 | 31-36 | 37-42 | 43-48 | 49-54 | 55-60 | 61-66 | 67-72 | 73-78 | |
| C P A P (1) | C. (a) | | | | | | | | | | 1 | | | | 1 |
| | S. X. (b) | | 3 | | 1 | | | 2 | | | 1 | | | | 7 |
| | D. X. (c) | | 1 | | | | | 1 | | | 2 | | | | 4 |
| | D. P. (d) | | | | | | | | | | 4 | | | | 4 |
| | Total | | 4 | | 1 | | | 3 | | | 8 | | | | 16 |
| C E F (2) | C. | | | | | | | | | | 1 | | | | 1 |
| | S. X. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | D. X. | | 1 | | | | | | | 1 | | | | | 2 |
| | D. P. | 1 | | | | 1 | | | 1 | 1 | | | | 1 | 5 |
| | Total | 1 | 2 | | | 1 | | | 1 | 1 | 2 | | | 1 | 9 |
| C P T O P U (3) | C. | | | | | | | | | | 1 | | | | 1 |
| | S. X. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | D. X. | | 3 | | | | | | | | | | | | 3 |
| | D. P. | | 4 | | | | | | | | | | | | 4 |
| | Total | | 8 | | | | | | | | 1 | | | | 9 |
| C E O U (4) | C. | | | | | | | | | | 1 | | | | 1 |
| | S. X. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | D. X. | 4 | | | | | | | | | | | | | 4 |
| | D. P. | | | | | | | | | | 4 | | | | 4 |
| | Total | 4 | 1 | | | | | | | | 5 | | | | 10 |
| C I C (5) | C. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | S. X. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | D. X. | 1 | | | | | | | 1 | | | | | | 2 |
| | D. P. | | | | | | | | | | 4 | | | | 4 |
| | Total | 1 | 2 | | | | | | 1 | | 4 | | | | 8 |
| C A G M (6) | C. | | | | | | | 1 | | | | | | | 1 |
| | S. X. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | D. X. | | | | 1 | | | | | | 2 | | | | 3 |
| | D. P. | | 2 | | | | | | | | 2 | | | | 4 |
| | Total | | 3 | | 1 | | | 1 | | | 4 | | | | 9 |
| C C (7) | C. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | S. X. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | D. X. | 1 | 2 | | | | | | | | | | | | 3 |
| | D. P. | 1 | 2 | | | | | | | | | | | | 3 |
| | Total | 2 | 6 | | | | | | | | | | | | 8 |
| C S S (8) | C. | | | | | | | 1 | | | | | | | 1 |
| | S. X. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | D. X. | 1 | 2 | | | | | | | | | | | | 3 |
| | D. P. | 1 | 4 | | | | | | | | | | | | 5 |
| | Total | 2 | 7 | | | | | 1 | | | | | | | 10 |

Número de meses

| | | 0-6 | 7-12 | 13-18 | 19-24 | 25-30 | 31-36 | 37-42 | 43-48 | 49-54 | 55-60 | 61-66 | 67-72 | 73-78 | Total |
|---|--------------|----------|----------|----------|-------|-------|-------|-------|----------|----------|-------|-------|-------|-------|----------|
| C P M A (9) | C. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | S. X. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | D. X. | | 2 | | | | | | | | | | | | 2 |
| | D. P. | | 1 | | | | | | 1 | 1 | | | | | 3 |
| | Total | | 5 | | | | | | 1 | 1 | | | | | 7 |
| C X I R L (10) | C. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | S. X. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | D. X. | 2 | 2 | | | | | | | | | | | | 4 |
| | D. P. | | 3 | | | | | | | | | | | | 3 |
| | Total | 2 | 7 | | | | | | | | | | | | 9 |
| C F M X (11) | C. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | S. X. | | 1 | | | | | | | | | | | | 1 |
| | D. X. | | 2 | | | | | | | | | | | | 2 |
| | D. P. | | 2 | | | | | | | | | | | | 2 |
| | Total | | 6 | 6 | | | | | | | | | | | 6 |

NOTAS:

- (1) Consellería de Presidencia e Administración Pública.
- (2) Consellería de Economía e Facenda.
- (3) Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Urbanismo.
- (4) Consellería de Educación e Ordenación Universitaria.
- (5) Consellería de Industria e Comercio.
- (6) Consellería de Agricultura, Gandería e Montes.
- (7) Consellería de Cultura.
- (8) Consellería de Sanidade e Servicos Sociais.
- (9) Consellería de Pesca, Marisqueo e Acuicultura.
- (10) Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais.
- (11) Consellería de Familia, Muller e Xuventude.

- (a) Conselleiro.
- (b) Secretario xeral.
- (c) Director xeral.
- (d) Delegado provincial.

**ANEXO II:
TÁBOA DE PERMANENCIA POR CONSELLERÍA**

| | | Número de meses | | | | | | | | | |
|--|--------------|-----------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|-------|
| | | 0-12 | 13-24 | 25-36 | 37-48 | 49-60 | 61-72 | 73-84 | 85-96 | 97-108 | Total |
| C P A P (1) | C. (a) | | | | | | | | 1 | | 1 |
| | S. X. (b) | | | 1 | 2 | 2 | 1 | | 1 | | 7 |
| | D. X. (c) | | | | 1 | | 2 | | 1 | | 4 |
| | D. X. (d) | | | | | | | 1 | 3 | | 4 |
| | Total | | | 1 | 3 | 2 | 3 | 1 | 6 | | 16 |
| C E F (2) | C. | | | | | | | | 1 | | 1 |
| | S. X. | | | | 1 | | | | | | 1 |
| | D. X. | | | | 1 | 1 | | | | | 2 |
| | D. P. | | | 1 | | 1 | | 2 | | 1 | 5 |
| | Total | | | 1 | 2 | 2 | | 2 | 1 | 1 | 9 |
| C P T O P U (3) | C. | | | | | | | | 1 | | 1 |
| | S. X. | | | | 1 | | | | | | 1 |
| | D. X. | | | 1 | 2 | | | | | | 3 |
| | D. P. | | 2 | 2 | 2 | | | | | | 4 |
| | Total | | 2 | 1 | 5 | | | | 1 | | 9 |
| C E O U (4) | C. | | | | | | | 1 | | | 1 |
| | S. X. | | | 1 | | | | | | | 1 |
| | D. X. | 1 | 1 | 2 | | | | | | | 4 |
| | D. P. | | | | | | | 2 | 2 | | 4 |
| | Total | 1 | 1 | 3 | | | | 3 | 2 | | 10 |
| C I C (5) | C. | | | | 1 | | | | | | 1 |
| | S. X. | | | | 1 | | | | | | 1 |
| | D. X. | | | 1 | | | | 1 | | | 2 |
| | D. P. | | | | | | | | 4 | | 4 |
| | Total | | | 1 | 2 | | | 1 | 4 | | 8 |
| C A G M (6) | C. | | | | | | 1 | | | | 1 |
| | S. X. | | | | 1 | | | | | | 1 |
| | D. X. | | | | | 1 | | 1 | 1 | | 3 |
| | D. P. | | 2 | | | | | | 2 | | 4 |
| | Total | | 2 | | 1 | 1 | 1 | 1 | 3 | | 9 |
| C C (7) | C. | | | 1 | | | | | | | 1 |
| | S. X. | | | 1 | | | | | | | 1 |
| | D. X. | | 1 | 2 | | | | | | | 3 |
| | D. P. | | | 2 | 1 | | | | | | 3 |
| | Total | | 1 | 6 | 1 | | | | | | 8 |
| C S S (8) | C. | | | | | 1 | | | | | 1 |
| | S. X. | | | 1 | | | | | | | 1 |
| | D. X. | | 2 | | 1 | | | | | | 3 |
| | D. P. | | 2 | | 3 | | | | | | 5 |
| | Total | | 4 | 1 | 4 | 1 | | | | | 10 |

Número de meses

| | | 0-12 | 13-24 | 25-36 | 37-48 | 49-60 | 61-72 | 73-84 | 85-96 | 97-108 | Total |
|--|--------------|------|----------|----------|----------|-------|----------|----------|-------|--------|----------|
| C P M A (9) | C. | | | | 1 | | | | | | 1 |
| | S. X. | | | 1 | | | | | | | 1 |
| | D. X. | | 1 | 1 | | | | | | | 2 |
| | D. P. | | 1 | | | | 1 | 1 | | | 3 |
| | Total | | 2 | 2 | 1 | | 1 | 1 | | | 7 |
| C X I R L (10) | C. | | | 1 | | | | | | | 1 |
| | S. X. | | | | 1 | | | | | | 1 |
| | D. X. | | 1 | 2 | 1 | | | | | | 4 |
| | D. P. | | | 1 | 2 | | | | | | 3 |
| | Total | | 1 | 4 | 4 | | | | | | 9 |
| C F M X (11) | C. | | | | 1 | | | | | | 1 |
| | S. X. | | | | 1 | | | | | | 1 |
| | D. X. | | 2 | | | | | | | | 2 |
| | D. P. | | | 1 | 1 | | | | | | 2 |
| | Total | | 2 | 1 | 3 | | | | | | 6 |

NOTAS:

- (1) Consellería de Presidencia e Administración Pública.
- (2) Consellería de Economía e Facenda.
- (3) Consellería de Política Territorial, Obras Públicas e Urbanismo.
- (4) Consellería de Educación e Ordenación Universitaria.
- (5) Consellería de Industria e Comercio.
- (6) Consellería de Agricultura, Gandería e Montes.
- (7) Consellería de Cultura.
- (8) Consellería de Sanidade e Servizos Sociais.
- (9) Consellería de Pesca, Marisqueo e Acuicultura.
- (10) Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais.
- (11) Consellería de Familia, Muller e Xuventude.

- (a) Conselleiro.
- (b) Secretario xeral.
- (c) Director xeral.
- (d) Delegado provincial.

Listado de cadros e táboas

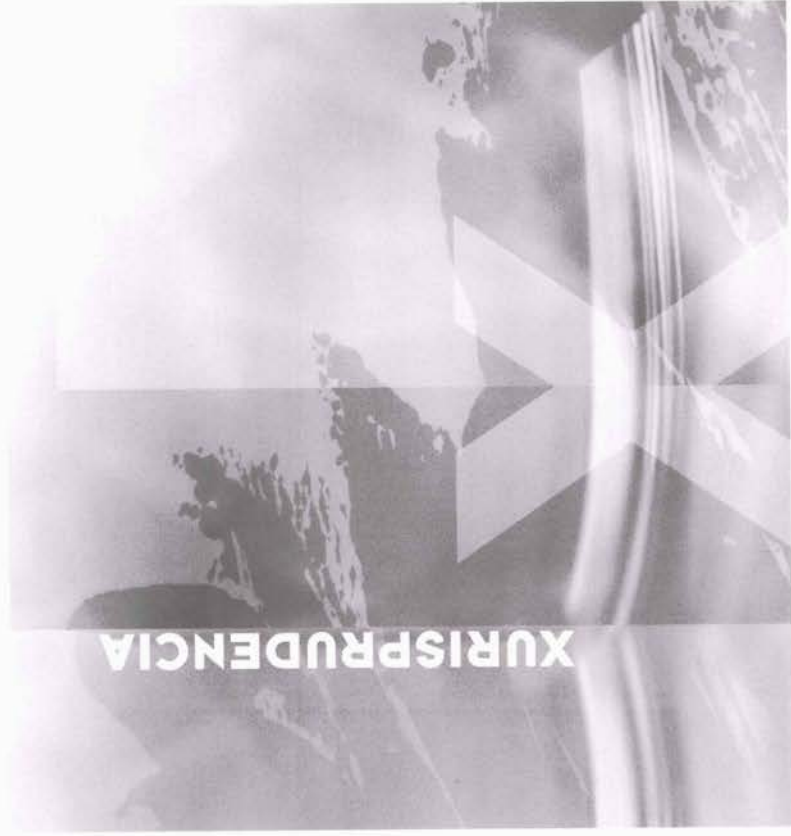
CADRO 1: Proceso de elaboración da investigación

TÁBOA 1: Número de altos cargos e cargos de designación política por consellería.
Fonte: elaboración propia.

TÁBOA 2: Antigüidade do nomeamento dos cargos de designación política (x núm. meses). (Contabilízase na antigüidade o número de meses que cada cargo levaba no seu posto no momento da recollida de datos. Tendo en conta que esta recollida se realizou tomando como referencia o 1 de xaneiro de 1995 (4ª lexislatura), os segmentos temporais ofrecen a seguinte información: aqueles individuos, a antigüidade dos cales comprende o segmento de meses 13-60 foron nomeados durante a 3ª lexislatura; aqueles cunha antigüidade comprendida entre 61 e 87 meses foron nomeados durante a etapa de Goberno tripartito da 2ª lexislatura; os que contan cunha antigüidade superior, entre 87 e 108, foron nomeados durante a 2ª lexislatura previa ó Goberno tripartito. A identificación na táboa dos límites de cada un destes períodos realizouse mediante dobre subliñado). Fonte: elaboración propia.

TÁBOA 3: Tempo total de permanencia no cargo (x núm. de meses). (Considera o tempo total de permanencia como o número de meses que os suxeitos permanecen no cargo (antigüidade + núm. de meses transcorridos desde a data de recollida de datos ata a data de cesamento). Fonte: elaboración propia.

TÁBOA 4: Situación dos cargos examinados en 1995 ó peche da 4ª lexislatura (agosto 1997). Fonte: elaboración propia.



XURISPRUDENCIA

INHIBICIÓN LEXISLATIVA E DETERMINACIÓN XURISPRUDENCIAL DO DEREITO: ¿APLICACIÓN RETROACTIVA OU IRRETROACTIVA DO ART. 25 DA LDCG EN MATERIA DE CONSTITUCIÓN DE SERVIDUME DE PASO POR USUCAPIÓN?

(Comentario ás SS.TSX Galicia 15/98 e 16/98,
do 24 de setembro de 1998)

Ramón P. Rodríguez Montero

Profesor titular da Universidade da Coruña.
Maxistrado suplente do TSX de Galicia

1. O desenvolvemento dos acontecementos

Fronte ó momento temporal en que por obra do movemento codificador se produciu, ó longo do século XIX, a identificación do dereito coa normatividade establecida polo Estado a través da lexislación, o que rompía coa concepción xurisprudencial que o *ius commune* introducira na cultura xurídica europea ó asignarlle á actividade xurisprudencial unha función simplemente declarativa, e negarlle todo valor creativo no plano da normatividade, pódese constatar actualmente como dato certo o feito de que a realidade normativa tende a presentarse nos actuais sistemas xurídicos continentais na forma que reviste a interpretación xurisprudencial da legalidade –agora non necesaria nin exclusivamente identificada cos corpos normativos codificados, como demostra a vertixinosa dinámica a que se encontra sometida a realidade social moderna–, tanto a través das de-

cisións xudiciais como das formulacións realizadas respecto disto pola doutrina científica¹.

Un claro exemplo do indicado pódese encontrar, dentro do ámbito xurídico galego, na resolución do grave problema formulado en relación coa determinación da posible aplicación con carácter retroactivo ou irretoactivo do disposto no art. 25 da Lei 4/1995 de dereito civil de Galicia (LDCG) en materia de constitución de servidume de paso por prescrición adquisitiva.

O dito problema de dereito intertemporal, certamente previsible nunha comunidade como a galega, na que desde sempre tódalas cuestións relativas á agricultura presentaron un carácter primordial, que espertou a sensibilidade popular, e que tamén, desgraciadamente, en bastantes ocasións, como demostran os acontecementos históricos, desatou paixóns incontrolladas na vida cotiá, inconcibiblemente, non o tomou en consideración o lexislador galego ó proceder á redacción da vixente LDCG.

O lexislador galego, como é sabido, dando un importante paso cara a adiante, limitouse entón a recoñecer no segundo inciso do art. 25 do mencionado corpo normativo a posibilidade de que os particulares puidesen adquirir por prescrición as servidumes de paso, xunto a outros posibles modos ou formas de constitución –lei, dedicación do dono do predio servente, negocio xurídico bilateral–, cumprindo uns requisitos determinados –posesión pública, pacífica e ininterrompida durante o prazo de vinte anos–, o que responde así a unha suposta necesidade social sentida desde antigo no ámbito agrario galego, para intentar poñerlle fin á conflictividade causada pola proliferación de servidumes de paso e a falta dos correspondentes títulos constitutivos, segundo se manifestaba no prólogo da propia lei.

Á tal previsión lexislativa, entendida no sentido de recoñecer claramente a usucapción como posible forma de constitución das servidumes de paso, non acompañou sen embargo a resolución dun problema directamente conectado co recoñecemento da institución, a formulación da cal no futuro necesariamente se produciría, como intuíu e puxo de manifesto a doutrina² e confirmou o desenvolvemento posterior dos acontecementos: o

¹ PARICIO-FERNÁNDEZ BARREIRO, *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*, 2ª ed. revisada, Madrid 1997, páx. 285 e segs.

² Cfr. BELLO JANEIRO, "La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia", en RJN n.º 14, 1995, páx. 34 e segs.; CORES TRASMONTE, "A lei 4/1995 do 24 de maio, de dereito civil de Galicia. Parte 2ª", en REGAP n.º 10, 1995, páx. 221; MOURE MARIÑO, "Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia. Comentario ó título III: Dereitos reais", en AAVV, *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995, do 24 de maio)*, s.f., pero 1996, páx. 163 e segs.; REBOLLEDO VARELA, "A nova regulación da servidume de paso e serventías, do cómaro, do ribazo e do arro e ou retracto de graciosa na Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia", en AAVV, *Dereito civil de Galicia (Comentarios...)* cit., páx.188 e

relativo á determinación da posibilidade de aplica-la nova forma de constitución recoñecida no ámbito galego (prescrición adquisitiva) con carácter irretroactivo ou retroactivo, é dicir, dispoñendo que unicamente aproveitarían para os efectos da adquisición das servidumes de paso por prescrición as situacións posesorias –que, loxicamente, cumprisen os demais requisitos establecidos pola lei– a partir da entrada en vigor do corpo normativo, ou ben, que tamén poderían ser alegadas e recoñecidas con plenos efectos aqueloutras situacións posesorias que, cumprindo os requisitos sinalados no art. 25 LDCG, se viñesen exercitando con anterioridade no tempo á mencionada entrada en vigor da propia lei.

Deste xeito, o lexislador galego perdeu incomprendiblemente a oportunidade histórica de actuar adiantándose ós acontecementos, ofrecendo lexislativamente a solución en calquera dos dous sentidos apuntados á cuestión indicada, evitando, como sucedeu, a súa formulación posterior.

A resolución lexislativa do daquela inminente problema da intertemporalidade en materia de prescrición adquisitiva das servidumes de paso púidose efectuar, como xa avanzamos noutro escrito³, pola vía que parecía máis simple, lóxica e segura: a introducción na lei dunha disposición transitoria específica –motivada, tanto pola especificidade e dificultade da cuestión formulada, a problemática da cal no ámbito do ordenamento común era sobradamente coñecida, como pola novidade que supoñía o dito recoñecemento da prescrición adquisitiva en relación coas servidumes de paso no ordenamento galego, no que ata entón fora ignorada– na que se prevese a retroactividade ou irretroactividade.

segs.; DÍAZ MARTÍNEZ, "Comentario a la Sentencia de 19 de marzo de 1996, A.P. de Orense", en RXG n.º 12, 1996, páx. 340 e segs.; RODRÍGUEZ MONTERO, "Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres y serventías en la vigente Ley de derecho civil de Galicia", en Foro Galego n.º 189, 1996, páx. 62 e segs.; ID., "La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995, de derecho civil gallego: un análisis crítico y comparativo con la legislación civil de otras comunidades autónomas", en RXG n.º 14, 1996, páx. 51 e segs.; RODRÍGUEZ PARDO, "Os dereitos reais na Lei de dereito civil de Galicia", en Foro Galego n.º 189, 1996, páxs. 56 e seg.; REBOLLEDO VARELA, "Derechos reales (servidumbres de paso y serventías y el retracto de graciosa) en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho civil de Galicia", en AAVV, Derecho civil gallego, 1996, páx. 148 e segs.; FRAGA MANDIAN, "Un trascendental problema de derecho intertemporal: el artículo 25 de la Ley 4/1995, de derecho civil de Galicia", en La Ley (Galicia) suplemento al n.º 4282, 1997, páx. 1 e segs.; FREIRE SANTOS, "Comentario a la Sentencia de 8 de enero de 1997, Sec. 1ª A.P. de A Coruña", en Dereito, vol. 6 n.º 1, 1997, páx. 301 e segs.; DÍAZ FUENTES, Dereito civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995), 1997, páx. 108 e segs.; REBOLLEDO VARELA, "Art. 25 LDCG: el problema del derecho transitorio", en AAVV, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo 37, vol. 1, 1997, páx. 263 e segs.; COLINA GAREA, "Disposición transitoria cuarta LDCG", en Comentarios cit., tomo 37, vol. 2, 1997, páx. 1443 e segs.; BUSTO LAGO, "Derecho intertemporal y modificación de las normas reguladoras de la usucapción extraordinaria veintenal de la servidumbre de paso ex artículo 25 de la Ley de Derecho Civil de Galicia", en La Ley (Galicia), suplemento ó n.º 4491, 1998, páx. 1 e segs.

³ Vid., "La regulación de las servidumbres y serventías." cit., páx. 52.

Noutras compilacións e leis civís de diversas comunidades autónomas existían exemplos de solución nun e noutro sentido⁴, que perfectamente puido tomar, de maneira indicativa, en consideración o lexislador galego, o que, polos motivos que fosen, non se fixo. Iso si, unicamente se introduciu na lei unha críptica disposición transitoria cuarta a modo de “caixón de xastre” coa loable finalidade de poder resolver –sen excesivas garantías, como veremos máis adiante– todos aqueles problemas de dereito intertemporal que, como o sinalado, non se encontrasen especificamente solucionados en ningunha das outras tres disposicións transitorias anteriores, referidas a cuestións concretas, relativas ós contratos de arrendamentos rústicos realizados con anterioridade á entrada en vigor da lei, ós arrendamentos rústicos históricos e ás parcerías⁵.

A que, non sen certo rubor e coas reservas oportunas, cabería cualificar como “neglixencia lexislativa”, supuxo a necesaria remisión e resolución do complicado problema que nos ocupa ós órganos xurisdiccionais. A falta de previsión lexislativa provocou un xa vaticinado incremento da litixiosidade.

Neste sentido, a capacidade litixiosa dos particulares galegos resultou evidentemente rebordante. Así, por exemplo, á marxe do concreto problema a que nos estamos referindo, pero tamén en materia de dereito intertemporal e con carácter xeral, asombrosamente, en non poucas ocasións, primeiro chegou a cuestionarse a posible aplicación retroactiva dos preceptos contidos na LDCG a preitos incoados con data anterior á entrada en vigor da mesma –6 de setembro de 1995–, máxime cando resultaba canto menos difícil, por non dicir imposible, descoñecer ou eludirla clara e terminante doutrina establecida reiteradamente respecto disto polo Tribunal Supremo, recordada en diversas sentencias que dictou para o efecto o TSX de Galicia⁶: a lexislación aplicable ó suposto obxecto de debate é precisamente a que se encontra vixente no momento da presentación da demanda, ou, o que é o mesmo, que non poden resolverse cuestións litixiosas

⁴ Cfr. en relación coas mesmas, REBOLLEDO VARELA, “A nova regulación da servidume de paso...”, cit., páx. 188 e seg.; DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996...”, cit., páx. 341; RODRÍGUEZ MONTERO, “La regulación de las servidumbres...”, cit., páx. 52; FRAGA MANDIAN, “Un trascendental problema de derecho intertemporal...”, cit., páx. 3; DÍAZ FUENTES, *Dereito Civil de Galicia*, cit., páx. 111; REBOLLEDO VARELA, “Art.25 de la LDCG: el problema del derecho transitorio...”, cit., páx.264; BUSTO LAGO, “Derecho intertemporal y modificación de las normas reguladoras de la usucapión...”, cit., páx. 2.

⁵ En relación coa disposición transitoria cuarta da LDCG, *vid.*, COLIMA GAREA, “Disposición transitoria cuarta LDCG”, cit., páx. 1417 e segs. e, en especial, polo que se refire á aplicación desta norma, páx. 1435 e segs.

⁶ *Vid.*, respecto da Sentencia do TSX de Galicia do 24 de xuño de 1997 e outras do mesmo Tribunal Superior, recollidas no noso traballo titulado “Precisiones históricas y jurisprudenciales en materia de serventías: Comentario a la S. del TSX Galicia del 24 de junio de 1997”, en RXG n.º 16, 1997, páx. 303 e seg.

en virtude dunha lexislación que, no momento de presentarse a demanda, aínda non entrara en vigor; a presentación e admisión a trámite da demanda que realizase o órgano xurisdiccional produce o efecto procesual da *litispendencia*, a consecuencia procesual máis importante e característica da cal é a denominada *perpetuatio iurisdictionis*, que determina a ineficacia das modificacións que se produzan con posterioridade á presentación daquela, tanto respecto dos feitos como da norma xurídica.

Seguidamente, trala entrada en vigor da lei, a consecuencia da sinalada falta de previsión lexislativa, comezou a formularse ante os diversos órganos xurisdiccionais do ámbito galego o anunciado problema relativo á posible aplicación retroactiva ou irretroactiva do art. 25 LDCG en materia de constitución de servidumes de paso por prescripción adquisitiva.

Pode resultar ata certo punto estraño que, durante o *íter* temporal que discorre desde o momento en que se iniciaron os primeiros preitos tramitados con este contido ante os diversos xulgados de primeira instancia, pasando polo coñecemento en apelación dos mesmos a través das respectivas audiencias, ata chegar ó momento presente en que foron dictadas en casación pola Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia as dúas primeiras sentencias, 15/98 e 16/98, con data do 24 de setembro de 1998, ningún dos diversos grupos políticos galegos con representación no Parlamento de Galicia interviñese tomando a iniciativa coa finalidade de demanda-la resolución do mencionado problema, nun momento no que este xa se encontraba formulado de forma efectiva ante os tribunais de xustiza, esperando a que fosen os propios órganos xurisdiccionais os que procedesen á súa resolución. Nesa ocasión tampouco se acudiu ó mecanismo previsto na disposición adicional segunda da LDCG, na que literalmente se prescribe que "cada cinco anos, como máximo (desde o momento da entrada en vigor da lei, enténdese), sen prexuízo da iniciativa parlamentaria correspondente, a Mesa do Parlamento de Galicia designará unha ponencia, integrada por membros dos diversos grupos parlamentarios da Cámara, co fin de elaborar un informe comprensivo das dificultades e dúbidas que se advirtan na aplicación dos preceptos da presente lei e daquelas normas que se estimen necesarias para a conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil propio de Galicia"⁷.

Desgraciadamente, nin houbo iniciativas parlamentarias, nin a Mesa do Parlamento de Galicia procedeu a designar ningunha ponencia que, tralo correspondente estudio do problema formulado, lle propuxese á Cámara a introducción na lei dunha norma específica e clara que axudase a resolvelo. Así, tratándose en puridade dunha cuestión de política lexislativa, a súa resolución efectuouse por vía xudicial.

⁷ A tal posibilidade fixemos referencia en "Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...", cit., páx. 72.

2. As SS.TSX de Galicia 15/98 e 16/98, do 24 de setembro de 1998: *iter* interpretativo

Como xa se sinalou, son dúas as históricas sentencias dictadas en casación pola Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, ámbalas dúas con data do 24 de setembro de 1998 e nas que por primeira vez o Alto Tribunal analiza e resolve a cuestión que nos ocupa, e pronúnciase pola aplicación irretroactiva do disposto no art. 25 LDCG en materia de constitución de servidumes de paso por prescrición adquisitiva.

Ámbalas dúas sentencias, obxecto do presente comentario, encontran a súa causa en senllos recursos de casación –15/98 e 16/98– interpostos, respectivamente, contra as resolucións dictadas en apelación polas audiencias provinciais de Pontevedra (sección 3^a) e Lugo; a primeira confirmatoria do dictame recaído en primeira instancia, en relación coa demanda formulada en exercicio de acción negatoria de servidume de paso, ante o Xulgado n.º 1 dos de Vigo, e, a segunda, parcialmente revogatoria da resolución recaída en Primeira Instancia en relación coa demanda formulada en exercicio de acción negatoria de servidume de paso, de acueducto e conducción eléctrica, ante o Xulgado n.º 1 de Viveiro, no sentido de declara-la inexistencia dunha servidume de paso e, pola súa vez, confirmatoria daquela resolución no referente á inexistencia das servidumes de canalización de auga e de conducción eléctrica.

Tales recursos, interpostos en casación ante o TSX de Galicia ó amparo do disposto no apartado 1º do art. 2 da Lei 11/93, do 15 de xullo do Parlamento galego, reguladora do recurso de casación en materia de dereito civil especial de Galicia, aséntanse nun único motivo, no que se denuncia infracción por aplicación indebida do art. 25 LDC de Galicia, por entenderen os recorrentes que tal precepto normativo, fronte ós termos en que se recollen os pronunciamentos dos respectivos xulgados n.º 1 de Vigo e n.º 1 de Viveiro –segundo a liña xurisprudencial unitaria establecida por tódalas demais audiencias provinciais de Galicia, no sentido de entender que non se pode estima-la aplicación irretroactiva da lei sen que haxa unha declaración explícita respecto disto por parte do lexislador–, contería un pronunciamento expreso de retroactividade, que se debe, por tal circunstancia e en consecuencia, computar entre os requisitos legalmente establecidos polo citado art. 25 para os efectos de adquisición da servidume de paso por usucapión, tamén o tempo de posesión do paso exercitado con anterioridade á entrada en vigor da mencionada LDCG.

A tal conclusión chegan os recorrentes invocando en ámbolos dous recursos unha interpretación gramatical do precepto, e argumentan con respecto a isto que na frase final do artigo, na que respecto do prazo de tempo de posesión para os efectos de usucapión das servidumes de paso se indica que “se comezará a contar desde o momento en que empezase

a exercitarse", habería un pronunciamento expreso a favor da retroactividade.

En relación coa mencionada frase manifestámonos noutros artigos⁸, nos que se sinala que esta nos parecía innecesaria pola súa obviedade. A dita indicación contida no art. 25 LDCG é evidente que cobraría pleno sentido e resultaría clarificadora cando, como por exemplo ó reparar no art. 538 do CC, ou na Lei 397 da Compilación de dereito civil foral de Navarra⁹, se contraponen distintos grupos ou categorías de servidumes, as características estruturais das cales condicionan para estas un réxime xurídico diferente en canto á determinación do *dies a quo* para efectos posesorios: distinción entre servidumes positivas e negativas no art. 538 do CC; distinción entre servidumes positivas e negativas, e dentro destas últimas, pola súa vez, entre negativas aparentes e non aparentes na Lei 397 da Compilación de dereito civil foral de Navarra. Sen embargo, cando, como ocorre no art. 25 LDCG, non se produce unha contraposición entre distintos grupos ou categorías de servidumes, a introducción da matización indicada – "comezarse a contar..." –, sen explicitar nada respecto da posible aplicación retroactiva do precitado art. 25 LDCG, paradoxalmente actúa como un elemento de confusión, ó poder prestarse a posibles equívocos desde un punto de vista interpretativo, como sucedeu e certamente se pode constatar observando a argumentación utilizada polos recorrentes nos recursos formulados.

Así, apoiándose nunha suposta interpretación gramatical ou literal do sinalado no precepto, pretendeuse que a frase "comezarse a contar desde o momento en que empezase a exercitarse" contivese unha norma de dereito transitorio, referindo aquela de forma extensiva a partir da alusión que en relación cun tempo pasado se contén na súa última parte – "...desde o momento en que empezase a exercitarse" – a posibles situacións posesorias ocorridas non só desde, senón tamén con anterioridade á entrada en vigor da lei.

Como acertadamente se sinala nas dúas sentencias de casación dictadas pola Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, a redacción do precepto

⁸ Vid., "Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...", cit., páx. 51.

⁹ Art. 538 CC: "Para adquirir por prescripción las servidumbres a que se refiere el artículo anterior (servidumbres continuas y aparentes), el tiempo de posesión contaráse: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que aprovecha la servidumbre, empezara a ejercerla sobre el predio serviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante prohibiera, por un acto formal, ó del serviente a ejecución del hecho que sería lícito en la servidumbre".

Lei 397 da Compilación de Navarra: "As servidumes adquirense pola prescripción ordinaria de bens inmóveis, ou pola extraordinaria. O tempo empezará a contar, nas servidumes positivas, desde o primeiro acto do seu exercicio; nas negativas aparentes, desde a aparición dos signos de servidume; e nas negativas non aparentes, desde a prohibición formal do acto que a servidume impediría realizar".

non presenta unha tendencia clara e inequívoca a favor da retroactividade, e iso porque no art. 25 LDCG nada se expresa en relación con se o establecido na norma só se proxecta cara ó futuro, como adoita se-lo habitual, ou, así mesmo o fai, en tal caso excepcionalmente, cara ó pasado; é dicir, que o lexislador galego non determina claramente se a posesión coomezada antes da vixencia da lei pode aproveitarlle ou non ó posuidor para os efectos de adquisición da servidume de paso por prescrición.

No seu razoamento interpretativo, a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia recorre directamente na súa Sentencia 15/98, en aplicación do disposto no art. 4.3 CC, ó art. 2.3 CC –no que, como é sabido, se sinala que “as leis non terán efecto retroactivo se non dispuxesen o contrario”–, que se cualifica como a norma interpretativa básica que preside o ordenamento xurídico en materia de dereito intertemporal e que debe de prevalecer a modo de presunción *ius tantom* nos casos dubidosos ou de non constancia inequívoca de retroactividade da lei nova.

Desde esta óptica predeterminada a sala, tras rexeita-la suficiencia do elemento gramatical ou literal para sustenta-la tese dos recorrentes a favor da retroactividade, procede seguidamente, segundo se indica na Sentencia 16/98, a interpreta-lo disposto no art. 25 LDCG, acudindo ós demais elementos interpretativos que proporciona o art. 3.1 CC.

Tras efectua-la correspondente análise do art. 25 LDCG, a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia conclúe na súa Sentencia 16/98 que “non é posible admiti-lo carácter retroactivo da dita norma” (*sic*), e que “non se pode facer unha interpretación inequívoca do precepto que conduza a unha aplicación retroactiva da norma” (*sic*), na súa Sentencia 15/98, procedendo entón a examina-la cuestión formulada –cando en realidade tal cuestión xa parece quedar definitivamente resolta– na Sentencia 15/98 desde os principios que informan as disposicións transitorias do Código civil, ós que lle remite a xa mencionada disposición transitoria cuarta da LDCG a falta de disposición transitoria específica tanto na lei como no código, considerando inaplicable directamente o art. 1939 CC; e na Sentencia 16/98, desde a óptica do art. 1939 CC e da disposición transitoria primeira do citado corpo normativo, normas estas ás que se refiren os recorrentes no seu escrito de formalización do seu recurso de casación, con fundamento na disposición transitoria cuarta de LDCG.

O labiríntico e revesgado *iter* interpretativo que se segue nas dúas sentencias dictadas pola Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, na nosa opinión, volve poñer de manifesto outra vez as especiais complicacións con que se encontraron neste caso os maxistrados do Alto Tribunal para os efectos de poder solucionar cun razoamento coherente e lóxico, desde o propio ordenamento galego, o dilema formulado e non resolto previamente, como sería o desexable, a consecuencia da inhibición do propio lexislador galego.

Respecto disto pode sorprendere –e, desde logo, resulta sintomática dun certo desaxuste– a circunstancia de que os maxistrados da Sala do Civil e Penal do Alto Tribunal da comunidade galega non aludan para nada en ningunha das dúas sentencias comentadas ó precepto que, en principio, parece que resultaría directamente aplicable en materia de interpretación do dereito galego, en concreto, o art. 2.2 LDCG, no que se prescribe que “o dereito galego se interpretará e integrará desde os principios xerais que o informan, os usos, os costumes, a xurisprudencia e maila doutrina que encarna a tradición xurídica galega”; polo contrario, recórrase directamente á aplicación dos preceptos contidos en materia de interpretación de normas contidos no CC, e iso, posiblemente, por entender, aínda sen sinalalo, que, segundo o disposto no art. 3.1 da LDCG, “se aplicará o CC e as demais leis civís comúns cando ó faltar costumes e leis civís galegas, esas normas non se opoñan ós principios do ordenamento xurídico galego”.

En calquera caso, o certo é que o TSX de Galicia, no seu afán por darlles cumprida e completa resposta ás peticións dos recorrentes, optou por formular e resolver dúas incógnitas en relación co indicado problema sobre a cuestión relativa á aplicación retroactiva ou irretroactiva da frase final contida no art. 25 da LDCG, a saber: en primeiro lugar, a de se o citado parágrafo contén na súa dicción unha norma clara a favor da retroactividade, e, en segundo lugar, no suposto de que a resposta fose negativa, a de cómo se resolve o dilema xurídico á vista dos principios que informan as disposicións transitorias do CC, ós que, pola súa vez, remite a disposición transitoria cuarta da LDCG¹⁰.

3. Interpretación do art. 25 LDCG

Centrándonos na primeira das incógnitas formuladas, interesa realizar dúas observacións.

En primeiro lugar, pódese constatar outra vez outro dos efectos que produciu, neste caso en relación co labor interpretativo que desenvolveron os órganos xurisdiccionais, a desafortunada introducción por parte

¹⁰ Cabería cuestionarse, non sen certas dúbidas, se o *iter* interpretativo seguido puidese ser outro máis sinxelo, que se concretaría no recurso directo, en virtude do disposto no sinalado art. 2.2 LDCG, ás disposicións transitorias da propia LDCG, nas que, como é sabido, encontran a súa regulación os posibles problemas de dereito intertemporal que, como o que se debate –aplicación retroactiva do disposto no art. 25 LDCG, norma esta que, polo demais, tanto pola súa situación na lei, como polo seu contido, non se pode cualificar como de dereito intertemporal–, se formulen a consecuencia da súa entrada en vigor: en concreto, á disposición transitoria cuarta da LDCG, que, pola súa vez, remite ós principios informadores das disposicións transitorias do CC.

do lexislador galego da inoportuna frase “comezarse a contar desde o momento en que empezara a exercitarse”, no art. 25 LDCG.

Esta matización, que, como indicamos anteriormente, nos parecía innecesaria pola súa obviedade, posto que tal e como aparece formulada non faría máis que confirmar algo, polo demais, xa coñecido e pacífico na doutrina e xurisprudencia –en concreto, o encadramento sistemático da servidume de paso na categoría das denominadas servidumes positivas, para as que, como é sabido, por consistir nun facer por parte do titular do fondo dominante, se establece para efectos de prescrición adquisitiva o inicio do cómputo do tempo de posesión desde o momento en que esa situación (paso) comezase a exercitarse; fronte ás denominadas servidumes negativas, nas que a mencionada referencia temporal se computa desde o “acto obstativo” realizado polo propietario do fondo sobre o que se pretende impoñer-lo servicio¹¹– foi a que deu pé á formulación dos recursos correspondentes, o que obrigaba o TSX de Galicia, en cumprimento do exercicio do seu labor interpretativo, a pronunciarse respecto da dita frase, tendo paradoxalmente que xustificar, desde o seu máis absoluto respecto e sometemento á lei e sen posibilidade de realizarlle a máis mínima crítica racional á mesma, a obviedade referida que se contén nela. E todo iso, tendo que recorrer, unha vez máis, ó ordenamento xurídico común, en concreto, ó art. 538 CC, coa redacción do cal en materia de servidumes positivas se establece un paralelismo entre este artigo e o 25 LDCG¹².

¹¹ Así o entenderon, entre outros, e esta é unha opinión que compartimos: REBOLLEDO VARELA, “A nova regulación da servidume de paso...”, cit., páx. 190; ID., “Artículo 25 LDCG: el problema del derecho transitorio” cit., páx. 265; DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996...” cit., páx. 341 e seg. En sentido contrario, cfr. MOURE MARINO, “Lei 4/1995, do 24 de maio de dereito civil de Galicia” cit., páx. 163 e seg. Para unha crítica á posición doutrinal sostida por este autor, *vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, páx. 340 e REBOLLEDO VARELA, “Artículo 25 LDCG...” cit., loc. cit.

¹² Na nosa opinión, a mencionada frase (“comezará a contarse desde o momento en que empezase a exercitarse”), como indicamos *supra*, só encontra sentido e resulta clarificadora cando, como por exemplo ocorre no art. 538 CC, se contraponen distintos grupos ou categorías de servidumes, as características estruturais condicionan para as mesmas un réxime xurídico diferente en canto á determinación do *dies a quo* para efectos posesorios. Se tal contraposición non se produce, nin tampouco se establece unha variación respecto do encadramento da servidume a que se está facendo referencia (servidume de paso) nun grupo ou categoría distinta (servidumes negativas) no que ata entón se viña encadrando (servidumes positivas), que provoque a conseguinte alteración do réxime xurídico aplicado ata entón para esa servidume en canto á determinación do *dies a quo* para efectos posesorios (tomando entón como referencia temporal para os efectos do inicio do cómputo de tempo de posesión establecido para adquirir por prescrición a dita servidume de paso, non xa o momento desde o que o paso comezou a exercitarse, senón o momento en que se produciu o “acto obstativo” realizado polo propietario do fondo sobre o que se pretende impoñer ese servicio), como non sucede no art. 25 LDCG, a introducción na lei da matización indicada perde calquera sentido e resulta totalmente innecesaria pola súa obviedade.

En segundo lugar, tamén polo que se refire á interpretación que, nos seus aspectos histórico e finalista, realiza a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia do contido do art. 25 LDCG na materia que nos ocupa, resulta preciso realizar outra posible matización.

Sinala a sala que, desde un punto de vista histórico, non existe unha mención expresa en ningún dos traballos preparatorios que serviron de base para a confección da actual LDCG, nin tampouco na –certamente descoidada neste aspecto, engadimos nós– exposición de motivos da propia lei, respecto da aplicación retroactiva ou irretroactiva do art. 25.

Por outra parte engade que, sen embargo, si resulta posible apreciar nos mencionados precedentes a necesidade –demandada con insistencia polos xuristas galegos, sinálase na Sentencia 15/98; demandada pola realidade social do campo galego, indícase na Sentencia 16/98– de recoñecer e regular, entre os diversos modos de adquisición das servidumes de paso, a usucapión; tal demanda, conclúe a sala, encontraría a súa resposta lexislativa no art. 25 LDCG.

Na nosa opinión, a partir desta última premisa a que se alude nas sentencias comentadas, en certa medida e desde un simple razoamento lóxico, pode resultar discutible que o Alto Tribunal rexeite de cheo, ó realiza-la interpretación desde un punto de vista finalista da lei, a posible retroactividade tácita do art. 25 LDCG, e iso porque, se é que se supón que o precepto estudado xorde, como se manifesta polo TSX de Galicia na súa Sentencia n.º 16/98, para cubrir unha necesidade sentida pola realidade social do agro galego, implicitamente parece que se está recoñecendo, aínda inconscientemente, que coa aludida disposición normativa pretendeu establecer o lexislador galego, en prol do ben común, un novo réxime xeral e uniforme que servise para poder solucionar os supostos problemas formulados ata o momento en materia de adquisición de servidumes de paso, de maneira que nos podemos encontrar entón e, en tal caso, ante un dos limitados supostos posibles de retroactividade tácita admitidos xurisprudencialmente, ós que se fai referencia con carácter indicativo nas sentencias comentadas do TSX de Galicia. O que, desde logo, nos parece moi difícil de soste, partindo da premisa antes transcrita utilizada polo tribunal, é que –como se indica na Sentencia n.º 15/98– a vontade do lexislador galego puido se-la de establecer un período de tempo tan prolongado para a plena efectividade dunha norma que rompe coa estrutura consolidada polo CC ó longo de máis dun século.

En calquera caso, o TSX de Galicia, ante a incerteza que se presenta, ó realizar unha interpretación restrictiva en defensa da seguridade xurídica, inclínase nas súas dúas sentencias dictadas en casación, na nosa opinión acertadamente, pola irretroactividade.

Dicimos que nos parece que o TSX de Galicia resolve acertadamente a cuestión debatida e que a súa resolución resulta, na nosa opinión, a máis

adecuada, precisamente ante a incerteza que non só parece formular a propia lei na redacción que se lle dá ó art. 25, senón tamén nos seus propios antecedentes históricos.

Efectivamente é certo que, como indica a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, non existe unha mención expresa en ningún dos traballos preparatorios que serviron de base para a confección da actual LDCG, nin tampouco na exposición de motivos daquela, respecto da posible aplicación retroactiva ou irretroactiva do disposto no seu art. 25.

Tamén é certo que da lectura dos traballos preparatorios da lei, xa desde o I Congreso de dereito galego, resulta posible extrae-la conclusión de que os xuristas galegos viñan demandando expresamente e con insistencia o recoñecemento e regulación da prescrición adquisitiva entre os diversos modos de adquisición da servidume de paso.

Non obstante, o que na nosa opinión non parece tan claro –e esta é unha matización que cremos fundamental realizar– é que os xuristas galegos quixesen darlle ó modo de adquisición, o recoñecemento e regulación do cal solicitaban –polo menos a grande maioría dos que o solicitaban– un alcance tan amplo e xeral como algúns pretenderon¹³. Aquí é onde, na nosa opinión, estriba realmente a incerteza, que ata o momento presente non foi aínda cuestionada: ¿en que termos pretendían os proponentes da introducción da prescrición adquisitiva en relación coa servidume de paso que se recoñecese e regulase esta?; ó formularse a proposta, ¿estábase pensando na aplicación da usucapión como modo de adquisición para tódolos supostos posibles de paso, ou só para algúns casos moi concretos e determinados?

Unha hipotética solución a estas incógnitas quizais se puidese encontrar a partir das razóns aducidas coa finalidade de xustificar polos seus proponentes a introducción da usucapión entre os modos de adquisición das servidumes de paso.

Noutros traballos anteriores¹⁴, en referencia ós precedentes históricos do recoñecemento da usucapión como modo adquisitivo de servidumes

¹³ Vid., REBOLLEDO VARELA, "La servidumbre de paso. El art.540 del CC.: interpretación e importancia en Galicia", en *La Ley* n.º 1392, páx. 1 e segs. Con anterioridade á vixente LDCG, como sinalamos en "Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...", cit., páx. 59, n. 5, e "La regulación de las servidumbres y serventías..." cit., páx. 45, n. 14, a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, na súa Sentencia dictada con data do 25 de xaneiro de 1995, actuando como relator o seu presidente (Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes), desestimando o recurso de casación interposto sobre acción negatoria de servidume de paso, pronunciábase en relación coa que se cualificaba como "suposto costume de dereito civil de Galicia" relativo á adquisición por usucapión da servidume a través do seu uso ininterrompido durante vinte anos indicando expresamente que "é o certo que ese costume e esa práctica non existen en Galicia".

¹⁴ "Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres..." cit., páx. 60 e seg.; "La regulación de las servidumbres y serventías..." cit., páx. 45 e segs.

de paso en dereito galego, transcribíamo-los argumentos con base nos cales xustificaba a ponencia da sección IV do I Congreso de dereito galego, realizado no mes de outubro de 1972, a súa proposta de recoñecemento e regulación das servidumes de paso e a súa adquisición polo instituto da prescrición, que agora convén volver recordar: "A distribución minifundista da propiedade rural en Galicia orixina un número extraordinario de predios enclavados, para o aproveitamento dos cales se veu realizando o paso desde tempo inmemorial a través doutras parcelas próximas ou colindantes con camiño público; esta práctica campesiña de usar tales camiños, na crenza de estar no dereito e posesión do paso, supón unha grave perturbación ó normal desenvolvemento e explotación do agro, á conciencia popular, ó sentido práctico da convivencia humana, e á realidade mesma, ó descoñecer un mínimo de dereitos a ser respectado no uso que a ciencia e a paciencia do dono servente se vén exercitando desde tempo inmemorial, polo dono do predio dominante sobre tal camiño. De aquí, a imperiosa necesidade de regular na futura compilación revisada esta servidume de paso galego, de tan xeneralizada extensión en prol da seguridade e da paz xurídica"¹⁵.

Unha argumentación similar á indicada, por non dicir practicamente idéntica, empregábase, avanzando no tempo, algúns membros da extinta Comisión Parlamentaria non permanente de dereito civil galego, que, na exposición de motivos do traballo presentado sobre a Compilación de dereito civil de Galicia¹⁶, xustificaban a introducción da usucapión dentro da normativa reguladora da servidume de paso, no art. 63.2 da súa proposta, presentándoa como unha "solución aconsellada polo máis puro pragmatismo", coa finalidade de poñerlle fin á considerable cantidade de litixios motivados pola indefinición dun grande número de servizos e accesos ós predios, constituídos ó longo do tempo a consecuencia do excesivo repartimento da propiedade da terra en Galicia e do seu apropiado traballo, que de feito estiveron operando como servidumes de paso.

¹⁵ Intentando resolver, segundo se dicía, o problema formulado pola eliminación, coa promulgación do vixente CC (arts. 539 e 540, en relación co art. 532 do mesmo corpo normativo), da prescrición como modo de adquisición das servidumes de paso, así como pola dificultade de poder acreditar ante os xulgados e tribunais a correspondente proba de inmemorialidade, no caso de que os ditos servizos existisen con anterioridade á promulgación do CC, obstaculizando a permanencia e a estabilidade destas relacións xurídicas.

¹⁶ A dita comisión, constituída no transcurso da II lexislatura, o día 9 de marzo de 1988, presentou no Parlamento galego os resultados do mencionado traballo con data do 22 de marzo de 1991. Sobre o dito traballo, a súa evolución e conclusión, *vid.*, LORENZO MERINO, "Un dereito civil para Galicia. La Propuesta legislativa de Compilación de dereito civil de 22 de marzo de 1991", en *La Ley* n.º 2995, 1992, páxs. 1 e segs.; *ID.*, *El dereito civil de Galicia y la Propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991*, 1992.

Finalmente, tamén na propia exposición de motivos da vixente Lei 4/95, de dereito civil de Galicia, maniféstase de forma breve en relación coa cuestión que nos ocupa que “a servidume de paso se ve sometida a unha regulación (arts. 25 a 32) que se lexitima na necesidade social de poñerlle fin á conflictividade causada pola proliferación de tal gravame e a falta dos correspondentes títulos constitutivos. O que resolverá o lexislador posibilitando, na marxe da súa natureza discontinua, a adquisición das mesmas pola usucapión de vinte anos”.

De todo o exposto parece poder extraerse a, tamén neste caso, paradoxal conclusión de que o recoñecemento da prescrición adquisitiva prevista na lei galega xurdiría fundamentalmente en relación cun específico tipo de servizos de acceso ou paso: os exercitados *de facto* e ó longo do tempo, de forma pública, pacífica e ininterrompida, polos propietarios ou titulares das leiras enclavadas –orixinadas a consecuencia do excesivo repartimento da terra: distribución minifundista da propiedade rural–, que para o seu aproveitamento necesitarían servirse para os efectos do mencionado paso a través doutras leiras próximas ou colindantes con camiño público.

Quizais pensando só en tales específicos servizos ou accesos de paso, relativos a leiras enclavadas, e non en calquera outros posibles, se formularía –polo menos así o parece inicialmente; non sabemos se con posterioridade tamén– a introducción e regulación normativa da prescrición adquisitiva, e aduciríase respecto disto que o non recoñecemento de tales supostos dereitos (de paso) suporía unha notable cantidade de litixios, nalgún caso cualificados como inxustos, por considerar que o paso do tempo –especificamente inmemorial– proviña dun título de por si máis que suficiente ó usucapiante, e, noutros casos, como inútiles, posto que ó trátase de leiras enclavadas, tales servizos poderían constituírse conseguindo, en definitiva, os mesmos efectos que coa prescrición adquisitiva, acudindo ó expediente previsto no art. 564 CC, relativo á constitución da servidume forzosa de paso.

4. Determinación dos principios informadores das disposicións transitorias do CC

Deixando a un lado esta cuestión e volvendo ó comentario das sentencias analizadas, a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, tras resolver de forma negativa a incógnita formulada en primeiro lugar, relativa á determinación de se a parte final do art. 25 LDCG contén na súa dicción unha norma clara a favor da retroactividade, procede a continuación, en segundo lugar, a buscarlle a solución ó problema debatido recorrendo ós principios que informan as disposicións transitorias do CC, ós que remite

a LDCG en aplicación do disposto na súa disposición transitoria cuarta, a falta doutra disposición transitoria específica respecto disto.

Segundo se indicou, lonxe de achegar unha solución clara nun sentido favorable ou contrario á retroactividade, como se optou por facer noutras comunidades autónomas nesta materia¹⁷, e como parece que sería o razoable, o lexislador galego, co cómodo recurso xenérico ás disposicións transitorias do CC, non só non resolve o problema formulado, senón que volve complica-la xa de por si difícil tarefa interpretativa dos órganos xurisdiccionais.

O lexislador galego sitúa o intérprete noutra encrucillada interpretativa complicada e remíteo ó ordenamento xurídico común ou estatal, no que, outra vez, resulta necesario volver formularse outra pregunta, a contestación da cal tamén presenta notables problemas: ¿cales son os principios informadores das disposicións transitorias do Código civil ós que, tendo en conta a diferente regulación que se establece no ámbito xurídico galego –no que se reconece por primeira vez a posibilidade de adquirir-las servidumes de paso por prescrición–, habería que acudir para responder á cuestión de dereito intertemporal formulada?

A solución a que chega a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia nas súas dúas sentencias dictadas en casación, trala aplicación dos sinalados principios informadores das disposicións transitorias do CC, é a mesma: irretroactividade do disposto no inciso final do art. 25 LDCG, confirmando a liña xurisprudencial seguida por tódalas audiencias galegas¹⁸.

Non obstante, aínda cando a solución a que se chegue sexa a mesma, cremos que, polo que se refire ós criterios utilizados pola sala en cada unha das dúas resolucións analizadas –f. x. 5º da Sentencia 15/98, e f. x. 6º da Sentencia 16/98, respectivamente– coa finalidade de determina-los mencionados principios informadores, pódense realizar algunhas observacións.

No f. x. 5º da Sentencia 15/98, tras sinalarse o que a modo de lema interpretativo se encontra no frontispicio dos mencionados principios informadores das disposicións transitorias do CC, que, segundo a sala, podería considerarse como primeiro e principal principio que informaría tódalas demais disposicións transitorias –contido no parágrafo inicial das ditas disposicións transitorias: “as variacións introducidas por este código, que prexudiquen dereitos adquiridos segundo a lexislación civil anterior,

¹⁷ *Vid.*, *supra* n. 5 deste traballo.

¹⁸ Incluída a A.P. de Ourense, que, inicialmente, sostivera o criterio contrario (retroactividade) na súa sentenza do 19 de marzo de 1996, na que, ademais se afirmaba a posibilidade de aplicar retroactivamente a Lei de dereito civil de Galicia á cuestión debatida no preito e incoada antes da súa entrada en vigor. Para esta sentenza, *vid.*, DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996...” cit., páx. 337 e segs. A mencionada A.P. modificou o dito criterio con posterioridade por sentenza dictada con data do 10 de marzo de 1997.

non terán efecto retroactivo” –, procédese, a continuación, a transcribir sucintamente os que se indica que a doutrina resume como principios básicos e que aparecen recollidos nas catro primeiras disposicións transitorias do CC¹⁹, para finalizar concluíndo sinteticamente que, tanto se se contempla o problema desde o prisma dos dereitos adquiridos na extensión que tiñan recoñecida pola lei antiga (prefacio e transitoria primeira), como se se ve desde a óptica da inactividade do dono do predio servente que carecía de sanción na lexislación anterior (transitoria terceira), o resultado a que se chega é o da irretroactividade da lei nova.

A sala completa o seu razoamento na sentenza sinalada cunha referencia, neste caso algo máis ampla, ó art. 1939 CC, tamén considerada norma de dereito transitorio, e exclúe a súa aplicación directa ó suposto debatido por entender que o citado precepto se refire exclusivamente á distinta regulación da prescrición dada pola lei nova en relación coa derogada –o que non ocorre no ámbito galego, posto que a LDCG regula *ex novo* a usucapión das servidumes de paso–, indica, ademais, que o precepto en cuestión, en todo caso, mantén o principio de que a lei nova se aplica en exclusiva á prescrición comezada despois da súa vixencia, e que só excepcionalmente (prazos) pode falarse da súa aplicación retroactiva limitada, para concluír finalmente que tamén se se mira o momento en que deben comezar a computarse os prazos prescricivos (art. 1939) o resultado que se obtén volve se-lo da irretroactividade da lei nova.

No f. x. 6º da Sentencia 16/98, a cuestión formulada, segundo indica a sala, examínase “desde a óptica do art. 1939 do CC e da súa disposición transitoria primeira” (*sic*), por seren estas as “normas” (*sic*) ás que se refiren os recorrentes no seu escrito de formalización do recurso de casación.

Polo que se refire ó art. 1939 do CC, a sala –sen excluír expresamente, como fai na Sentencia 15/98, a aplicación directa do precepto á cuestión debatida– entende que, dado que do seu primeiro inciso resulta fácil deducir que a lei nova non se aplica ás prescricións que se encontrasen en curso baixo o imperio da lexislación anterior, e posto que o seu segundo parágrafo se encontra referido exclusivamente a un acurtamento do prazo prescricivo pola nova lexislación, resulta obrigado negarlle efectos adquisitivos á usucapión gañada baixo a vixencia do Código civil, que non

¹⁹ Segundo a sala (S. 15/98) eses principios básicos, relativos polo que aquí interesa ás disposicións transitorias primeira e terceira, que son os que utiliza o tribunal no seu razoamento, resúmeos a doutrina da seguinte forma: “1º. Irretroactividade en todo aquilo que a nova normativa poida prexudicar dereitos xa adquiridos antes da entrada en vigor da lei nova, que se recoñecen explicitamente na extensión que tiñan de acordo coa lexislación baixo a que naceron, aínda que a lei nova non os contemple ou os regule de forma diferente (regra 1ª)”; “3º. Irretroactividade das disposicións sancionadoras ou privativas de dereitos dos actos ou omisións carentes de sanción na lei anterior, salvo que a sanción fose máis benigna (regra 3ª)”.

permitía tal modo de adquirir, e pódese dici-lo mesmo para os efectos de suma-lo período transcorrido baixo a anterior normativa.

Segundo a sala, a aplicación ó caso debatido da disposición transitoria do CC –que no seu inciso segundo contempla o suposto de autos, ó estarse declarando por primeira vez un dereito– tamén dá lugar á mesma solución, e iso porque, se ben na mencionada disposición transitoria primeira se contén unha regra xeral a favor da retroactividade, tal regra condiciónase para aqueles casos nos que se prexudique outro dereito adquirido de igual orixe –entendendo que coa dita expresión se fai referencia a dereitos de igual natureza ou que se proxectan sobre unha mesma materia–, como en opinión da sala ocorre no suposto formulado, no que se produce unha colisión entre o dereito do titular do predio pretendidamente servente, non limitado por dereito real de servidume, que actúa como recorrido no preito, e o dereito dos recorrentes a adquirir por usucapión, véndose aquel prexudicado pola aplicación do art. 25 LDCG, que reconece por primeira vez o dereito a adquirir por usucapión a servidume de paso.

Unha lectura separada, apresurada e superficial dos fundamentos de dereito transcritos nos que se analiza e resolve o problema debatido, quizais polo importante esforzo de simplificación que deste realiza neles o TSX de Galicia –en detrimento en parte dunha maior claridade expositiva, ó noso entender–, pode producir en quen descoñeza a situación en que se encontra a aludida cuestión de dereito intertemporal na doutrina, a errónea impresión de que o tema relativo á determinación e interpretación dos principios que informan as disposicións transitorias do CC, aplicables para resolve-lo problema no ámbito galego, resulta pacífico e non presenta especiais dificultades.

Neste sentido, en canto á determinación dos principios que informan as disposicións transitorias do CC, o problema parece que o resolve sen maiores dificultades a Sala do Civil e Penal en cada sentenza.

Sen embargo, cando se realiza un contraste entre ámbalas resolucións dictadas en casación, da súa lectura e análise conxunta pódese extrae-la conclusión de que os criterios de aplicación dos mencionados principios informadores das disposicións transitorias do CC seguidos pola sala, non son, ou, polo menos, a nós non nolo parecen, totalmente coincidentes.

En relación con esta cuestión, xorden fundamentalmente dúas dúbidas, xa postas de manifesto con anterioridade pola doutrina: ¿resulta aplicable o disposto no art. 1939 CC para resolve-la cuestión que nos ocupa?; ¿ocorre o mesmo co principio informador que se contén na disposición transitoria terceira do CC?²⁰.

²⁰ Respecto da posible aplicación destas normas e a interpretación delas, cfr. MOURE MARINO, “Lei 4/1995 do 24 de maio de dereito civil de Galicia...”, cit., páx. 164; DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario a la Sentencia de 19 de marzo de 1996...”, cit., páx. 342 e

A primeira das cuestións formuladas obtén unha resposta clara na Sentencia n.º 15/98, o que non sucede na Sentencia 16/98; nesta última, a sala, sen sinalalo abertamente, parece non excluír directamente a aplicación á cuestión formulada do principio informador disposto no art. 1939, que utiliza para efectos interpretativos, coa finalidade de resolve-lo problema debatido.

Na súa Sentencia 15/98, como xa se indicou, a sala pronúnciase expresamente pola non aplicación directa do disposto no art. 1939 CC ó suposto en cuestión, o cal parece de todo punto lóxico, posto que se se acepta que o principio contido no mencionado artigo se encontra referido exclusivamente á distinta regulación da prescripción dada pola lei nova en relación coa lei derogada, e a LDCG regula *ex novo* a usucapión das servidumes, o sinalado no art. 1939 CC, evidentemente, non resulta aplicable ó caso obxecto de debate.

Non obstante, a sala, aínda malia pronunciarse na súa Sentencia 15/98 pola non aplicación directa do citado artigo 1939 CC, sen embargo, alude a este xunto co prefacio das disposicións transitorias do CC, a disposición transitoria primeira e a terceira do CC, coa finalidade de argumenta-la irretroactividade da lei nova: “se se mira o momento en que deben comezar a computarse os prazos prescritivos (art. 1939) a conclusión é sempre a da irretroactividade da lei nova” (f.x. 5º).

Do mesmo xeito que ocorre co principio contido no art. 1939 CC, a partir do contraste entre as dúas sentencias dictadas en casación, tamén se formula outra dúbida, neste caso, respecto da, na nosa opinión, bastante discutible posibilidade de aplicación do principio recollido na disposición transitoria terceira do CC²¹.

segs.; RODRÍGUEZ MONTERO, “Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...”, cit., páx. 62 e seg.; ID, “La regulación de las servidumbres y serventías...”, cit., páx. 55 e segs.; FRAGA MANDIAN, “Un trascendental problema de derecho intertemporal...”, cit., páx. 3 e segs.; DÍAZ FUENTES, *Derecho civil de Galicia*, cit., páx. 109 e segs.; REBOLLEDO VARELA, “Art. 25 LDCG: el problema del derecho transitorio”, cit., páx. 265 e segs.; BUSTO LAGO, “Derecho intertemporal y modificación de las normas reguladoras de la usucapión...”, cit., páxs. 3 e 5.

A citada cuestión tamén se formulou xurisprudencialmente no ámbito civil catalán -no que, como é sabido, tampouco se contén unha previsión específica en materia de dereito transitorio sobre a constitución de servidumes por usucapión- nun suposto semellante, referido á adquisición por prescripción dunha servidume de vistas. O TSX de Cataluña dictou respecto disto unha sentenza, con data do 17 de outubro de 1994, na que para fundamenta-la súa decisión -irretroactividade- tomou en consideración o mencionado art. 1939 CC, e a disposición transitoria terceira do mesmo corpo normativo. En relación coa citada sentenza, *vid.*, REBOLLEDO VARELA, “A nova regulación da servidume de paso...”, cit., páx. 189 e seg.; DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, páx. 342 e segs.; FRAGA MANDIAN, *op. cit.*, páx. 3 e seg.; DÍAZ FUENTES, *op. cit.*, páx. 111 e seg.; REBOLLEDO VARELA, “Art. 25 LDCG: el problema del derecho transitorio”, cit., páx. 267 e segs.

²¹ Á aplicación da disposición transitoria terceira CC, como sinala DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996...”, cit., páx. 345 e seg. e n. 26, “parece

A sala non alude para nada a esta na súa Sentencia 16/98, e, sen embargo, recorre á dita disposición na súa outra Sentencia 15/98, coa finalidade de resolve-lo problema formulado, e detense na nosa opinión escasamente na xustificación da súa aplicación.

Ningunha dúbida, pola contra, parece presentarse na sala en canto ó que se refire á aplicación do tamén moi discutido doutrinalmente principio que se contén na disposición transitoria primeira (inciso segundo) do CC, á aplicación do cal procede o TSX de Galicia en ámbalas dúas sentencias, concluíndo a irretroactividade da nova normativa na cuestión debatida, por entender que a aplicación retroactiva do art. 25 LDCG, ó recoñecerse ou declararse por primeira vez un dereito –dereito de adquirir por usucapión a servidume de paso– prexudicaría o outro dereito adquirido de “igual orixe” –considerando a sala na súa Sentencia 16/98 que, con esta expresión legal, o lexislador está facendo referencia a aqueles dereitos de igual natureza ou que se proxectan sobre unha mesma materia–, pertencente ó titular do predio pretendidamente servente, o que non se encontraba limitado na lexislación anterior polo dito dereito real de servidume.

Na nosa opinión, non só a interpretación do suposto principio informador da regra contida no segundo parágrafo da disposición transitoria primeira do CC formula notables dúbidas interpretativas dificilmente resolubles, como se pode observar se se acode á doutrina²², especialmente polo que se refire tanto á determinación do sentido atribuíble á discutible expresión “de igual orixe” recollida ó final do precepto en relación co dereito adquirido, como á determinación da existencia ou non dun dereito adquirido que puidese resultar prexudicado polo recoñecemento doutro dereito descoñecido anteriormente, senón que, ademais, a aplicación de tal principio informador, sempre segundo o noso criterio, supón introducirse nunha dinámica escabrosa de contraste entre dous dereitos, perfectamente respectables, coa conseguinte opción de preferencia por un deles, o que nos induce a cuestionar-la utilización de tal principio para poder resolver satisfactoriamente o problema de dereito intertemporal analizado²³.

que puede oponerse un argumento nada desdeñable, pues parte de un carácter sancionador de la institución de la prescripción que es rechazado hoy unánimemente por la doctrina, para la que resulta más convincente buscar el fundamento de la prescripción, cualquiera que sea su clase, en el dato objetivo de la necesidad de dar certidumbre a las relaciones jurídicas, prescindiendo de teorías subjetivas basadas en una presunción de renuncia o abandono o en la sanción de una conducta negligente”.

²² Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, “Comentario a la Sentencia de 19 de marzo de 1996...” cit., páx. 343 e segs.; RODRÍGUEZ MONTERO, “La regulación de las servidumbres y serventías...” cit., páx. 56 n. 37; FRAGA MANDIAN, “Un trascendental problema de derecho intertemporal...” cit., páx. 4; REBOLLEDO VARELA, “Art. 25 LDCG: el problema del derecho transitorio”, cit., páx. 267.

²³ Tanto a circunstancia de que no articulado de LDCG non se sinale nada en canto

5. Seguridade xurídica e irretroactividade

Na marxe destas apreciacións particulares e compartindo, como se indicou, o resultado final –irretroactividade– ó que chega a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia nas sentencias comentadas, interesa finalmente destacar unha circunstancia importante á que alude a sala na súa Sentencia 15/98, como colofón do seu razoamento interpretativo: “a seguridade xurídica, predicamento do principio de irretroactividade das leis consagrado no noso dereito (art. 9.3 da Constitución española), debe prevalecer sobre a carencia de mandato expreso en contrario do lexislador” (f.x. 5°).

Certamente, a irretroactividade e a seguridade xurídica poden aparecer ligadas. Neste sentido, a regra ou principio xeral de irretroactividade das novas disposicións, dise, encontra o seu fundamento na esixencia de seguridade xurídica: trátase de asegura-la previsibilidade das consecuencias da conducta, sobre a base de que a armazón normativa que a rexe permanecerá invariable no futuro; e que se varía, non afectará ó acto realizado baixo a antiga lei²⁴.

á súa posible aplicación con efecto retroactivo respecto das situacións posesorias de servidumes de paso anteriores á súa entrada en vigor, como a inexistencia de ningún principio informador recollido nas disposicións transitorias do CC que, na súa discutible aplicación, permita resolve-la cuestión de dereito transitorio formulada, facíanos optar pola solución que parecía máis sinxela, e así, recuperando o criterio xurisprudencial establecido polo TS na súa Sentencia do 14 de maio de 1903, sinalábámo-lo seguinte: “dado que en supostos como el que agora se plantea, en los que la nueva ley (LDCG) considera válidos actos (posesorios de servidumbre de paso) que bajo el imperio de la antigua (Compilación de derecho civil de Galicia, aprobada por Ley 7/1987, de 10 de noviembre) eran nulos, no existe ninguna disposición transitoria que por vía interpretativa autorice para llegar a la conclusión de que un acto nacido nulo, y por tanto ineficaz –identificando en este caso ineficacia con inexistencia para el derecho, es decir, con falta de vida real y legal para ningún efecto, como también parece hacer el TSJ de Cataluña en el F.J. 3° de su referida Sentencia de 17 de octubre de 1994–, cuya ineficacia sería originaria, automática y radical, deba adquirir por ministerio de la ley una vida que antes no tenía, quedando sanado por el mero hecho de que la nueva ley admita su validez, habría que estar a lo dispuesto en el art. 2.3 del CC, en el que, como es sabido, se establece el principio de irretroactividad, aplicable con carácter subsidiario y en defecto de determinación por la nueva ley sobre su posible efecto retroactivo”. Vid. “Anotaciones en torno al régimen jurídico de las servidumbres...”, cit., páx. 63 e seg.

²⁴ Para unha aproximación ós conceptos de irretroactividade e retroactividade, así como para outras cuestións relativas a estes, *vid.*, con referencias bibliográficas e xurisprudenciais: CAPILLA RONCERO, voz “irretroactividad” (*derecho civil*), en AAVV., *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo III, 1995, páx. 3767 e segs.; ID, voz “retroactividad” (*derecho civil*), *op. cit.*, tomo IV, páx. 5985 e segs.; DÍEZ-PICAZO, L. M., voz “retroactividad de las normas” (*derecho constitucional*), *op. cit.*, tomo IV, páx. 5988 e segs. En relación co concepto de seguridade xurídica, cfr. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, 1991, especialmente páx. 90 e segs., e SAINZ MORENO, voz “seguridad jurídica” (*derecho constitucional*), *Enciclopedia Jurídica*, cit., tomo IV, páx. 6108 e segs., con bibliografía e algunhas apreciacións, na nosa opinión, discutibles.

Non obstante, o feito de que o principio de irretroactividade se fundamente na esixencia de seguridade xurídica, non quere dicir que tal principio deba de aplicarse en termos excesivamente ríxidos, senón que o mesmo, na súa aplicación, ha de compatibilizarse coas normais esixencias de evolución do ordenamento, precisamente coa finalidade de que este último non quede petrificado²⁵.

Así, pode dicirse que a irretroactividade é, ata certo punto, unha compañe da seguridade xurídica, pero tamén resulta necesario matizar que, nun ordenamento no que existe unha previsión constitucional expresa en materia de irretroactividade, todo intento de vinculala ás esixencias de seguridade xurídica non pode menos que implicar unha ampliación dos supostos constitucionalmente prohibidos de retroactividade, o cal choca co criterio interpretativo do *favor legislatoris*²⁶.

O principio de irretroactividade aparece positivizado no ordenamento xurídico común en dous preceptos: o art. 9.3 da Constitución española, e o art. 2.3 do CC (tamén no art. 2 do vixente Código penal, o contido do cal é substancialmente idéntico ó da indicada norma constitucional).

Partindo do dato de que é ó lexislador a quen, na súa tarefa de configuración e renovación do ordenamento xurídico, lle corresponde establecer libremente as solucións necesarias para regula-los problemas que presenta a sucesión temporal das normas a través de concretas disposicións transitorias ou ben mediante unha norma xeral de conflito, no citado art. 9.3 da Constitución española impónselle ó propio lexislador uns límites constitucionais infranqueables no momento de deseñar ese dereito intertemporal, o que lle garante o principio de "irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restrictivas de dereitos individuais"²⁷.

O lexislador pode, polo tanto, introducir na norma nova específicas disposicións transitorias que prevexan a resolución dos problemas de dereito intertemporal que se formulan, sendo posible perfectamente que dote a aquela de eficacia retroactiva, sempre dentro dos concretos límites establecidos no mencionado art. 9.3 da Constitución española, que en caso de conculcarse darán lugar á súa inconstitucionalidade.

Cando iso non ocorre, é dicir, cando o lexislador non establece específicas disposicións transitorias, entra en funcionamento o outro precepto ó que fixemos referencia, o art. 2.3 CC, que actúa nestes casos como norma de conflito temporal supletoria ou xeral, que se encontra dirixida ó

²⁵ Respecto do principio de irretroactividade no sentido indicado, *vid.*, por exemplo, entre outras, a STC 227/88 (f. x. 9º).

²⁶ Díez-PICAZO, L. M., *op. cit.*, páx. 5990 e seg.

²⁷ Respecto dos límites constitucionais impostos á retroactividade, *vid.*, Díez-PICAZO, L.M., *op. cit.*, páx. 5991 e seg.

intérprete e aplicador do dereito, e, máis concretamente, en posición preeminente, ó xuíz encargado de resolve-lo problema formulado.

Fronte ó que sucede co art. 9.3 da Constitución española, o art. 2.3 CC non contén un mandato dirixido ó lexislador, precisamente porque, nun ordenamento presidido por unha Constitución ríxida e suprallegal, o CC carece de rango para establecer de maneira xeral a validez das normas²⁸. O art. 2.3 CC contén, iso si, unha regra vinculante para os operadores xurídicos, na que se lles ordena cómo deben interpretar e aplicar as normas en caso de sucesión temporal destas, establecendo a presunción *iuris tantum* de irretroactividade: as normas só teñen eficacia retroactiva se elas mesmas así o dispoñen; o que significa que, en ausencia dunha autoregulación respecto disto, ou de específicas disposicións transitorias, as ditas normas operan só *pro futuro*, é dicir, que o operador xurídico non pode outorgarlles efectos retroactivos.

De acordo co indicado estimamos que, mellor que sinalar que debe de prevalecer a seguridade xurídica como predicamento do principio de irretroactividade das leis consagrado no noso dereito (art. 9.3 da Constitución española) sobre a carencia de mandato expreso en contrario do lexislador, segundo indica a Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia na súa Sentencia 15/98, sería máis axeitado dicir que, a falta ou en defecto de específicas disposicións establecidas en concreto polo lexislador galego coa finalidade de poder resolve-lo problema de dereito intertemporal formulado, ó ser insuficiente a remisión que con carácter xeral se efectúa, para os efectos da súa resolución, ós principios que informan as disposicións transitorias do CC (disposición transitoria cuarta da LDCG), prevalece o principio de irretroactividade, en virtude do disposto no art. 2.3 CC, que actúa neste caso como norma de conflito temporal supletoria ou xeral, vinculante para o intérprete: “as leis non terán efecto retroactivo se non dispuxesen o contrario”.

A seguridade xurídica, entendida con fórmula esquemática como certeza sobre o ordenamento xurídico aplicable e os intereses xuridicamente tutelados²⁹, debe de prevalecer sempre, nos termos indicados anteriormente, por imperativo constitucional; naqueles casos dubidosos, como o que nos ocupa, nos que o ordenamento xurídico –neste caso, galego– non ofrece unha certeza suficiente como para poder resolve-la cuestión formulada, ante o silencio do lexislador, a regra ou principio xeral que debe de aplicalo intérprete é o da irretroactividade (art. 2.3 CC).

Coas históricas sentencias dictadas en casación pola Sala do Civil e Penal do TSX de Galicia, resólvese definitivamente o grave problema presentado en relación coa determinación da posible aplicación con ca-

²⁸ Díez-PICAZO, L. M., *op. cit.*, pág. 5991 e seg.

²⁹ STC 15/86 (f. x. 2º).

rácter retroactivo ou irretroactivo do disposto no art. 25 LDCG en materia de constitución de servidumes de paso por prescrición adquisitiva.

Deste xeito, a través da interpretación xurisprudencial, péchase un período de incertezas e de dúbidas provocado por unha inescusable falta de previsión lexislativa, o que pon de manifesto, como sinalabamos ó inicio deste comentario, que, tamén naqueles ordenamentos xurídicos que responden a un modelo de dereito de tipo legal, o labor desenvolvido pola xurisprudencia, tanto a través das decisións xudiciais como das formulacións realizadas pola doutrina científica, non se limita á simple aplicación mecánica da normativa contida nos textos, senón que, en determinadas ocasións, tamén se concreta claramente nunha importante actividade creadora do dereito, desenvolvendo o ordenamento xurídico, sobre todo cando o propio ordenamento, incomprendiblemente, non ofrezca solucións lexislativas a problemas concretos, a formulación dos cales resulte certamente previsible.

Que se resolverse o problema formulado no ámbito xurídico galego optando por solucionalo nun sentido determinado –irretroactividade– non quere dicir, evidentemente, que no futuro non se poidan formular outras cuestións conexas con aquel. Así, non é excluible que, como se dixo, durante os anos próximos se inicien litixios por parte de todos aqueles propietarios que, sendo conscientes de que no prazo de vinte anos, contados a partir da entrada en vigor da LDCG, o seu veciño pode adquirir por prescrición o dereito de paso cumprindo os requisitos establecidos no art. 25, pretendan evitar tal circunstancia acudindo ós xulgados e ós tribunais en defensa do seu dereito de propiedade libre de cargas ou gravames³⁰.

En calquera caso, na nosa opinión, este hipotético incremento no futuro da conflictividade, no suposto de que así se confirmase, non serviría para desmentir a validez da solución alcanzada nas presentes sentencias polo TSX de Galicia, solución esta que, na nosa opinión, se presenta xuridicamente no seu resultado final como a máis adecuada e acertada para resolver-lo difícil problema de dereito intertemporal tal e como aparecía formulado, a consecuencia da inhibición lexislativa. ■

³⁰ DIAZ FUENTES, *Dereito civil de Galicia*, cit., páx. 109 e 113 e segs.

SENTENCIAS

Sentencia núm. 15/98 de data 24 de setembro de 1998.

Tribunal: Sala do Civil e do Penal do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

Maxistrado relator: Ilmo. Sr. D. Pablo Saavedra Rodríguez.

Materia: acción negatoria de servidume de paso.

Conceptos básicos: dereito de propiedade e servidumes.

Comentario: o TSX de Galicia examina neste recurso o problema formulado sobre a posible retroactividade do disposto na parte final do artigo 25 da LDCG, referido á adquisición das servidumes de paso por usucapión, contestando as que considera dúas interrogantes básicas: a primeira, a de se o citado parágrafo do artigo contén unha norma de dereito transitorio clara a favor da retroactividade, ó que responde negativamente; e, a segunda, relativa a cómo se soluciona o dilema xurídico á vista dos principios que informan as disposicións transitorias do Código civil, ós que remite a disposición transitoria cuarta da LDCG, que procede a interpretar, concluíndo a irretroactividade da lei nova.

Lexislación citada:

▬ Lei 4/1995, do 24 de maio, do Parlamento de Galicia, de dereito civil de Galicia: art. 25; disposición transitoria 4^a.

▬ Lei 11/1993, do 15 de xullo do Parlamento de Galicia, reguladora do recurso de casación en materia de dereito civil especial de Galicia: art. 2, ap.1; art. 4.

▬ Lei 3/1992, do 1 de xullo, do dereito civil foral do País Vasco: disposición transitoria 4^a.

▬ Código civil español: art. 2.3; art. 4.3; art. 538; art. 1939; disposición transitoria 1^a; disposición transitoria 3^a.

▬ Constitución española de 1978: art. 9.3.

Fundamentos de dereito

Primeiro. O único motivo do presente recurso de casación, interposto ó abeiro do artigo 2º, apartado 1º, da Lei 11/93, do 15 de xullo do Parlamento de Galicia, denuncia infracción do artigo 25 da Lei 4/1995, do 24 de maio, tamén do Parlamento galego, de dereito civil de Galicia.

Argumenta para o efecto que, no presente litixio, os demandantes –hoxe recorridos– exercitaron unha acción negatoria de servidume, co obxecto de impedi-lo paso dos demandados –aquí recorrentes– por un camiño

que atravesas as súas propiedades. E que, contra tal pretensión, a representación destes opuxo fundamentalmente que os seus mandantes adquiriran o dereito de paso en virtude da súa posesión pública, pacífica e ininterrompida durante máis de vinte anos, tal e como permite o artigo 25 citado da Lei galega 4/1995 que textualmente di que: "A servidume de paso adquirese por lei, por dedicación do dono do predio servente ou por negocio xurídico bilateral, calquera que sexa a forma na que aquel se expresase. Igualmente, pódese adquirir pola súa posesión pública, pacífica e ininterrompida durante o prazo de vinte anos, que comezará a contarse desde o momento en que empezase a exercitarse.

Parte na súa argumentación de que ámbalas dúas sentencias, a de instancia e a de apelación, aceptan como probado que os demandados-recorrentes acreditaron a concorrencia na posesión dos catro requisitos legalmente establecidos para os efectos da usucapión, e considera que sobre esa base as sentencias deberían ter rexeitado a demanda, polo que ó non facelo infrinxen o precepto citado.

Considera, ó revés que a resolución de instancia e a da Audiencia, aquí impugnada, que a disposición ten forza retroactiva e que polo tanto se debeu computa-lo tempo de posesión do paso exercitado con anterioridade á entrada en vigor da Lei 4/1995 de dereito civil de Galicia, e conclúe, en apoio da súa tese, expoñendo as razóns de dereito en que a fundamenta: 1º) Interpretación gramatical do disposto no citado artigo 25. 2º) O artigo 25 contén unha norma específica de dereito transitorio. E 3º) Por aplicación da disposición transitoria 1ª do Código civil á que se remite a transitoria 4ª da Lei galega 4/1995.

Segundo. Deixando a un lado a cuestión relativa a se a declaración fáctica da sentenza obxecto de recurso dá por probado que a posesión dos demandados-recorrentes sobre o camiño litixioso reúne os requisitos de ser pública, pacífica, ininterrompida, e por máis de vinte anos, afirmación dos recorrentes que é cuestionada expresamente de adverso no seu escrito de impugnación do recurso, e que de ser destoutra forma levaría consigo o rexeitamento do motivo, e como consecuencia do recurso, cómpre analizar como primeira cuestión o debate xurídico de fondo sobre a posible retroactividade do artigo 25 da LDCG no punto relativo á adquisición por prescrición da servidume de paso, respondendo así, por outra parte, esta sala a un problema que está a xerar crecente litixiosidade e sobre o que xa se produciu abundosa literatura xurídica, ó tempo que se resolve o recurso formulado.

Terceiro. O problema sobre a posible retroactividade do disposto na parte final do repetido artigo 25 da LDCG, sobre a adquisición das servidumes de paso por usucapión, presenta dúas interrogantes básicas ás que cómpre responder. A primeira é a de se o citado parágrafo contén unha norma de dereito transitoria clara a favor da retroactividade, e a segunda,

para o caso de resposta negativa, é a de cómo se soluciona o dilema xurídico á vista dos principios que informan as disposicións transitorias do Código civil, ós que remite a disposición transitoria cuarta da LDCG para responder ós demais problemas de dereito intertemporal que se lle formulen por causa da súa entrada en vigor (os relativos ós arrendamentos rústicos e ás parcerías, ós que lles dedica especificamente as disposicións transitorias 1^a, 2^a e 3^a).

Convén, non obstante e con carácter previo, recordar que a norma básica que preside o noso ordenamento xurídico en materia de dereito intertemporal (art. 4.3 do Código civil) é a contida no artigo 2.3 do código, que establece que: “as leis non terán efecto retroactivo se non dispuxesen o contrario”, que debe prevalecer nos casos dubidosos ou de non constancia inequívoca da retroactividade da lei nova, a modo de presunción *iuris tantum* de irretroactividade da norma (SSTS 29/04/86 e 19/04/88).

Cuarto. Abordando desde esa óptica a análise do texto da parte final do artigo 25 da LDCG que indica que a posesión *ad usucapionem* “comezará a contarse desde o momento en que empezase a exercitarse”, utilizado polo recorrente e por parte, certamente minoritaria, da doutrina para defende-la retroactividade da lei neste punto, o primeiro que cómpre salientar é que non é un precepto claro e inequívoco a favor da retroactividade, xa que por un lado non fai referencia ningunha á vixencia da lei nova, como por exemplo o fai a norma correlativa do País Vasco (“a posesión dunha servidume de paso comezada antes da vixencia desta lei aproveitaralle ó posuidor para os efectos da súa adquisición por prescripción”), co que non é claro se se refire ó pasado ou só ó futuro a partir da vixencia da norma, que é a súa vocación ordinaria.

Por outro lado cómpre tamén salientar que admite outro tipo de interpretación, como puxo de relevo un sector da doutrina, totalmente allea ó dereito transitorio. Nese sentido o texto citado limitaríase a configurar como positiva a servidume de paso, indicando que o tempo de posesión se conta, por pertencer a ese tipo de servidumes, desde que aquela comeza a exercitarse, e non desde que o titular do predio servente realiza actos obstativos para o exercicio das facultades que o dereito real lle confire, e é moi significativa respecto disto a case idéntica redacción do precepto co disposto no artigo 538 do Código civil cando se refire ás servidumes positivas.

En segundo lugar, é necesario constatar que os traballos preparatorios da LDCG non aclaran tampouco cál foi a vontade respecto disto do lexislador de Santiago, pois se ben é certo que o precepto é froito da presión exercida polos xuristas galegos para que se regulamentase con urxencia o dereito a prescribi-las servidumes de paso no noso dereito, xa desde o Primeiro Congreso de dereito galego realizado na Coruña no ano 1972 non hai constancia, nos traballos da Comisión Parlamentaria nin na ex-

posición de motivos da lei, de que se lle quixese dar efecto retroactivo á norma.

Tampouco, desde o punto de vista da finalidade da lei, pode falarse da retroactividade tácita desta, pois o precepto nese punto nin está nos limitados casos admitidos pola xurisprudencia: disposición que condena, como incompatible para os seus fins morais e sociais, a situación anteriormente constituída (a título de exemplo SSTS 03/02/1914, 22/11/1918, 26/01/1980 da Sala do Contencioso-Administrativo, 05/07/1986 da Sala do Social e STC 9/1981 do 31 de marzo), disposición interpretativa doutra norma (SSTS 11/03/75 e 05/07/1986 da Sala do Social), ou disposición que teña por obxecto o establecemento dun réxime xeral e uniforme (SSTS 26/05/1969, e as repetidas do 05/07/1986 do Social e a do TC 9/1981, do 31 de marzo); nin é obrigado pensar que dada a súa finalidade debe ter aplicación retroactiva necesaria, xa que a vontade do lexislador galego ben puido se-la de establecer un período de tempo prolongado para a plena efectividade dunha norma que rompe coa estrutura consolidada polo Código civil ó longo de máis dun século.

En conclusión, pois, hai que dicir que non se pode facer unha interpretación inequívoca do precepto que conduza a unha aplicación retroactiva de norma, polo que debe prevalece-la *vis atractiva* do disposto no artigo 2.3 do Código civil a favor da irretroactividade.

Quinto. Cómpre, en consecuencia, busca-la solución nos principios que informan as disposicións transitorias do Código civil, ós que remite a transitoria cuarta da LDCG, a falta de disposición transitoria de aplicación específica tanto na lei coma no código.

No frontispicio deles encóntrase a modo de lema interpretativo de todas a seguinte declaración, que pode considerarse o primeiro e principal principio que as informa: "as variacións introducidas por este código, que prexudiquen dereitos adquiridos segundo a lexislación civil anterior non terán efecto retroactivo".

Os principios ou regras xerais encóntranse, ademais de no parágrafo inicial, nas catro primeiras transitorias, e son especiais as restantes, agás a 13ª que contén unha norma de "analogía iuris", idéntica á contida na transitoria 4ª da LDCG.

Estes principios básicos resúmeos a doutrina da seguinte forma:

1º) Irretroactividade en todo aquilo que a nova normativa poida prexudicar, dereitos xa adquiridos antes da entrada en vigor da lei nova, que se recoñecen explicitamente na extensión que tiñan de acordo coa lexislación baixo a que naceron, aínda que a lei nova non os contemple ou os regule de forma diferente (regra 1ª).

2º) Validez dos actos e contratos realizados baixo o imperio da lei vella, sempre que fosen válidos de conformidade con ela (regra 2ª).

3º) Irretroactividade das disposicións sancionadoras ou privativas de

dereitos dos actos ou omisións carentes de sanción na lei anterior, agás que a sanción fose máis benigna (regra 3ª).

4º Retroactividade das normas relativas ó exercicio, duración e procedemento para facer vale-los dereitos e accións (regra 4ª).

Por último é obrigada a referencia ó artigo 1939 do Código civil dada a súa condición de norma transitoria, segundo ten declarado a xurisprudencia (STS 16/11/1988), incluso con carácter previo ás outras pola súa condición de norma máis antiga. Específico para a prescrición, non é de aplicación directa ó suposto que nos ocupa, dado que a LDCG regulamenta *ex novo* a usucapión das servidumes de paso e o artigo 1939 refírese só á distinta regulamentación da prescrición dada pola lei nova en relación coa derogada, mais, en todo caso, mantén o principio de que a lei nova se aplica en exclusiva á prescrición comezada logo da súa vixencia, e só excepcionalmente (prazos) pode falarse da súa aplicación retroactiva de forma limitada.

A aplicación destes principios obriga a pronunciarse pola irretroactividade do disposto no inciso final do artigo 25 da LDCG, como así o fixeron tanto a sentenza do Xulgado número 1 de Vigo como a recorrida da Audiencia de Pontevedra (sección 3ª), e como unanimemente nas súas resolucións o veñen facendo tódalas audiencias galegas (cómpre sinalar que o criterio sostido inicialmente pola Audiencia de Ourense na súa Sentencia do 19/03/1996 foi modificado con posterioridade pola do 10/03/1997).

Tanto se se contempla o problema desde o prisma dos dereitos adquiridos na extensión que tiñan recoñecida pola lei vella, (prefacio e transitoria 1ª) como se se ve desde a óptica da inactividade do dono do predio servente que carecía de sanción na lexislación anterior (transitoria 3ª), como tamén se se mira ó momento en que deben comezar a computarse os prazos prescricivos (artigo 1939), a conclusión é sempre a da irretroactividade da lei nova.

A seguridade xurídica, predicamento do principio de irretroactividade das leis consagrado no noso dereito (artigo 9.3 da Constitución española), debe prevalecer sobre a carencia de mandato expreso en contra do lexislador.

Sexto. En conclusión, cómpre rexeita-lo motivo e con el o recurso, confirmando a resolución obxecto do mesmo, sen facer especial pronunciamento en canto ás custas desta casación (artigo 4 da Lei 11/1993 do Parlamento galego), mais con declaración da perda do depósito constituído, ó que segundo o artigo 1715 da Lei de procesamento civil se lle dará o destino legal.

Resolución: rexeitamento do recurso de casación.

Sentencia núm. 16 de data 24 de setembro de 1998.

Tribunal: Sala do Civil e do Penal do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

Maxistrado relator: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Trillo Alonso.

Materia: acción negatoria de servidume de paso, de acueducto e conducción eléctrica.

Conceptos básicos: dereito de propiedade e servidumes.

Comentario: o TSX de Galicia examina neste recurso o problema formulado sobre a posible retroactividade do disposto na parte final do artigo 25 da LDCG, referido á adquisición das servidumes de paso por usucapión. Tras realizar unha interpretación xurídica do mencionado precepto, partindo dos principios establecidos no artigo 3 do Código civil, chegou á conclusión de que non é posible admiti-lo carácter retroactivo da dita norma. Procédese a examina-la cuestión debatida desde a óptica do artigo 1939 do Código civil e da súa disposición transitoria primeira –normas estas ás que, segundo os recorrentes, remitirá a disposición transitoria 4ª da citada Lei 4/1995, de dereito civil de Galicia– que alcanza a mesma conclusión anteriormente sinalada: irretroactividade da lei nova.

Legislación citada:

▮ Lei 4/1995, do 24 de maio, do Parlamento de Galicia, de dereito civil de Galicia: art. 25; disposición transitoria 4ª.

▮ Lei 11/1993, do 15 de xullo, do Parlamento de Galicia, reguladora do recurso de casación en materia de dereito civil especial de Galicia: art. 2, ap. 1; art. 4.

▮ Lei 3/1992, do 1 de xullo, do dereito civil foral do País Vasco: disposición transitoria: 4ª.

▮ Lei 15/1967, do 8 de abril, da Compilación do dereito civil especial de Aragón: disposición transitoria: 10ª.

▮ Código civil español: art. 2.3; art. 3; art. 538; art. 1939; disposición transitoria: 1ª.

Fundamentos de dereito

Primeiro. Ó amparo do ordinal 1º do artigo 2º da Lei 11/1993, do 15 de xullo, reguladora do recurso de casación en materia de dereito civil especial de Galicia, os recorrentes aducen, como único motivo, a infracción do artigo 25 da Lei 4/1995, do 24 de maio, do dereito civil de Galicia, ó entender que na sentenza da Audiencia Provincial de Lugo se realiza unha aplicación indebida do dito precepto, en canto considera o expresado tribunal que non pode aplicarse retroactivamente a falta dun pronunciamento expreso do lexislador que afirma como inexistente.

Segundo. En efecto, o fundamento de dereito cuarto da sentenza recorrida en casación nega a aplicación retroactiva do citado artigo 25, e expresa que “certo é que falta un pronunciamento específico do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que é o competente para crear xurisprudencia respecto disto, no que atinxe á aplicación retroactiva do disposto no artigo 25 da Lei 4/1995 do dereito civil de Galicia. Non obstante a inexistencia de tal xurisprudencia, o certo é que este tribunal, como tamén o resto das audiencias provinciais de Galicia coa soa excepción dun pronunciamento da AP de Ourense pero xa contradito por outros posteriores, ten indicado que non se pode estimar, sen que haxa pronunciamento expreso do lexislador, a aplicación retroactiva da lei, pois senón veríanse crebados posicionamentos e actitudes mantidos polos propietarios dos predios que, coñecían que, segundo a lexislación común, non se gañaba a usucapión polo feito de que fose consentido o paso, o que agora podería dar lugar a situacións de inxustiza ou incerteza xurídica que irían, incluso, máis alá cás propias situacións fácticas que a regulación galega está chamada a solucionar.

Polo tanto, a petición do actor de entender que o seu predio está libre tense que ver estimada segundo o propio principio xeral de que a propiedade se presume libre, e como neste preito non se acreditou que o dereito de paso se acadara por algún dos xeitos de adquisición que se dispoñen no propio art. 25 da lei galega (Lei de dedicación do predio servente, negocio xurídico ou usucapión) é polo que, neste punto, ten que verse estimada a demanda rectora”.

Terceiro. En oposición frontal á anteriormente indicada fundamentación xurídica, entenden os recorrentes que o precepto contén un pronunciamento expreso de retroactividade, que invoca para o efecto a súa necesaria interpretación consonte as regras establecidas no artigo 3 do Código civil, obrigando así a esta sala a se pronunciar por primeira vez sobre unha cuestión amplamente discutida no ámbito doutrinal e sobre a que xa se manifestaron numerosas sentencias das audiencias provinciais do territorio que comprende este Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, todas elas rexeitadoras da aplicación retroactiva, a excepción, que saibamos, dunha da Audiencia Provincial de Ourense de data 19 de marzo

de 1996, contra a que se interpuxo recurso de casación ante esta sala, estimado por Sentencia do 11 de outubro de 1996, na que se acollía o primeiro motivo do recurso relativo á aplicación indebida do artigo 25 da Lei 4/1995, do 24 de maio, a un preito iniciado por demanda interposto o 12 de abril de 1995 e no que recaeu sentenza en primeira instancia o 4 de setembro seguinte.

Na indicada sentenza deste tribunal, innecesario foi examinala natureza ou non retroactiva do mencionado artigo 25, pois suficiente era fundamentar para a estimación do motivo casacional a incorrección que supoñía aplicarlle á cuestión debatida unha lexislación que non só non entrase en vigor no momento da presentación do escrito da demanda senón tamén ó tempo no que recaeu sentenza en primeira instancia.

Cuarto. A frase utilizada no artigo 25, relativa a que o prazo de vinte anos “comezará a contarse desde o intre en que empezase a exercitarse”, contén na expresión “empezase a exercitarse” unha incuestionable referencia a un tempo pasado, mais disto non se deduce a natureza retroactiva do precepto.

Nunha interpretación gramatical –entendemos máis axustado falar de elemento gramatical interpretativo–, primeira á que acoden os recorrentes para soste que o lexislador establece expresamente a retroactividade, poderíase chegar a entender que a referencia a ese tempo pasado non en contra o seu límite na entrada en vigor da Lei 4/1995, e comprende o tempo de posesión transcorrido antes da súa vixencia, mais non o entendemos así desde a perspectiva interpretativa exposta, pois o emprego polo lexislador do tempo imperfecto de subxuntivo tamén pode significar que a utilización do dito tempo o é para os seus efectos de concreta-lo *dies a quo* a partir do que debe iniciarse o cómputo de vinte anos, isto é, sen que conteña un pronunciamento expreso sobre o dereito transitorio ou intemporal, que é o que en definitiva esixe o artigo 2, apartado 3 do Código civil ó dicir que “as leis non terán efectos retroactivos senón dispuxesen o contrario”.

E non compartímo-lo posicionamento do recorrente, pois dada a natureza excepcional da retroactividade non é susceptible de interpretación extensiva e si o sería aquela que ante unha expresión equívoca, cal é a que analizamos, chegase á conclusión da natureza retroactiva do artigo 25.

Insistindo no exposto parece oportuno lembrar que o parágrafo 3 do artigo 2 do Código civil ten un carácter interpretativo, dirixido ó xuíz, que o obriga a entender que no caso de dúbida debe decidirse pola non retroacción da lei, e que mesmo naqueles casos en que a lei dispoña que se aplique retroactivamente, ha de facelo prudentemente e con sentido restrictivo.

Quinto. Desbotando, conforme o anteriormente exposto, o elemento gramatical ou literal como suficiente de seu para sustenta-la tese dos re-

correntes en prol da retroactividade do artigo 25, unha interpretación xurídica esixe, incluso aínda que admitisemos que gramaticalmente existe unha aparencia clara a favor da natureza retroactiva do precepto, acudir ós demais elementos interpretativos que o artigo 3 do Código civil facilita.

Respecto disto convén xa indicar que un exame das distintas etapas polas que pasou a elaboración da Lei 4/1995 revélanos que en ningunha delas se fixo mención expresa a favor ou en contra da retroactividade do artigo 25, e iso malia que precedentes legislativos existían nun e noutro sentido, concretamente, a favor da retroactividade, a disposición transitoria cuarta da Lei 3/1992, do 1 de xullo, do dereito civil foral do País Vasco ó dispoñer que “a posesión dunha servidume de paso comezada antes da vixencia desta lei aproveitaralle ó posuidor para os efectos da súa adquisición por prescrición”, e en contra, a disposición transitoria décima da Lei 15/1967, do 8 de abril, da Compilación do dereito civil especial de Aragón, ó expresar que “na aplicación das modificacións introducidas no réxime de usucapión de servidume (arts. 147 e 148) o termo conta-se a partir do día da súa entrada en vigor”.

E tampouco resulta ocioso recordar, para corrobora-lo xa dito verbo de que o artigo 25 non contén disposición de carácter transitorio, que a frase “empezase a exercitarse” utilizada no dito artigo non difire esencialmente da empregada polo artigo 538 do Código civil que establece como día para o inicio do cómputo da posesión que orixina a adquisición da prescrición das servidumes positivas prevista no artigo anterior –e a servidume de paso é unha delas– aquel en que o dono do predio dominante, ou o que aproveitase a servidume, “empezase a exercela sobre o predio servente”.

Certo é que a realidade social do campo galego demandaba a necesidade de recoñecer e regula-la adquisición por usucapión da servidume de paso –e sirva só a título de exemplo o I Congreso de dereito galego ou a Sentencia deste tribunal do 25 de xaneiro de 1995– e certo é que o emprego do adverbio “fundamentalmente” polo artigo 3 do Código civil denota a necesidade dunha atención especial no labor interpretativo ó espírito e á finalidade das normas, pero nin o un nin o outro permiten entende-la natureza retroactiva tácita do tantas veces citado artigo 25, pois se ben a manifestación da retroactividade non require unha forma expresa, e está fóra de toda dúbida o dito carácter cando o contido da lei nova revele claramente que para que poida ser debidamente aplicada debe dársele efecto retroactivo (Sentencia do Tribunal Supremo do 26 de novembro de 1934) ou cando así o esixa a ética ou o ben común ou cando a finalidade que persegue é establecer un réxime xeral e uniforme (Sentencia do Tribunal Supremo do 26 de maio de 1969) ou cando se trate de normas interpretativas, complementarias, de desenvolvemento ou executivas

doutras vixentes (Sentencia do Tribunal Supremo do 11 de marzo de 1975), ningunha das expresadas circunstancias concorren no suposto de autos, e é de significar respecto disto que a interpretación debe ser restrictiva en defensa da seguridade xurídica, como o corroboran os moi concretos e limitados supostos nos que se admitiu a xurisprudencia, fundamentalmente en materia de filiación (Sentencia do Tribunal Supremo do 12 de xullo de 1985) e en aplicación do artigo 921 bis da Lei de procesamento civil (Sentencia do mesmo tribunal do 30 de maio de 1988).

Sexto. Chegando á conclusión, consonte todo o anteriormente exposto, de que desde unha interpretación xurídica do artigo 25 da Lei 4/1995 e á luz do artigo 3 do Código civil, non é posible admiti-lo carácter retroactivo da dita norma, cómpre examina-la cuestión formulada desde a óptica do artigo 1939 do Código civil e da súa disposición transitoria primeira, en canto ás ditas normas se refiren os recorrentes no escrito de formalización do recurso de casación, que expresa que a disposición transitoria cuarta da citada Lei 4/1995 se remite ós principios que informan as disposicións transitorias do Código civil.

O artigo 1939 do Código civil, considerado pola xurisprudencia como dereito transitorio común, contén unha norma especial con relación á disposición transitoria primeira do dito texto legal, e é a de que a prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, se rexe pola lei vixente no momento en que o fenómeno de prescripción comezou a producirse.

Do seu inciso primeiro fácil é deducir que a lei nova non se aplica ás prescripcións que se encontrasen en curso, baixo o imperio da lexislación anterior.

Pois ben, ó ser isto así, e ó ir referido exclusivamente o seu segundo parágrafo a un acurtamento do prazo prescricional pola nova lexislación, obrigado é negarlle efectos adquisitivos á usucapión gañada baixo a vixencia do Código civil que non permitía tal modo de adquirir; e o mesmo procede dicir para os efectos de suma-lo período transcorrido baixo a anterior normativa.

A igual solución rexeitadora chegamos se a normativa que se aplica é a disposición transitoria primeira do Código civil, que certamente contempla o suposto de autos no seu inciso segundo, e que non é outro que o da declaración por primeira vez dun dereito.

Para o dito suposto de recoñecemento por primeira vez dun dereito, a disposición transitoria que analizamos contén unha regra xeral en prol da retroactividade ó dicir que "terá efecto desde logo, aínda que o feito que o orixine se verificase baixo a lexislación anterior" e unha excepción ó condicionala para aqueles casos en que prexudique outro dereito adquirido, de igual orixe.

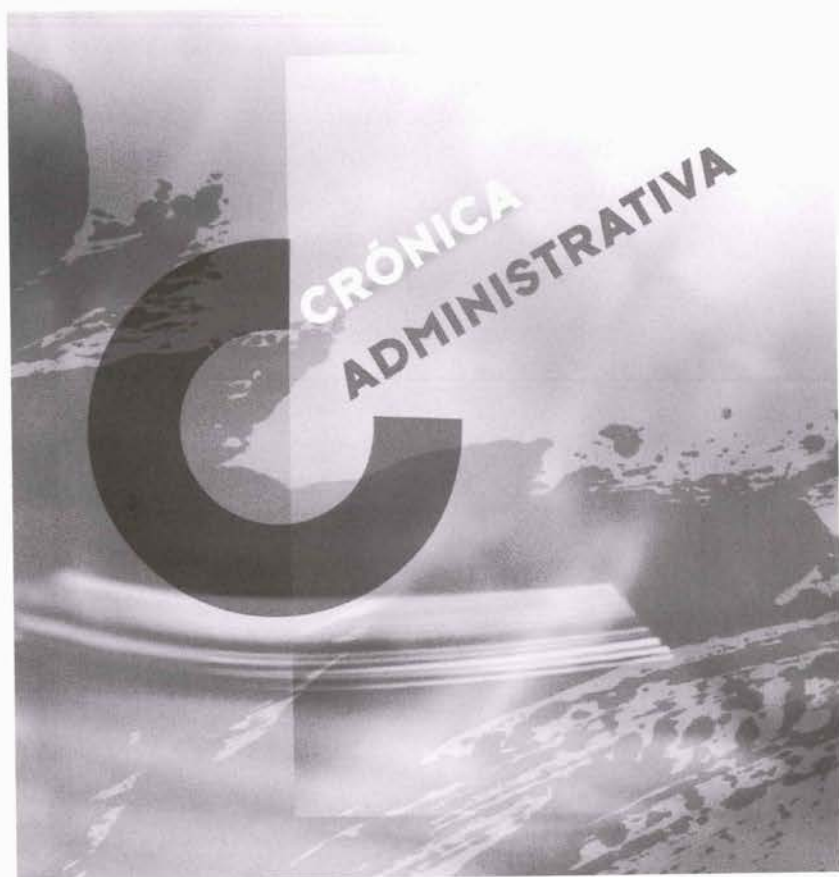
Aplicando a dita disposición transitoria ó caso debatido, necesario é salientar que o hoxe aquí recorrido, en canto titular do predio pretendi-

damente servente, se vería prexudicado pola aplicación do artigo 25 da Lei 4/1995 que reconece por primeira vez o dereito de adquirir por usucapión a servidume de paso.

A colisión entre o dereito do titular do predio pretendidamente servente, non limitado por dereito real de servidume, e o dos recorrentes a adquirir por usucapión, parece fóra de toda dúbida, e entendendo como entendemos que a mención legal a dereitos “de igual orixe” se refire a aqueles de igual natureza ou que se proxectan sobre unha mesma materia, a decisión de adoptar non pode ser outra que a xa adiantada.

Sétimo. O rexeitamento do único fundamento en que se basea o recurso comporta o seu rexeitamento, sen facer especial pronunciamento sobre o pagamento das custas ó non apreciar temeridade ou mala fe (artigo 4 da Lei 11/1993, do 15 de xullo).

Resolución: rexeitamento do recurso interposto pola representación procesual.



XORNADAS SOBRE CONDICIÓNS XERAIS DA CONTRATACIÓN E DA PROTECCIÓN DO CONSUMIDOR

(EGAP, 15, 16 e 17 de xuño de 1998)

María de la O Cores Lamas

Bolseira de colaboración en tarefas de investigación da EGAP

○ movemento consumista desenvolvido nos últimos anos foi un feito decisivo na toma de conciencia, por parte do consumidor, da importancia e transcendencia que teñen as cláusulas e condicións xerais que se contemplan nos contratos que se realizan de cotío.

Coa aprobación da Lei de condicións xerais da contratación (Lei 7/98, do 13 de abril) trasponse a Directiva 93/13/CEE, do Consello, do 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, na que tamén se regulan as condicións xerais da contratación. A nova lei pretende protexer non só os lexítimos intereses dos consumidores e usuarios, senón tamén os de calquera que contrate cunha persoa que utilice condicións xerais na súa actividade contractual. Aínda que na normativa española se contemplaba amplamente a regulación desta materia na Lei xeral para a defensa dos consumidores e usuarios, do 19 de xullo de 1984, a maior extensión da norma europea fixo necesaria unha adecuada trasposición desta. A nova lei, ademais, implica modificacións de importancia sobre a lexislación xeral relativa á defensa e á protección do consumidor.

A Escola Galega de Administración Pública e o Instituto Galego de Consumo organizaron conxuntamente unhas xornadas sobre as condicións xerais da contratación que se desenvolveron no salón de actos da escola durante os días 15, 16 e 17 de xuño de 1998, coa finalidade principal de procurar un coñecemento panorámico e completo da nova lei estatal aprobada e promulgada en desenvolvemento da Directiva europea sobre cláusulas abusivas. As xornadas contaron cunha nutrida asistencia de máis de duascenas persoas, entre profesionais do dereito, asesores xurídicos das administracións públicas, secretarios municipais e xuristas de asociacións de consumidores. Durante os tres días de debate, destacados xuristas españois e galegos expresaron posturas, enfrontadas en moitos casos, sobre o contido legal da normativa.

Segundo afirmou o director da EGAP, Domingo Bello Janeiro, un dos aspectos salientables da lei é que ademais de acabar coa chamada "letra pequena" dos contratos, considera a "nulidade parcial", figura pola que as cláusulas abusivas que son declaradas nulas non impiden o mantemento da validez do contrato realizado.

O primeiro relatorio das xornadas estivo a cargo do catedrático da Universidade Complutense de Madrid Manuel García Amigo, co título "A política europea de protección do consumidor e a Directiva 93/13/CEE", quen afirmou que segundo se establece no artigo primeiro, apartado primeiro e considerando VII, esta importante norma comunitaria ten o propósito confesado de "aproximar as disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos estados membros sobre as cláusulas abusivas nos contratos realizados entre profesionais e consumidores" e que "esta protección deberían proporcionala as disposicións legais e regulamentarias harmonizadas no ámbito comunitario ou adoptadas directamente a ese nivel", polo que a directiva pretende non só harmonizala xa existente na lexislación positiva dos estados membros, senón tamén introduci-la protección dos consumidores cando non estea aínda na dita lexislación positiva de nivel nacional.

De seguida, Luis Humberto Clavería Gosálbez, catedrático de dereito civil da Universidade de Sevilla, pronunciou unha conferencia sobre a predisposición do contido contractual, a cal tivo por obxecto facer unha reflexión sobre o fenómeno da predisposición á luz da nova lei sobre condicións xerais da contratación, e inevitablemente fixo unha crítica, non só polo feito, segundo dixo o relator, de que se trate dunha lei especialmente importante que acaba de aparecer, senón sobre todo porque, en moitos aspectos, constitúe un espectacular exemplo de como non debe facerse unha lei, xa que se perdeu a oportunidade de elaborar un texto útil, claro e operativo. Á pregunta de cómo debía ser unha lei sobre con-

dicións xerais razoable, antes de abril de 1998, o profesor Clavería lanzou a seguinte idea: "facer unha lei que, respectando o marco da Directiva 93/13, fose o máis parecida posible á Lei alemá de condicións xerais do 9 de decembro de 1976, facendo algunhas adaptacións ás nosas circunstancias e suprimindo algúns preceptos. Obviamente cabía tamén facer unha lei española orixinal tecnicamente adaptable, pero, se non se atrevían os redactores a tanto, quedaba a solución da prudente imitación dunha lei estranxeira, como a apuntada".

A continuación, Carlos Vattier Fuenzalida, catedrático da Universidade de Burgos, na súa intervención sobre as cláusulas abusivas nos contratos de adhesión, afirmou que, en efecto, as cláusulas dos contratos de adhesión para seren válidas e eficaces deben reunir certos requisitos, tanto externos como internos, a verificación dos cales en sede xudicial se dá a través do control de incorporación e do control do contido; a estes mecanismos de control, únense as regras sobre a interpretación do contrato, algunhas das cales serven tamén para a integración do seu contido.

Os requisitos de incorporación teñen por finalidade asegurar a transparencia do clausulado, isto é, que o adherente poida coñecer, alcance o coñecemento efectivo e acepte a súa inclusión no respectivo contrato de adhesión.

Así, segundo se establece na nova lei, as condicións xerais deben redactarse con claridade, concreción e sinxeleza, e deben ademais ser aceptadas expresamente, trala información da súa existencia e entrega dun exemplar destas. A aceptación prodúcese coa sinatura do contrato escrito, e presenta modalidades diversas nos contratos que non constan por escrito e os realizados por teléfono ou por medios electrónicos. Segundo o artigo 7, exclúense as cláusulas opacas, é dicir, as ilexibles, as ambiguas e as incomprendibles, que non sexan aceptadas por escrito ou que non se axusten ás normas específicas sobre transparencia. En fin, determina o artigo 9.1 que a exclusión das cláusulas opacas ou non transparentes se declara por sentenza xudicial por petición do adherente.

Así mesmo, conforme o novo artigo 10 da Lei de consumidores e usuarios, tanto a oferta ou promoción como as cláusulas non negociadas deben ser concretas, claras, sinxelas, comprensibles e non conteren reenvíos a documentos que non se faciliten ou que non consten no momento de realizarse o contrato.

Unha vez superado este control de incorporación, os contratos de adhesión, igual ca tódolos contratos, deben ser interpretados para esclarece-lo seu sentido e alcance. Para os contratos realizados polos consumidores, a LCU limítase, por unha parte, a reproducir literalmente a regra de interpretación *contra proferentem* prevista polo artigo 1288 do Código civil no sentido de que as dúbidas se deben resolver a favor do adherente; pero, por outra parte, sinala que para aprecia-lo carácter abusivo das

cláusulas se deben ter en conta estes aspectos: o obxecto do contrato, as circunstancias que concorren no momento da realización e as demais estipulacións do contrato ou das que este dependa. Estes tres aspectos correspóndense cos criterios hermenéuticos dos artigos 1282, 1285 e 1286 do Código civil, co que se produce unha dobre e incongruente remisión.

Pola tarde, as xornadas comezaron coa intervención de Lourdes Tejedor Muñoz, profesora titular da UNED de Madrid, quen explicou amplamente os requisitos de incorporación contractual das condicións xerais e afirmou que son aqueles que debe reunir ou cumprir unha condición xeral para que pase a formar parte do contido do contrato. Na súa exposición, a profesora aclarou que falar do que a lei chama “requisitos de incorporación” é falar do que tradicionalmente se chama “control de inclusión das condicións xerais” e que, para iso, se idearon unha serie de mecanismos de control que deben supera-las condicións xerais en diferentes momentos da vida do contrato, e a modo de protección para quen contrata someténdose a elas.

Efectivamente, entre estes controis destaca un primeiro control, “o de inclusión”, normalmente considerado pola doutrina como requisito de orde formal, e que se realiza, precisamente, para que as condicións xerais, se cumpren “os requisitos de incorporación”, poidan pasar a formar parte do contido do contrato singular.

Unha vez que a cláusula xa forma parte do contrato, a este pódono seguir outra serie de controis posteriores, como o de contido, considerado tradicionalmente como un requisito de orde material, que se realiza para asegurar que non existe un desequilibrio dos dereitos e obrigas do adherente ou, utilizando a terminoloxía da lei, para saber se unha cláusula é ou non abusiva.

Unha vez vistos os requisitos de incorporación, a relatora considerou conveniente facer unha puntualización importante sobre a función que estes cumpren. Sobre esta cuestión afirmou que está estreitamente unida á debatida natureza xurídica asignada ás condicións xerais da contratación.

Así, xunto a unha longa e tradicional controversia entre normativistas e contractualistas, media un estudio sobre a materia, no que o profesor Alfaro considera que as condicións xerais se integran no contrato como unha “concreción da boa fe por parte das empresas”.

A lei parece poñerlle punto final a esta cuestión, triunfa a tese contractualista e é necesario, para que as condicións xerais formen parte do contrato, que o adherente acepte a súa incorporación neste.

A continuación, o segundo relatorio da tarde estivo a cargo da vicedecana da Facultade de Ciencias Sociais e Xurídicas e profesora titular da Universidade Carlos III de Madrid, Lourdes Blanco Pérez Rubio, quen fixo unha exposición sobre a ilicitude das cláusulas de submisión expresa, explicando que na práctica comercial é moi frecuente que os contratos

incorporen cláusulas en virtude das cales un dos contratantes teña que someterse, para os posibles litixios que poidan xurdir da súa relación contractual, ós xulgados ou tribunais establecidos pola outra parte contratante. Son as denominadas cláusulas de submisión expresa, legalmente admitidas, pero que incorporadas nos contratos de adhesión ou en condicións xerais da contratación, ó viren pre-redactadas polo profesional e impostas, lle causan un grave prexuízo ó consumidor polo desequilibrio que se produce entre os dereitos e as obrigas das partes.

Durante os últimos anos, observouse como o consumidor, consciente deste prexuízo, acudiu ós tribunais para reclama-la nulidade das cláusulas de submisión expresa. Moitas foron as sentencias dictadas polo Tribunal Supremo con respecto a isto; elaborouse con elas unha doutrina que, ante o silencio da Lei xeral para a defensa dos consumidores e usuarios, do 19 de xullo de 1984, e por influencia da Directiva 93/13, do 5 de abril, sobre cláusulas abusivas nos contratos realizados con consumidores, veu consideralas abusivas.

En todo caso estimáranse cláusulas abusivas os supostos de estipulacións que se relacionan na disposición adicional da lei.

A citada disposición adicional contén unha lista enunciativa, cualificable como lista negra (fronte á anterior, que contiña o derogado artigo 10 da LCU, que era cualificada de gris), de cláusulas abusivas que incorpora non só as declaradas nulas pola directiva, senón, como sinala a exposición de motivos da LCXC, "ademais as que de acordo co noso dereito se consideran claramente abusivas". Entre elas, e co número 27 (igual ca no proxecto de lei), están as de submisión expresa a unha determinada xurisdicción.

A submisión expresa a unha determinada xurisdicción é perfectamente válida e admitida pola Lei de procesamento civil. Como pacto que é, precisa do consentimento das dúas partes contratantes, consentimento que non se dá nos contratos realizados entre profesionais e consumidores cando as cláusulas foron pre-redactadas de forma unilateral e impostas polo pre-dispoñente.

No segundo día de realización das xornadas, tivo lugar unha conferencia que pronunciou o director da Escola Galega de Administración Pública, Domingo Bello Janeiro, titulada "Cláusulas de exoneración ou limitación da responsabilidade". Segundo dixo o responsable da EGAP, na sociedade actual preséntanse problemas nas relacións contractuais como a ruptura do principio de igualdade e do de liberdade de contratación. Así, afirmou, que no tráfico xurídico vemos continuamente como fronte ó consumidor individual están as grandes compañías ou empresas que só lle permiten a opción de contratar baixo as súas condicións, incluso cando se trata de servicios imprescindibles, como o teléfono ou a luz, ou impostos pola lexislación, como os seguros obrigatorios. É por iso

imprescindible –engadiu– a intervención da Administración para garanti-la protección do denominado contratante débil.

Tamén puxo de relevo a falta dun procedemento xudicial rápido e de baixo custo, que posibilite as reclamacións de danos polo consumo de bens e servicios, especialmente cando son de escasa contía, como un dos obstáculos que se presentan á hora de acadar-la garantía e a tutela dos dereitos de consumidores e usuarios. A adecuada protección do consumidor –dixo– ten que pasar necesariamente por analizar previamente polo miúdo os límites das cláusulas de redución ou exoneración de responsabilidade.

A pesar do dito, Bello Janeiro considera que a nova Lei estatal sobre condicións xerais de contratación é un paso importante porque acaba coa chamada “letra pequena” dos contratos e incrementa substancialmente a protección dos consumidores ó introduci-la definición de “cláusula abusiva” e ó establecer unha enumeración enunciativa destas cláusulas.

O director da EGAP explicou que a nova normativa o que vén facer é anular todas aquelas cláusulas que rompan o desequilibrio das partes. Así mesmo, e como novidade, regúlanse as limitacións indirectas, que adoitan ser aquelas que espertan poucas sospeitas do seu carácter abusivo. Un exemplo disto é o das cláusulas dalgúns contratos polas que o consumidor ten que renunciar ó seu propio foro, o que supón que ten que someterse ós tribunais doutra localidade distinta á súa. “Isto –engade Bello Janeiro– dificulta enormemente a reclamación do usuario, que finalmente decide non reclamar”.

Na súa intervención, deu conta, con carácter eminentemente práctico, das decisións xudiciais máis relevantes que se produciron con ocasión dos litixios suscitados por consecuencia da inserción das cláusulas da moderna contratación.

Neste sentido lembrou algúns dos casos, como o dunha sentenza do Tribunal Supremo de 1953 na que se declarou nula a cláusula que figuraba nun billete gratuito concedido por Renfe pola que esta se exoneraba de “calquera clase de prexuízos que se lle puidesen ocasionar ó portador daquel”.

Trala conferencia de Bello Janeiro, a profesora da Universidade Nacional de Educación a Distancia, María Teresa Bendito Cañizares, pronunciou unha conferencia sobre “A impugnación xudicial das condicións xerais da contratación”, na que fixo referencia ós medios dos que dispón o consumidor para exercita-los seus dereitos; para facelos valer cando sexan lesionados no tráfico xurídico. Pero aínda máis, segundo dixo a relatora, circunscríbese ós que teñen fronte unha das posibles instancias que existen no noso dereito como é a xudicial, polo que nos movemos nun dos específicos modos de control das condicións xerais da contratación.

O consumidor e usuario, trala aprobación da Lei 7/98, debe recoñe-

cerlle ó lexislador español o feito de idear e de establecer novas fórmulas de control xudicial das condicións xerais da contratación no tráfico, xa que a tutela dos seus dereitos relativos ó eido da contratación en masa se especifica nas accións xudiciais que poderá levar adiante.

Así, afirmou, que de forma individual poderá exercer tanto a acción de nulidade como a declarativa de non incorporación dunha condición xeral de contratación.

Tamén, de forma colectiva, verá como o lexislador dispensa as asociacións de consumidores e usuarios da posibilidade de iniciar accións que faciliten o seu status de consumidor ou usuario, pois ó impedir que se utilicen ou recomenden determinadas condicións xerais de contratación estarán preservando e prevendo os dereitos dos consumidores no tráfico. E, de forma difusa, porque as asociacións de consumidores e usuarios poderán exercer a defensa dos intereses difusos dos consumidores. Inclusive poderán facelo con peticións de indemnización de danos e prexuízos, o que supón un grande achegamento ás accións de clase propias do dereito anglosaxón, e unha concreción da declaración contida no artigo 7.3º da Lei orgánica do poder xudicial.

E é claro que na tutela xudicial, pola que opta o lexislador, dos intereses económicos dos consumidores desempeñan un papel primordial as asociacións de consumidores e usuarios, entes dos que xa non poderá dicirse que non constituirán un remedio efectivo fronte ó abuso do máis forte no tráfico.

O catedrático de dereito civil da Universidade Nacional de Educación a Distancia, Carlos Lasarte Álvarez, profundo coñecedor da materia e á vez colaborador na organización destas xornadas, iniciou a sesión da tarde pronunciando unha conferencia onde tratou o tema da nulidade parcial e da integración do contrato. O profesor Lasarte fixo referencia a varias sentencias do Tribunal Supremo, das cales, por poñer algún exemplo, cabe destaca-la Sentencia do 11 de marzo de 1985 na que se fai alusión a que non se pode dicir que sexa incongruente unha sentenza que outorgue menos do pedido, e sen extralimitarse sexa axeitada ás peticións e alegacións das partes sen saír do seu ámbito, por se acolleren só parte das súas peticións e porque non se alterou de ningún modo a *causa petendi*, sempre referida, na reconvenção e na sentenza, á nulidade do contrato novatorio, e non constitúe incongruencia, polo tanto, decretar só a nulidade parcial deste, desde o ángulo no que agora se examina a congruencia, porque esa posibilidade foi xa recoñecida pola doutrina e a xurisprudencia, é dicir, a de compatibilidade da concorrencia nun mesmo acto ou negocio xurídico de pactos válidos e de pactos nulos, sen que a nulidade transcenda a totalidade do negocio, como noutro aspecto declarou xa este tribunal ó se referir á nulidade parcial do prezo nas contratos normados.

Por outra parte fixo referencia a outra sentenza tamén do Tribunal Su-

premo de data 16 de setembro de 1986 na que se di que a existencia dun contrato normado permite aplica-la doutrina da nulidade parcial do contrato ou a revisión de axuste das prestacións levada ó momento da perfección do contrato, para a súa adecuación á legalidade, sen que iso comporte a nulidade total do contrato.

De seguida o último relatorio da tarde no segundo día das xornadas, titulado "Pasado e porvir da noción de contrato", estivo a cargo do profesor da Universidade de Salamanca, Mariano Alonso Pérez, quen despois de facer referencia ó valor cardinal do contrato na súa significación histórica e moderna, así como ás funcións económicas e sociais do contrato na súa perspectiva clásica e na súa configuración liberal, se centrou nos propósitos perennes e actuais do contrato, facendo referencia ás finalidades ou funcións de índole xurídica. Segundo afirmou o relator, o contrato como creación suprema da ciencia do dereito cumpre tarefas ou funcións xurídicas insubstituíbles. Entre outras, mencionou a de crear obrigas patrimoniais, alteralas ou terminalas mediante a autolimitación ou voluntaria aliñación da propia liberdade. A limitación da liberdade persoal trae consigo o beneficio de satisfacer intereses ou necesidades dos obrigados.

Por outra parte resaltou, entre outros aspectos, que o contrato contribúe decisivamente á concordia social: á lealdade nos tratos e ó respecto á palabra dada, como fundamento íntimo do contrato, é fonte de pacificación da sociedade.

Tamén dixo que o contrato é a expresión máis común da autonomía privada, que a autonomía privada contractual é igual á autolexislación ou autodisciplina dos propios intereses.

Finalmente, asegurou que o contrato é un instrumento de dinamismo social. Precisamente porque o contrato presenta na actualidade carácter de verdadeira institución xurídica, é dicir, ten a firmeza do substancial e constitúe unha das columnas ou bases sobre as que descansa o edificio social. Sen dúbida, por iso é a figura xurídica máis coñecida e familiar para os profanos no mundo do dereito.

O profesor Mariano Alonso rematou a súa intervención evocando o diálogo que o xenial Ihering, hai máis dun século, mantiña co venerable espírito no ceo dos conceptos xurídicos:

"Venerable espírito, permíteme que che pregunte, ¿de que te ocupas neste momento?

— Estou construíndo o contrato.

— ¿O contrato? Pero se é o máis sinxelo do mundo ¿que queda por construír nel?

— Moito, precisamente por ser tan sinxelo. Pareces ser un novato... O entendido sabe que os fenómenos xurídicos máis sinxelos encerran a dificultade máis grande, e polo que respecta ó contrato, que a ti che parece

tan sinxelo, non sei sequera se terei éxito no meu intento de construílo. Pouco me falta para declarar que o contrato é unha imposibilidade desde o punto de vista lóxico.

— ¿Pero como...?.

— Cala, xa sei o que querías dicir. Ías preguntar qué se faría na vida sen os contratos. Lembra o que che dixen: aquí non debes menciona-la palabra "vida", senón estás perdido. Corrixe a túa pregunta...".

Ata aquí o diálogo interrompido. "¿Que se faría na vida sen os contratos?" era a pregunta que lle desexaba formular Ihering ó venerable espírito conceptual. Podemos responder –o autor do *Fin no dereito* sabía a resposta infinitamente mellor ca nós–, que nada ou case nada. Quizais a nosa existencia non sexa outra cousa, no seu devir de cotío, que unha estipulación de trato sucesivo, unha longa negociación, un pesadelo constante feito de pactos, cláusulas e condicións. Tal vez, afirmou o relator, incluso no máis alá, o noso destino quizais dependa de cómo pactemos ou negociemos co xuíz supremo. Cando menos, témo-la completa seguridade de que a predisposición non incorporará cláusulas abusivas, e os adherentes confiamos *ex bona fide* acada-la tutela debida ó contratante máis débil.

Previamente á realización do acto de clausura, interveu nas xornadas o director xeral de Rexistros e do Notariado, Luis María Cabello de los Cobos Mancha, quen abordou o tema dos aspectos rexistrals da Lei de condicións xerais da contratación dicindo que, como non podería ser doutra forma e o é na realidade xurídica das normas vixentes, a nulidade, a moderación, a integración do contrato é e seguirá sendo competencia xudicial exclusiva. Tamén é lugar común que aqueles profesionais que exercen funcións públicas en canto a súa actuación extraxudicial se basea, precisamente, no amparo e salvagarda dos xuíces e tribunais, deben coadxuvar ó cumprimento voluntario dos contratos (desxudicialización) e colaborar coa función xurisdiccional. O relator rematou a súa exposición facendo unha serie de conclusións no marco da nova lei, que son as que seguen:

1ª. Trátase dunha lei de dereito privado, dentro das competencias exclusivas do Estado, e, en consecuencia -como xa ten ocorrido- a tarefa pre-lexislativa, dentro do Goberno, correspóndelle ó Ministerio de Xustiza e non ó de Sanidade e Consumo.

2ª. A reforma, pois, das leis procesuais e substantivas, como ferramentas de traballo de xuíces e tribunais, debe producir varios efectos, como reducir preitos, simplificar procesos, e axiliza-la solución de conflitos.

3ª. Para o cumprimento dese obxectivo deben poñerse ó seu servicio tódolos medios ou instrumentos existentes, desde a conciliación ou a arbitrase á xurisdicción voluntaria, e, dada a súa transcendencia social, económica e xurídica, o tráfico privado ten que contar cos que nel interveñen

sen ser parte na relación contractual, é dicir, con notarios, corredores e rexistradores.

4^a. O notario, como xurista e redactor dos instrumentos públicos, debe achegarlle diversos elementos a este obxectivo: a certeza da incorporación ó contrato das condicións xerais, a advertencia das regras de interpretación e a exclusión das cláusulas nulas.

5^a. O rexistrador, como xurista e redactor dos asentos, debe, así mesmo, cualifica-la validez do contrato, do acto dispositivo, do dereito, e das cláusulas inscribibles, e a un tempo, debe facilitar e cualifica-lo contido dos asentos (protección de datos e dos consumidores) verbo da publicidade formal que expida, asegurando a claridade, sinxeleza, transparencia, a veracidade da información e inalterabilidade dos seus arquivos (libros, bases de datos), establecendo deberes específicos fronte a calquera persoa interesada na inscrición do seu dereito (antes, durante e unha vez practicado o asento).

6^a. Se o artigo 23 da Lei de condicións xerais da contratación se refire á redacción do contrato, principalmente, e o artigo 10.6 da Lei de defensa dos consumidores á inadmisión das cláusulas declaradas xudicialmente nulas, o terceiro nivel de concreción da reforma do dereito privado nesta materia inclúese na correlativa da Lei hipotecaria. Así se coordinan as tres leis, integrándose unha noutra para forma-las normas xerais aplicables ó caso ou suposto de feito.

A continuación tivo lugar unha mesa-coloquio na que interviñeron o fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, Ramón García Malvar; o decano do Colexio de Avogados de Santiago, Javier Álvarez Santullano; a decana da Delegación do Colexio de Rexistradores da Propiedade Mercantil de España en Galicia, María Jesús Torres Cortel; o notario do Colexio de Notarios de Galicia, José Antonio Montero Pardo, e mailos catedráticos de dereito Carlos Lasarte da UNED; Ángel Rebolledo Varela, da Universidade de Santiago e Fernando Lorenzo Merino, da Universidade de Vigo.

A clausura das xornadas estivo a cargo do director da Escola Galega de Administración Pública, Domingo Bello Janeiro, e do director xeral de Comercio e Consumo e presidente do Instituto Galego de Consumo, Jorge R. Vázquez Molezún. Na súa intervención Vázquez Molezún referiuse á nova Lei 7/1998, sobre condicións xerais da contratación, aprobada polo Goberno central o 13 de abril de 1998 e, segundo el, "non cabe dúbida de que contribúe a aumenta-las garantías dos consumidores á hora de contratar con profesionais e, sobre todo, cumpre cunha das prioridades da Comisión Europea: garanti-lo acceso dos consumidores á xustiza". Destacou, así mesmo, a estreita colaboración que manteñen a Escola Galega de Administración Pública e o Instituto Galego de Consumo, que se plasma

na formación do persoal do instituto, na arbitrase de consumo e na realización dos cursos básicos de consumo.

Durante o acto de clausura das xornadas, o director da EGAP, despois de agradecer-la presenza de tódolos participantes nas xornadas e de estende-lo agradecemento ó Instituto Galego de Consumo pola colaboración e o apoio prestados no desenvolvemento das xornadas, apostou por fomentar un sistema eficaz e inmediato de reclamacións e queixas; postulou a creación dun fiscal autonómico en materia de consumo, como existe en Andalucía, e dun valedor ó que lle correspondese de maneira exclusiva a protección dos usuarios, tal como existe en Suecia, onde hai un *Ombudsman* dos consumidores.

Por outra parte, valorou positivamente a análise da nova lei feita polos relatores, que por fin lle vén dar cumprimento á normativa europea na materia, xa que a transposición da Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas é, precisamente, un dos principais motivos que moven o lexislador á hora de redacta-la lei co fin de adecua-la lexislación interna española á comunitaria. Esta lei "é o punto final dunha evolución, que se vén producindo progresivamente ó longo do século XX, na recuperación do equilibrio entre as partes contratantes, e que trata de evita-lo prexuízo da parte máis débil, que polo xeral é a representada polos consumidores, o que debe completarse cunha reforma procesual en profundidade para garantir na práctica os dereitos dos consumidores".

Como é ben sabido, na sociedade actual a produción en masa é debida á produción de bens e á prestación de servicios a grande escala das grandes empresas. A distribución comercial dos produtos e dos servicios faise a través da contratación en masa, mediante condicións xerais da contratación. Isto provoca un desequilibrio importante entre os dereitos e obrigas das partes do contrato, co que se permite a introducción de cláusulas abusivas nas ditas condicións xerais. A proliferación das condicións xerais da contratación e das cláusulas abusivas requiría unha regulación de forma xeral e a través dunha lei específica, que despois de moitos intentos se conseguiu coa Lei 7/1998, do 13 de abril, sobre condicións xerais da contratación, que foi obxecto de estudio e debate nestas xornadas. A nova lei supón un cambio importante no sentido de que introduce modificacións de grande transcendencia que traspasan o ámbito da lexislación civil e chegan incluso a cualificarse, segundo dixo a profesora Lourdes Tejedor, "como a norma máis importante do dereito contractual, desde a publicación do Código civil".

CURSO DE VERÁN

“A NOVA LEI DA XURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA”

(Sada, 27 e 28 de xullo de 1998)

José Ricardo Pardo Gato

Avogado

Despois de que o Congreso dos Deputados aprobase o 25 de xuño de 1998 a Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdicción contencioso-administrativa (LXCA), o BOE núm. 167, do 14 de xullo do mesmo ano, publicou, pendente da probable corrección de erros, o texto íntegro da lei, a entrada en vigor da cal se produce, conforme a disposición final terceira, ós cinco meses da súa publicación no diario oficial, isto é, o 15 de decembro de 1998, coa excepción recoñecida en materia de atribución á xurisdicción social, que se atrasa ata o ano de entrada en vigor do resto da lei.

A nova LXCA, que supón a derogación total da tan excelente e xa madura Lei do 27 de decembro do 1956¹, e que non fai senón recoller no noso ordenamento xurídico os principios e garantías constitucionais que nos últimos anos viñeron desenvolvendo a doutrina e a xurisprudencia (tanto do Tribunal Supremo como do Tribunal Constitucional), incorpora

¹ Disposición derogatoria segunda.

importantísimas novidades, froito da experiencia acumulada, das necesidades sociais e da caótica situación dos tribunais da xurisdicción, pero, ó tempo, é respectuosa ó máximo coa súa predecesora, da que conserva e incorpora todo aquilo que resulta compatible coa súa filosofía e non discrepa do fin que se persegue.

Así, e tal e como a súa propia exposición de motivos indica², con inferior calidade desde o punto de vista técnico xurídico á da lei anterior, non nos encontramos ante unha ruptura respecto dos principios que inspiraron a reforma de 1956, que en opinión do lexislador continúan sendo válidos, senón ante un afondamento nesas garantías e unha xeneralización do control xudicial da actividade administrativa, como así esixen os artigos 103 e 106 da Constitución española.

A nova distribución do poder público e político, a configuración territorial do Estado en comunidades autónomas, a universalización do control das administracións públicas e a potenciación da posición dos administrados como titulares de dereitos e intereses lexítimos fronte ou ó lado da Administración, xustifican por si mesmos a reforma operada.

* * *

O curso de verán sobre “A nova Lei da xurisdicción contencioso-administrativa”, que se desenvolveu, en Sada, os días 27 e 28 de xullo de 1998, e que organizou a Escola Galega de Administración Pública (EGAP), en colaboración co concello de Sada, tivo como obxectivo fundamental mellora-la formación dos numerosos asistentes sobre os aspectos máis esenciais da nova LXCA.

O curso inaugurárono **Dositeo Rodríguez Rodríguez**, conselleiro da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia, **Ramón Rodríguez Ares**, alcalde de Sada, **Gonzalo de la Huerga Hidalgo**, presidente da sección 1ª da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, e **Domingo Bello Janeiro**, director da EGAP.

Este último, despois de pronunciar unhas breves palabras de salutación e de agradecerlle expresamente ó Concello de Sada a súa colaboración na organización do evento, resaltou a enorme transcendencia que para a sociedade supón a aprobación da nova LXCA. Con esta lei traspásanselle á xurisdicción contencioso-administrativa tódalas competencias

² O apartado VI.1 da exposición de motivos da nova LXCA sinala que “a regulación do procedemento contencioso-administrativo ordinario se basea no esquema da lexislación anterior. Sen embargo, as modificacións son moi numerosas, pois, por unha parte, tivéronse moi en conta a experiencia práctica e as achegas doutrinarias e, por outra, establecéronse normas especiais para diferentes tipos de recursos, que non precisan dun procedemento especial... En todo momento buscou concilia-las garantías de eficacia e celeridade do proceso coas de defensa das partes”.

en materia de responsabilidade patrimonial das administracións públicas, de forma que se evita a actual dispersión xurisprudencial, o que non favorecía a necesaria uniformidade.

Pola súa parte, Gonzalo de la Huerga cualificou o novo texto de continuísta, e considerou tal cualificativo como unha virtude consubstancial deste, sen prexuízo das posteriores achegas que poidan perfeccionar ou mellora-la súa aplicación.

A conferencia inaugural, relativa ás "Consideracións xerais sobre a nova lei e a xustificación da reforma", pronunciouna **Rafael de Mendizábal Allende**, maxistrado do Tribunal Constitucional, quen ve na enorme lentitude dos procesos a xustificación desta. Así, a nova lei trata de superar esta grave situación cunha medida revolucionaria que modifica a nosa tradicional organización da xustiza contencioso-administrativa, a creación dos órganos unipersoais, ó desoír críticas dalgúns sectores da doutrina, xudicatura e avogacía, e con outras reformas procesuais de menor importancia.

A continuación, o "Ámbito, órganos e competencias da nova orde xurisdiccional contencioso-administrativa" foi obxecto de desenvolvemento por **Javier Suárez García**, avogado do Estado e director xeral-xefe da Aseoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia, que limitou a súa exposición ás principais modificacións que o título I da nova LXCA introduce en relación co texto de 1956.

Neste sentido, a novidade máis importante radica no establecemento das competencias e na inminente posta en funcionamento dunha estrutura xurisdiccional profundamente alterada pola aparición, sobre todo, dos xulgados do contencioso-administrativo.

No demais, ó seu entender, as alteracións que se introducen non son esenciais; limítanse a recoller principios que xa estableceran a xurisprudencia ou que eran obxecto de regulación noutras normas dispersas.

Así mesmo, Javier Suárez salientou que a nova LXCA vai acompañada dunha modificación da LOPX (Lei orgánica 6/1998, de 13 de xullo), que adapta o texto desta última ás reformas introducidas naquela.

O fiscal xefe do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, **Ramón García-Malvar y Mariño**, comentou na súa intervención as innovacións máis relevantes que no ámbito das "partes" contempla o novo texto aprobado, e remitiu as súas explicacións, polo carácter esencialmente técnico das novidades, ó articulado da lei, tendo sempre en conta nos seus comentarios a íntima relación profesional que o liga co Ministerio Fiscal.

De acordo co apartado IV da exposición de motivos, a regulación das partes que contiña a Lei do 1956³ quedou hai tempo superada e veu sendo

³ A Lei do 27 de decembro de 1956 fúndase nun criterio substancialmente individualista con certos reberetes corporativos.

corrixida por outras normas posteriores, ademais de reinterpretada pola xurisprudencia nun sentido moi distinto ó que orixinariamente tiña. A nova lei limitase a recolle-las sucesivas modificacións, clarifica algúns puntos aínda escuros e sistematiza os preceptos da maneira máis sinxela posible. O que se pretende é que ninguén, persoa física ou xurídica, privada ou pública, que teña capacidade xurídica suficiente e sexa titular dun interese lexítimo que tutelar, concepto comprensivo dos dereitos subxectivos pero máis amplo, poida verse privado do acceso á xustiza.

As novidades máis significativas incorpóranse nos preceptos que regulan a lexitimación. En canto á activa, reducíronse a sistema tódalas normas xerais ou especiais que poden considerarse vixentes e conformes co criterio elixido.

Polo que se refire á lexitimación pasiva, o criterio de fondo é o mesmo e conduce a simplifica-las regras anteriores. En particular, carece de sentido mante-la figura do coadxuvante, cando ningunha diferenza existe xa entre a lexitimación por dereito subxectivo e por interese lexítimo. En cambio, pareceu necesario precisar un pouco máis qué Administración ten carácter de demandada en caso de impugnación de actos suxeitos a fiscalización previa e, sobre todo, atribuírlle tamén este carácter, en caso de impugnación indirecta dunha disposición xeral, á Administración autora desta, aínda que non o sexa da actuación directamente recorrida. Esta previsión vén darlle vía procesual ó interese de cada Administración por defender en todo caso a legalidade das normas que aproba e constitúe unha das especialidades dos recursos que versan sobre a conformidade a dereito de disposicións xerais, que se desenfían ó longo de todo o articulado.

En canto á representación e defensa, distínguese entre órganos colexiados e unipersoais. Nos primeiros, procurador e avogado son obrigatorios; nos segundos, o procurador é potestativo e o avogado obrigatorio. Os funcionarios públicos poderán comparecer por si mesmos en cuestións de persoal que non impliquen separación de empregados públicos inamovibles.

Un dos aspectos de relevancia máis notoria nos que se estruturou o programa do curso, cal é o "Obxecto do proceso contencioso-administrativo", foi comentado por **José Luis de la Torre Nieto**, avogado do Estado e conselleiro do Consello Consultivo de Galicia, posto que os escasos preceptos incluídos nos dous primeiros capítulos do título III conteñen algunhas das innovacións máis importantes que a lei introduce no noso sistema de control xudicial da Administración.

O título III subdivídese en catro capítulos: actividade administrativa impugnabile (capítulo I), pretensións das partes (capítulo II), acumulación (capítulo III) e contía do recurso (capítulo IV).

Con este título o novo texto trata de supera-la tradicional e restrinxida concepción do recurso contencioso-administrativo como unha revisión xudicial de actos administrativos previos, é dicir, como un recurso ó acto,

e de abrir definitivamente as portas para obter xustiza fronte a calquera comportamento ilícito da Administración.

Por razón do seu obxecto establécense catro modalidades de recurso: o tradicional dirixido contra actos administrativos, xa sexan expresos ou presuntos; o que, de maneira directa ou indirecta, versa sobre a legalidade dalgunha disposición xeral, que precisa dalgunhas regras especiais; o recurso contra a inactividade da Administración e o que se interpón contra actuacións materiais constitutivas de vía de feito. Do recurso contra actos, a LXCA depura o ordenamento anterior dalgunhas normas limitativas que carecen de xustificación, aínda que mantén a inadmisibilidade do recurso contra actos confirmatorios doutros que son firmes e consentidos.

Respecto do segundo tipo de recursos, a nova lei asegura as máis amplas posibilidades de someter a control xudicial a legalidade das disposicións xerais, preserva os que se deron en chamar recursos directo e indirecto e elimina calquera rastro das limitacións que estableceu a lexislación anterior para recorrer. Agora ben, ó mesmo tempo procura que a impugnación das disposicións xerais se tramite con celeridade e que se aproxime sempre a unha decisión xudicial clara e única. Este criterio cristaliza no tratamento procesual que se lle dá ó denominado recurso indirecto.

Longamente reclamado por posicións doutrinarias, a LXCA crea un recurso contra a inactividade da Administración⁴. O recurso diríxese a obter da Administración, mediante a correspondente sentenza de condena, a prestación material debida ou a adopción dun acto expreso en procedementos iniciados de oficio, alí onde non ten cabida o silencio administrativo. A lei refírese sempre a prestacións concretas e a actos que teñan un prazo legal para a súa adopción e a eventual sentenza de condena ha de ordenar estrictamente o cumprimento das obrigas administrativas nos concretos termos en que estean establecidas.

Outra novidade que destaca o relator é o recurso contra as actuacións materiais en vía de feito. Mediante este recurso pódense combater aquelas actuacións materiais da Administración que carecen da necesaria cobertura xurídica e lesionan dereitos e intereses lexítimos de calquera tipo. A acción posúe unha natureza declarativa e de condena e á vez, en certo modo, interdictal, para o efecto da cal non pode deixar de relacionarse coa regulación das medidas cautelares.

No caso do recurso contra a inactividade da Administración, a lei establece unha reclamación previa en sede administrativa; no do recurso contra a vía de feito, un requirimento previo de carácter potestativo, así mesmo en sede administrativa. Con iso o que a LXCA persegue é outorgarlle á Administración a oportunidade de resolve-lo conflito e de evita-la intervención xudicial.

⁴ Recurso con precedentes noutros ordenamentos europeos.

José Manuel Piñeiro Amigo, secretario xeral da Federación Galega de Municipios e Provincias, introduciu os asistentes no amplo e problemático tema do procedemento, tratando especificamente na súa quenda de intervención o procedemento en primeira e única instancia, isto é, os capítulos I e II do título IV da LXCA.

O contido dos artigos 43 e 44 do novo texto (diligencias preliminares), ademais de incorpora-lo artigo 56 da Lei do 1956, introduce⁵ o mecanismo do requirimento previo, aínda que non preceptivo, que supón⁶ o recoñecemento do Estado composto que se deseña no título VIII da Constitución⁷.

Respecto da interposición do recurso (artigos 45 a 48 LXCA), o actual artigo 45 é, basicamente, ó seu entender, unha fiel reprodución do antigo artigo 57.

O artigo 46 mantén o criterio da lexislación anterior en relación co prazo da interposición do recurso, que se fixa en dous meses, con carácter xeral. A modificación máis importante recóllese na súa regulación do silencio: redución do prazo a seis meses, e non un ano coma antes.

É novo no texto da lei o núm. 3 do artigo 46. Prazo de interposición no caso de vía de feito: dez días en caso de requirimento previo; vinte, en caso contrario⁸.

Maior interese ten, na opinión de Manuel Piñeiro, o contido do artigo 47 da Lei xurisdiccional, que supón unha modificación substancial en relación co anterior artigo 60. En efecto, a publicación no diario oficial correspondente pasou de ser preceptiva a potestativa e a conta do recorrente. Iso con carácter xeral, xa que nalgúns supostos o propio órgano xudicial pode acorda-la publicación de oficio, e será en todo caso necesario cando o recurso se inicie por demanda nos supostos do artigo 45.5 da lei.

En canto ás reclamacións e remisión do expediente administrativo, é esta unha das materias en que o lexislador puxo un énfase especial ó considerala determinante para o logro dun dos grandes obxectivos que xustifican a reforma: "xustiza áxil e de calidade", sen concesión ningunha a tentacións formalistas.

Pese ás boas intencións, o contido do artigo 48 engade poucas garantías ó xa previsto no seu predecesor, o artigo 61 da lei anterior. Limitase a en-

⁵ Por mimetismo coa lexislación local -artigos 65, 66 e 67 da Lei 7/1985-.

⁶ Como xa o fixeran as leis 7/85 de réxime local e 30/92 de procedemento administrativo.

⁷ Artigo 137 da Constitución española.

⁸ Se consideramos este novo recurso como unha petición de amparo, fronte á actuación arbitraria da Administración, o prazo fixado ten os seus precedentes no artigo 8 da Lei 62/78 de protección dos dereitos fundamentais e no artigo 44.2 da Lei orgánica 2/79, do Tribunal Constitucional.

durece-las sancións pecuniarias e a conxugalo coas normas especiais que introduce a LXCA. Para o efecto, son de destaca-los casos de innecesariedade de remisión do expediente (artigo 48.2) e a regulación regulamentista da forma e contido de tal expediente (artigo 48.4 e 6)⁹.

O prazo xeral de vinte días para a remisión mantense.

Cómpre resalta-lo novo artigo 51, xa non só pola súa posición sistemática en relación co seu predecesor (artigo 61 da lei anterior), senón polo seu contido, necesariamente modificado de acordo coa ampliación que se fixo do obxecto do recurso (núm. 3) e ó amparo do principio de celeridade e eficacia que se incorpora no seu núm. 2, que inclúe os efectos de cousa xulgada no trámite de admisión.

Polo que se refire á demanda e contestación, sen que se aprecien aparentes modificacións substanciais en relación coa regulación anterior, si poden sinalarse algunhas que en opinión do relator son de extraordinaria transcendencia:

a) Admite a posibilidade de codemandantes, aínda que con unidade de prazo –actuará simultaneamente–.

b) Caducidade de oficio, pero, apartándose da doutrina xurisprudencial máis recente, non incorpora os seus efectos fatais, senón que admite a súa sanción na data de notificación do auto que a declare.

c) Demanda sen expediente, se así se pide, que poderá ampliarse en dez días para alegacións.

En canto á contestación, tamén son de reseña-las seguintes novidades:

a) Se non o fixese antes, á Administración non lle será admitida se non vai acompañada do expediente.

b) Posibilidade de suspensión de prazo por petición do letrado da Administración, en virtude dun prexuízo de legalidade.

c) Simultaneidade de prazos de contestación para os codemandados.

Así mesmo, na regulación do trámite de proba incorpóranse interesantes modificacións:

a) Modificación dos prazos: quince días para propoñer e trinta para practicar.

b) Extensión dos efectos das probas periciais ós procedementos conexos.

c) Ampliación dos momentos de proposición: ás alegacións complementarias, ou á vista da contestación, para o demandante.

Polo que á sentenza se refire, a nova regulación segue fielmente a súa predecesora. Non obstante, existen pequenas modificacións que adquirirán grande importancia na aplicación da norma. Así:

a) Suprímese a inadmisión por defecto de forma.

b) Engádese a inadmisión por existencia de litispendencia.

c) Regulación da prórroga de prazo para dictar sentenza.

⁹ Incorpora á lei a doutrina de documentos clasificados como segredo oficial.

d) Posibilidade de fixación de prazo nas “sentencias condenatorias de facer”: un acto ou unha actividade.

e) Prohibición de redacción dos preceptos que resulten anulados en procesos contra disposicións xerais, o que supón unha importante modificación en relación cos recursos contra as ordenanzas fiscais locais.

Mención especial mereceu para Manuel Piñeiro o artigo 78 LXCA, o procedemento abreviado, unha das maiores novidades da lei. Así, segundo a súa opinión, con este precepto, ó regular este novo procedemento no ámbito da xurisdicción contencioso-administrativa, pretendeuse cumprir tanto o mandato constitucional como as recomendacións do Consello Xeral do Poder Xudicial. Por este procedemento substáncianse unicamente os asuntos de contía inferior a cincocentas mil pesetas e as cuestións de persoal non relativas ó nacemento ou extinción da relación funcional ante os xulgados unipersoais.

O recurso iníciase por demanda escrita ou traslado ó demandado e citación para vista ás partes e simultánea petición do expediente, con prazo non inferior a quince días desde a data da vista.

A regulación da dita vista inspírase tanto no proceso oral ante os xulgados do social como en xuízo verbal regulado na Lei de procesamento civil.

Así mesmo, destacou algunhas especialidades que se introducen na súa regulación, todas elas guiadas polo principio da brevidade:

a) Concesión sen posicións escritas.

b) Testifical sen prego de preguntas e repreguntas, nin tacha de testemuñas.

c) Posibilidade de limitación do número de testemuñas por parte do xuíz.

Na xornada do día 28 a primeira das intervencións correspondeulle a **Javier D´Amorín Viéitez**, maxistrado da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, que disertou sobre os recursos, dentro do amplo tema de comentario aberto por Manuel Piñeiro.

Na súa opinión, aínda que a nova lei non fai explícito un novo modelo de xustiza administrativa, contén as bases que o posibilitan, confiándolle á iniciativa e á propia sensibilidade do órgano xurisdiccional e das partes o alcance de tal obxectivo.

Esta apreciación resulta da constatación das seguintes claves:

a) Superación do tradicional límite da extensión subxectiva da xurisdicción contencioso-administrativa, ó asegura-la tutela xudicial efectiva non só contra a actuación das administracións públicas, senón tamén respecto da proveniente doutros órganos públicos que non forman parte da Administración, incluíndo os actos dos concesionarios dos servizos públicos (artigos 1 e 2).

b) Superación dos límites obxectivos do recurso contencioso-administrativo, no sentido de que o recurso cabe non só contra a tradicional

triloxía de actos, regulamento e contratos, senón tamén fronte á actividade de negocio, a actividade prestacional, as inactividades e omisións de actuacións debidas, así como as actuacións materiais ou constitutivas de vías de feito.

c) Inequívoca afirmación do principio ou sistema de plenitude xurisdiccional sen alusión a ámbitos excluídos do control ou fiscalización xurisdiccional, como resulta das seguintes innovacións que introduce a lei:

- A eliminación do acto político: a LXCA parte do principio do sometemento dos poderes públicos ó ordenamento xurídico, o que resulta incompatible co recoñecemento de actos non suxeitos ó dito control. Por iso, acode á fórmula de que calquera que sexa a natureza dos actos provenientes do Goberno ou do Consello de Goberno das comunidades autónomas, isto é, por moí discrecionais que sexan os seus actos, sempre será posible o control xudicial de, alomenos, tres aspectos: o derivado da protección dos dereitos fundamentais, os elementos regulados do acto e a determinación das indemnizacións procedentes.
- A atribución a esta orde xurisdiccional, ademais das cuestións relativas ós contratos administrativos, as referidas á preparación e adxudicación dos demais contratos suxeitos á lexislación de contratación das administracións públicas.
- Unidade xurisdiccional para o coñecemento da responsabilidade patrimonial das administracións públicas, que se lle atribúe en exclusiva á orde xurisdiccional contencioso-administrativa.

d) Reforzamento do concepto e función da pretensión.

e) Recoñecemento da acción popular: calquera cidadán está lexitimado ante a orde xudicial contencioso-administrativa no exercicio da acción popular nos casos expresamente previstos polas leis, estendendo, por outra parte, a lexitimación activa ós chamados grupos de afectados, tanto en fase de interposición do recurso como de execución de sentenza.

f) Reforzamento dos poderes de dirección e de control e decisión sobre o obxecto do proceso por parte do órgano xudicial, que se traduce nas seguintes manifestacións:

- Ampliación do uso da "tese" (artigo 33).
- Someter ás partes, unha vez formulada demanda e contestación, a posibilidade de acadar un acordo (artigo 77).
- Cando perante o xuíz ou tribunal estivera pendente unha pluralidade de recursos con idéntico obxecto, o órgano xudicial poderá non acumulalos e tramitar un ou varios con carácter preferente, suspendendo o curso dos demais (artigo 37.2).
- Decreta-la inadmisibilidade do recurso cando o xulgado ou o tribunal desestimara no fondo outros recursos substancialmente iguais (artigo 51).

▪ Posibilidade de que o xuíz acorde de oficio, trala audiencia das partes, ou por instancia destas, a extensión dos efectos das probas periciais ós procedementos conexas (artigo 61.5).

▪ O xuíz ou tribunal poderá acordar de oficio tanto o recibimento a proba como a práctica de cantas probas estime pertinentes para a máis acertada decisión sobre o asunto (artigo 61.1).

▪ Posibilidade de que o xuíz, ou tribunal, excepcionalmente, acorde a realización de vista ou conclusións aínda que non o solicitasen as partes (artigo 62.4).

g) Ampliación dos efectos da sentenza, que se manifesta en:

▪ A anulación dunha disposición ou acto producirá efectos para tódalas persoas afectadas (artigo 72.2).

▪ Se ben a estimación de pretensións de recoñecemento ou restablecemento dunha situación xurídica individualizada só producirá efectos entre as partes, non obstante tales efectos poderán estenderse a terceiros nos termos previstos nos artigos 110 e 111 (artigo 72.3).

h) Afirmación do principio constitucional de que a potestade de facer executa-las sentencias e demais resolucións xudiciais lles corresponde exclusivamente ós xulgados e tribunais. Nesta materia de execución, cabe sinalar como novidades máis importantes:

▪ Dotación de maiores poderes ó xuíz ou tribunal para facer efectiva a sentenza (artigo 108).

▪ Limitación das causas de utilidade pública ou de interese social para expropia-los dereitos ou intereses lexítimos recoñecidos fronte á Administración nunha sentenza firme (artigo 105.3).

▪ O órgano xudicial, por instancia de parte e polo trámite do incidente de execución, declarará a nulidade dos actos e disposicións contrarios ós pronunciamentos das sentencias (artigo 103).

▪ Extensión dos efectos dunha sentenza firme que lles recoñeza unha situación xurídica individualizada a outras persoas que non fosen parte cando concorran os requisitos do artigo 110 (artigo 110 e 111).

i) Instauración dun auténtico proceso cautelar. Explícao a propia exposición de motivos, ó indicar que a nova lei regula as medidas cautelares sobre a base de que a xustiza cautelar forma parte do dereito á tutela efectiva e que a súa adopción non debe contemplarse como unha excepción senón como facultade que o órgano xudicial pode exercitar sempre que resulte necesario. Pese ó seu carácter instrumental ou accesorio respecto do proceso principal, asegura-la efectividade da sentenza, a natureza de auténtico proceso cautelar resulta de:

▪ O carácter universal das medidas, non limitadas, como ata agora, á suspensión do acto ou disposición recorridos, e poden adoptarse, incluso, as de carácter positivo.

▪ O criterio para a súa adopción concrétase en que a execución do acto

ou a aplicación da disposición lle puideran facer perde-la súa finalidade lexítima ó recurso; debe valorarse, polo tanto, o risco de inefectividade da sentenza, a partir da consideración circunstanciada de tódolos intereses en conflito.

■ Nos supostos do artigo 136, a súa adopción queda na marxe de tal esixencia finalística, e pode solicitarse antes da interposición do recurso.

Seguidamente, **Pablo González Mariñas**, profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, reflexionou sobre a execución de sentencias ó amparo do novo texto aprobado.

Pronunciándose nun sentido similar ó dos seus colegas que lle precederon no uso da palabra, González Mariñas insistiu en que o sistema que agora se implanta non implica a ruptura total do anterior ou, o que é o mesmo, non supón desapodera-la Administración das súas facultades executorias para trasladárrelas a xuíces e tribunais. É máis, o artigo 103 da nova lei reitera a secular fórmula de que "a potestade de facer executa-la sentencias e demais resolucións xudiciais lles corresponde exclusivamente ós xulgados e tribunais do contencioso-administrativo...".

Con todo, e malia esta fidelidade ó sistema de execución administrativa, ó relator resúltalle indubidable que a regulación do capítulo IV do título IV da nova lei reforza as facultades xudiciais respecto disto en maior medida que calquera outro texto legal precedente. Chega, incluso, nalgún suposto, a prever que a autoridade xudicial poida substituír, cos seus propios medios, a Administración na execución e, desde logo, requiri-la colaboración das autoridades e axentes da Administración condenada.

Para González Mariñas o propósito, pois, e con carácter xeral, é ben claro: tratar de establecer un marco de instrumentos e garantías eficaces que, sen quebrar bruscamente o centro subxectivo protagonista da execución, asegure esta e satisfaga as esixencias da tutela xudicial efectiva do artigo 24.1 CE.

"O procedemento: as medidas cautelares" foi o título sobre o que **Enrique García Llovet**, profesor titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, baseou o tema obxecto da súa intervención.

Retomando as palabras do profesor González Mariñas, García Llovet sinalou que a exposición de motivos da nova lei acolle a tese comunmente aceptada tanto pola xurisprudencia como pola doutrina no sentido de entender que "a xustiza cautelar forma parte do dereito á tutela (xudicial) efectiva... polo que a adopción de medidas provisionais non debe contemplarse como unha excepción, senón como facultade que o órgano xudicial pode exercer sempre que resulte necesario". Ó seu entender, e de acordo co manifestado por González Mariñas, o lexislador asume pois como sede constitucional do dereito á tutela xudicial cautelar o artigo 24 do texto constitucional, considerándoo parte integrante do dereito á tutela xudi-

cial efectiva, recoñecendo que a hermenéutica das normas procesuais que disciplinaban as medidas cautelares fora, ata datas relativamente próximas, contraria a ese espírito ó considerar excepcional unha facultade que se inscribe no exercicio normal da función xurisdiccional.

Pero o lexislador é consciente de que esa interpretación se superara nos últimos anos, así se entende a declaración coa que se abre o apartado VI.5 da exposición de motivos: "O espectacular desenvolvemento destas medidas na xurisprudencia e a práctica procesual dos últimos anos chegou a desborda-las moderadas previsións da lexislación anterior, o que certifica a súa antigüidade neste punto". A declaración, segundo o profesor García Llovet, non parece ofrecer lugar a equívocos, foi a presión dunha xurisprudencia en marcha a que, xunto a unha doutrina científica igualmente activista na esixencia dunha normalización constitucional da nosa lei procesual contenciosa, lle impón ó lexislador un novo modelo de medidas cautelares, consciente de que superara dialecticamente os estreitos límites ós que a vella lei procesual sometía ó xuíz contencioso.

A opinión que as profundas reformas lle merecen ó lexislador non pode ser máis que altamente favorable: "A nova lei actualiza considerablemente a regulación da materia, amplía os tipos de medidas cautelares posibles e determina os criterios que lle han de servir de guía á súa adopción".

Na sesión da tarde **Benigno López González**, maxistrado da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, centrou o seu relatorio no conflictivo tema das custas procesuais.

O novo réxime que, en materia de custas procesuais, introduce a nova lei xurisdiccional e que, conforme a súa disposición transitoria novena, será de aplicación nos procesos e nos recursos que se inicien ou promovan con posterioridade á súa entrada en vigor, contempla a regulación das custas procesuais no seu artigo 139, e distingue diferentes supostos:

a) En primeira ou única instancia.

Cando se actúa en primeira ou única instancia, o apartado 1 do dito precepto establece que "o órgano xurisdiccional ó dictar sentenza ou ó resolver por auto os recursos ou incidentes que ante este se promoveren, imporalle as custas, razoándoo debidamente, á parte de que sostivese a súa acción ou interpuxese os recursos con mala fe o temeridade". É dicir, mantén a teoría xeral da non imposición de custas, se ben con referencias á teoría da temeridade, coa subxectiva valoración da actuación dolosa ou culpable.

b) Nas demais instancias ou graos.

Neste suposto (apartado 2 do repetido artigo) as custas impondrán-selle ó recorrente se se desestima totalmente o recurso, coa excepción de que o órgano xurisdiccional, razoándoo debidamente, aprecie a concurrencia de circunstancias que xustifiquen a súa non imposición. Neste caso o lexislador aplica o criterio do vencemento con liberdade de manobra

para o tribunal e coa particularidade de limitarlle a imposición á parte recorrente. No suposto de estimación total ou parcial non procederá a imposición de custas.

c) Extensión das custas.

Contémplase no apartado 3 do citado artigo 139, e establécese que a imposición poderá abarcala totalidade, unha parte das custas ou ata unha cifra máxima.

d) Recurso contencioso-administrativo promovido ó amparo da Lei 62/78.

Para Benigno López a derogación levada adiante pola LXCA respecto do artigo 10 da Lei 62/1978, do 26 de decembro, supón unha importante alteración do previsto por aquela en materia de custas e do que adiantaba o proxecto da nova lei.

e) Inadmisión do recurso de casación.

Cando a inadmisión do recurso de casación sexa total imporánselle as custas ó recorrente. Así o determina o artigo 93.5 LXCA, coa excepción que contempla respecto dos supostos do apartado 2.e) do dito precepto.

f) En recurso de casación.

Se se declara posible o recurso, resolverase en canto ás custas da primeira instancia conforme o sinalado no artigo 139 (artigo 95.3). O relator sinalou que o precepto nada di respecto das custas do recurso, pero segundo a súa opinión ha de entenderse que cada parte satisfará as súas.

g) En recursos de casación para unificación de doutrina e en interese da lei¹⁰.

h) En recurso de revisión¹¹.

i) En casos de desistimento.

Conforme o artigo 74.6, o desistimento non implicará necesariamente a condena en custas. O relator destacou que se introduce a expresión "necesariamente", o que vén abri-la posibilidade da súa imposición nos supostos de mala fe ou de temeridade.

l) Taxación de custas¹².

ll) Prohibición da súa imposición.

O artigo 139.5 LXCA dispón que en ningún caso se lle imporán as custas ó Ministerio Fiscal.

Ó termina-la súa intervención, Benigno López puxo de manifesto que, en materia de custas, se perdeu quizais unha oportunidade histórica para acolle-la teoría do vencemento. Se o que se pretendía era accelera-los procesos e ó tempo reduci-la litixiosidade, descargando os órganos xurisdic-

¹⁰ A LXCA remítese á normativa establecida para o recurso de casación.

¹¹ A LXCA remítese á normativa prevista na Lei de procesamento civil.

¹² A taxación de custas levarase a efecto segundo o previsto na Lei de procesamento civil (artigo 139.6 LXCA).

cionais da orde contencioso-administrativa do pesado lastre que veñen soportando desde hai tempo, un dos camiños, non o único, constituíao seguramente o da condena en custas.

Co título "O procedemento: os procedementos especiais" **Teresa Carballeira Rivera**, profesora titular de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, pechou a quenda de intervencións previstas no programa do curso.

Remitíndose ó apartado VI.4 da exposición de motivos, a profesora Carballeira Rivera sinalou que dos recursos especiais a nova LXCA suprimiu o de persoal, aínda que subsisten algunhas especialidades relativas a esta materia ó longo do articulado. Introdúcese no texto do articulado a regulación do proceso especial en materia de dereitos fundamentais, co mesmo carácter preferente e urxente que xa ten e con importantes variacións sobre a normativa vixente, o carácter restrictivo da cal conduciu, na práctica, a unha importante deterioración desta vía procesual. A novidade máis relevante constitúea o tratamento do obxecto do recurso e da sentenza de acordo co fundamento común dos procesos contencioso-administrativos. A LXCA pretende superar, polo tanto, a ríxida distinción entre legalidade ordinaria e dereitos fundamentais, por entender que a protección do dereito fundamental ou liberdade pública non será factible, en moitos dos casos, se non se ten en conta o desenvolvemento legal dos mesmos.

O procedemento da cuestión de ilegalidade, que se inicia de oficio, xunta a garantía de defensa das partes coa celeridade que lle é inherente.

Por último, o procedemento en caso de suspensión administrativa previa ós acordos adáptase ós supostos legais de suspensión previstos na lexislación vixente, ó tempo que establece as regras que permiten a súa rápida tramitación.

Finalmente, e como colofón a este interesantísimo curso de verán, **José Luis Meilán Gil**, rector da Universidade da Coruña, procedeu á clausura oficial deste, na que o director da EGAP despediu os asistentes e participantes, felicitándoos, agradecéndolle-la súa atención, e emprazándoos a participar en futuros eventos que a escola organice como consecuencia dos posibles problemas e peculiaridades que da aplicación práctica da nova lei vaian xurdindo.

A modo de conclusión e resumo, e tendo presente o exposto polos ilustres conferenciantes, quixera resalta-los aspectos da reforma que ó meu modo de ver supoñen unha especial novidade respecto da Lei de 1956.

Ademais da concreción das competencias atribuídas ós xulgados do contencioso, cabería destaca-las seguintes:

a) Obxectivamente:

- Impugnación e control dos decretos legislativos cando exceden dos límites da delegación de dictar normas concedida ó Goberno, ó gozar de carácter de disposición de rango legal en tanto en canto respectan a delegación legislativa.
- Unificación xurisdiccional en materia de responsabilidade patrimonial das administracións públicas, calquera que sexa a natureza da actividade ou o tipo de relación de que derive¹³.
- A competencia en materia de contratos administrativos vén determinada por remisión á Lei de contratos das administracións públicas.
- Submisión do "acto político" ó control xurisdiccional.
- Posibilidade de impugnación das actividades materiais que constitúen unha vía de feito, prevendo, con carácter potestativo para o administrado, o requirimento á Administración intimando a cesación da súa actuación.

b) Subxectivamente:

- Abandónase a antiga lexitimación corporativa e admítese a lexitimidade das persoas individualmente consideradas para impugnar por si mesmas disposicións xerais. Xorde así o interese lexítimo en lugar do interese directo. Con iso desaparece a figura do coadxuvante.
- Unha das principais novidades é a de recoñecerlles capacidade procesual e, en consecuencia, lexitimación ós "grupos de afectados", unións sen personalidade ou patrimonios independentes ou autónomos, ós que cualifica de "entidades"¹⁴.
- Especial atención dispensada ós conflitos entre administracións públicas, a consecuencia da nova configuración territorial do Estado.
- Posibilidade de que tanto a Administración pública, como as demais partes procesuais e as persoas afectadas pola sentenza, presenten cuestións incidentais na execución.

Das novidades introducidas pola nova LXCA dedúcese o seu carácter marcadamente voluntarista, na que o lexislador, pola vía da simplificación de procedementos¹⁵, do establecemento dos xulgados do contencioso-administrativo, da creación dun procedemento abreviado, da axilización en orde á remisión do expediente administrativo, da posibilidade de deducir demanda en ausencia deste, etc., o que persegue é darlle celeridade ó proceso, á vez que reduci-la litixiosidade, introducindo para o efecto a posibilidade de conciliación.

¹³ Artigo 2.e LXCA e 9.4 LOPX, segundo reforma introducida pola Lei orgánica 6/1998, do 13 de xullo.

¹⁴ Recoñecemento que xa viña recollido na LOPX.

¹⁵ Desaparece o de persoal.

Desexo sinceramente que tales medidas lle poñan fin ou remedien a lamentable situación actual e que os procesos se decidan coa rapidez que esixe a norma constitucional, por xuíces non improvisados, que lle unan á súa independencia a madurez e preparación imprescindibles para xulga-la actuación dunhas administracións cada vez máis complexas. ■

CURSO SOBRE A PROPIEDAD DE INTELLECTUAL

(EGAP, 15-30 de outubro de 1998)

José Luis Mínguez Goyanes

Doutor en Xeografía e Historia.
Corpo Superior da Administración da Xunta de Galicia

A Dirección Xeral de Promoción Cultural da Consellería de Cultura, Comunicación Social e Turismo xunto coa Escola Galega de Administración Pública organizaron un Curso sobre a propiedade intelectual, ó longo da segunda quincena de outubro de 1988, que se desenvolveu na mesma EGAP.

O 15 de outubro inauguraron o curso Homero Pérez Quintana, director xeral de Promoción Cultural e Domingo Bello Janeiro, director da EGAP. Pérez Quintana asegurou, nunhas palabras introductorias, que o dereito da propiedade intelectual non é dos dereitos sobre os que máis se escribe, en cambio é fundamental para o desenvolvemento da cultura e mesmo da industria cultural. A propiedade intelectual, segundo Pérez Quintana, constitúe unha defensa do autor que trae consigo o recoñecemento social dos resultados da súa arte e do seu esforzo creador. A propiedade intelectual ten ademais un aspecto económico fundamental que nace da explotación da obra. A propiedade intelectual é parte importante da estrutura económica do mundo cultural. Vese, neste ámbito, a necesidade de coordinación e dunha normativa común nos países da Unión Europea. Pérez Quintana rematou a súa intervención sinalando que con este curso se pretendía dar unha visión de presente e un avance de futuro dos aspectos legislativos referentes á propiedade intelectual.

O primeiro relatorio correu a cargo de Isabel Hernández Fernández del Valle, asesora da Subdirección Xeral de Propiedade Intelectual do Ministerio de Educación e Cultura. O relatorio titulábase "A estrutura normativa sobre propiedade intelectual". Isabel Hernández falou da propiedade intelectual como un tipo de propiedade especial segundo o Código civil, sobre a que había a necesidade de establecer un equilibrio entre xustiza e utilidade social. A lexislación establece períodos e prazos, rematados os cales o dereito pasa a dominio público. Sen embargo hai uns dereitos patrimoniais, que se poden transmitir, e uns dereitos morais que son irrenunciabes. Existe unha directiva comunitaria de harmonización de lexislacións; sen embargo na actualidade estase negociando, no seo da Unión Europea, un proxecto de directiva que regula diversos avances técnicos no ámbito da propiedade intelectual (internet, as redes de datos, etc.)

O seguinte relatorio correu a cargo de Dolores Bañares Acedo, asesora da Subdirección Xeral de Propiedade Intelectual do Ministerio de Educación e Cultura. Bañares falou sobre os "Dereitos patrimoniais da propiedade intelectual". Estes dereitos están regulados na lexislación española, fundamentalmente no Real decreto lexislativo 1/1996, do 12 de abril, polo que se aproba o texto refundido da Lei de propiedade intelectual. A relatora sinalou que a propiedade intelectual versa sobre obxectos xurídicos que pola súa especial cualidade especializan o seu contido. É necesario, xa que logo, unha lei especial que regule este tipo de propiedade. Existen varios titulares de dereitos: o autor, o artista intérprete ou executante, o produtor fonográfico, o de gravación audiovisual e as entidades de radiodifusión. A lexislación española é defensora dos dereitos morais, fronte á lexislación anglosaxona que insiste máis nos dereitos de explotación. Os dereitos patrimoniais xéranse desde o momento en que a actividade creadora se pon a disposición do público. Clasifícanse en dereitos exclusivos de explotación e dereitos de remuneración. O titular pode establecer as condicións en que se vai realizar a explotación da súa obra.

O mesmo día 15 de outubro pola tarde, Isabel Hernández falou sobre as "Entidades de xestión dos dereitos de propiedade intelectual". Estas entidades aparecen reguladas no título IV do texto refundido de 1996 sobre a propiedade intelectual. Nesta norma legal esas entidades aparecen definidas como aquelas legalmente constituídas que pretendan dedicarse, en nome propio ou alleo, á xestión de dereitos de explotación ou outros de carácter patrimonial, por conta e en interese de varios autores ou outros titulares de dereitos de propiedade intelectual. Estas entidades deben contar coa oportuna autorización do Ministerio de Educación e Cultura e non poderán ter ánimo de lucro.

O día 16 de outubro, Dolores Bañares falou sobre os "Dereitos de artistas intérpretes ou executantes, produtores de fonogramas e gravacións audiovisuais". Os artistas intérpretes ou executantes aparecen definidos no

texto refundido como aquelas persoas que representen, canten, lean, reciten, interpreten ou executen en calquera forma unha obra. Teñen dereito a autoriza-la fixación das súas actuacións, á reprodución directa ou indirecta nelas, así como á súa comunicación pública e distribución. Os produtores de fonogramas defínense como aquelas persoas naturais ou xurídicas baixo a iniciativa e responsabilidade das cales se realiza a fixación sonora da execución dunha obra. Os produtores teñen os dereitos de reprodución, comunicación pública e distribución dos fonogramas. Estes mesmos dereitos recaen tamén nos produtores de gravacións audiovisuais, que se definen na lei como as fixacións dun plano ou secuencia de imaxes, con ou sen son, sexan ou non creacións susceptibles de seren cualificadas como obras audiovisuais no sentido que define o artigo 86 do texto refundido sobre a propiedade intelectual.

O seguinte relatorio correu a cargo de Isabel Hernández e versou sobre "Propiedade intelectual e dixitalización". Segundo a relatora, a dixitalización e maila interactividade (posibilidade de interconexión) son as notas fundamentais dos multimedia. A Lei 5/1998, do 6 de marzo, incorpora ó dereito español a Directiva 96/9/CE, do Parlamento europeo e do Consello, sobre a protección xurídica das bases de datos.

O día 22 de outubro Ramón Casas Vallés, profesor de dereito civil da Universitat Oberta de Cataluña, desenvolveu o relatorio titulado "O dereito moral de autor". Casas iniciou a súa intervención indicando que en España se lle chama propiedade intelectual ó dereito de autor, sen embargo noutros países abrangue tamén o que aquí é coñecido como propiedade industrial. O artigo 2 do texto refundido da Lei de propiedade intelectual di que está integrada por un dereito moral e uns dereitos patrimoniais. O concepto de dereito moral é propio do dereito de autor. No sistema de propiedade intelectual dáselle primacía ó autor, mentres que no sistema de *copyright* se lle dá primacía á copia. O dereito moral é irrenunciabile, inalienable e imprescritible. O artigo 14 do texto refundido explica o contido e características deste dereito moral. En primeiro lugar, o autor ten dereito a decidir se a súa obra vai ser divulgada ou non, e en qué forma. A obra sae así da esfera privada do creador. Noutro punto deste artigo esíxese o recoñecemento da condición de autor da obra. Hai un dereito á integridade da obra, que non se opón ó dereito de modificación desta, que ten o autor. Este ten tamén o dereito a retira-la obra do comercio, así como o de acceder ó exemplar único ou raro da súa obra cando estea en posesión doutro, co fin de podelo divulgar.

A segunda intervención de Casas versou sobre a "Duración dos dereitos de propiedade intelectual". O relator iniciou a súa conferencia cunha breve explicación histórica do dereito de autor que comezou, con palabras súas, pola "porta falsa do privilexio". O dereito de autor configura un tipo de propiedade que non é eterna. A propiedade dos bens materiais non ten

límite temporal, como froito da Revolución Francesa, que a definía como a máis sagrada das propiedades. No que se refire á propiedade intelectual, tódolos ordenamentos xurídicos limitan o seu tempo de efecto. No caso español a lei estipula no artigo 26 que os dereitos de explotación da obra duran toda a vida do autor e setenta anos despois da súa morte ou declaración de falecemento. O artigo 41 establece que a extinción dos dereitos de explotación das obras determina o seu paso ó dominio público, aínda que debe respectarse a autoría e a integridade da obra sen límite de tempo. No caso da obra inédita *post mortem* recoñécenselle dereitos ó divulgador desta, aínda que cun prazo de tempo máis curto. O relator estableceu unha diferenza entre o dereito de autor, que dura 70 anos, e os dereitos conexos (nos que se toman como referencia o momento da execución da obra, o da súa gravación ou realización, etc.), que duran 50 ou 25 anos dependendo dos casos. Casas sinalou que a lexislación española non protexe as ideas nin os feitos.


A seguinte intervención correu a cargo de José Núñez Núñez, pertencente ó corpo superior de administradores civís do Estado e antigo vocal asesor no Ministerio de Cultura. Núñez falou sobre a "Protección dos programas de ordenador e bases de datos". Ó principio da súa intervención estableceu os fundamentos dos programas de ordenador, referidos fundamentalmente a unha serie de conceptos básicos (programa fonte, programa obxecto, interface, etc.), que veñen establecidos nos artigos 95 e seguintes do texto refundido da Lei da propiedade intelectual. Esta lei define o programa de ordenador como toda secuencia de instrucións ou indicacións destinadas a seren utilizadas, directa ou indirectamente, nun sistema informático para realizar unha función ou unha tarefa ou para obter un resultado determinado, calquera que fose a súa forma de expresión e fixación. Núñez indicou que a maioría dos programas de ordenador adoitan ser obras colectivas e que normalmente os seus autores son traballadores asalariados, dos que falan os artigos 51 e 97.4 da lei. No referente á duración dos dereitos de explotación dun programa de ordenador, a lei non establece especificacións. Sobre o contido do dereito de autor hai que distinguir entre dereito moral e dereitos de explotación (art. 99). Un programa de ordenador é ilícito copialo sempre, aínda que sexa para uso privado. Sen embargo a lei establece unha especificidade: dado que non hai un programa de ordenador que funcione sen ser copiado (a lei establece que non necesita autorización do titular, salvo disposición contractual en contra, a reprodución dun programa cando sexa necesaria para a utilización deste por parte do usuario lexítimo). Núñez falou de seguida do que se coñece como "piratería", é dicir a explotación comercial non autorizada dunha copia dun programa de ordenador, que se diferencia da "falsificación" (copias de programas ás que se lles fan modificacións). A copia ilícita para uso privado é tamén ilegal, aínda que non é

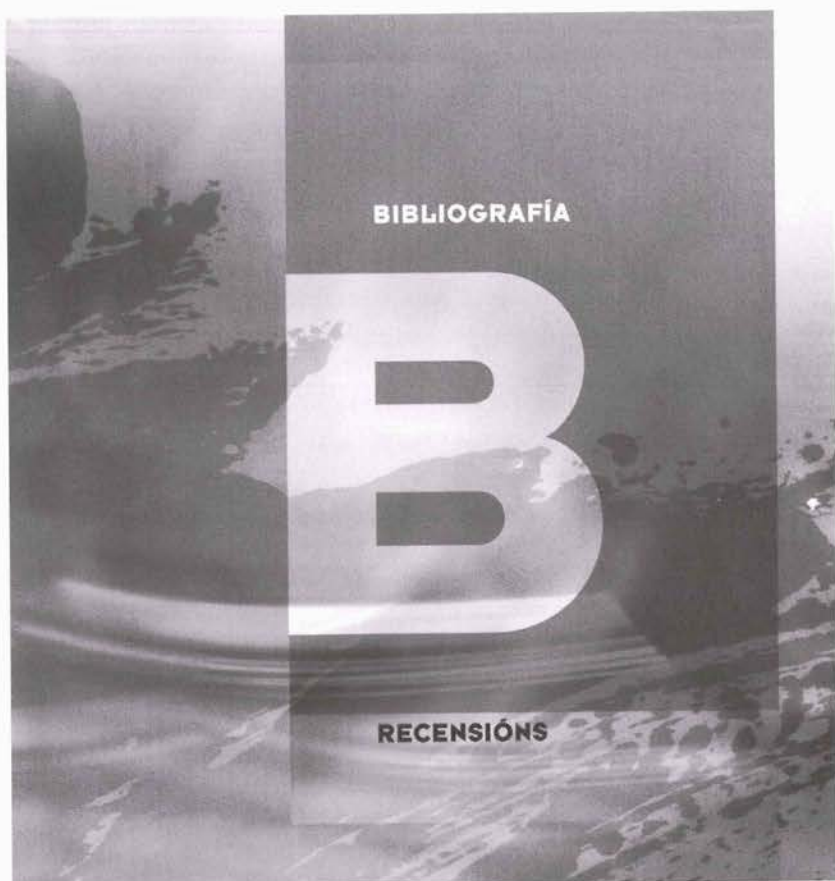
piratería. Núñez falou do dereito de transformación, que segundo o artigo 99 b) é un dereito exclusivo do autor. O artigo 100 establece os límites dos dereitos de explotación. En canto á cesión de dereitos, a lei non establece especificidades e remítese ó réxime xeral de cesión. Os denominados “virus informáticos” son programas de ordenador, pero os seus autores teñen a condición de infractores segundo a lei.

O día 23 de outubro, Ramón Casas falou sobre os “Límites dos dereitos da propiedade intelectual”. Casas mencionou que o prototipo do suxeito baixo o que recae a propiedade intelectual é unha persoa soa, perfectamente identificada e que emite unha única vez a súa obra. O título III do texto refundido está dedicado á duración e límites dos dereitos de autor. A duración normal é a vida do autor máis setenta anos despois da súa morte. Este cómputo é o que rexe nos países da UE e equivale á vida do autor máis dúas xeracións máis. Sen embargo hai certas alteracións neste cómputo. No caso da obra anónima ou pseudónima, o cómputo transcorre ata os setenta anos desde a divulgación lícita da obra. No caso das obras en colaboración, os dereitos de explotación duran toda a vida dos coautores e setenta anos desde a morte ou declaración de falecemento do último autor supervivente, mentres que os dereitos de explotación dos autores de obras colectivas duran setenta anos desde a divulgación lícita da obra protexida. No caso das obras publicadas por partes, o prazo computarase por separado para cada elemento destas. No que se refire ós límites (arts. 31-40) estes non afectan ó dereito moral. Os límites son excepcións e non poden constituír unha porta falsa para burla-la propiedade intelectual. Sen embargo o dereito de autor non pode ser un freo ó dereito de información nun Estado democrático.

A seguinte intervención de Casas Vallés versou sobre os “Dereitos dos artistas plásticos”. Neste tema o relator sinalou que hai un grande peso cultural, que lle dá grande valor ó orixinal da obra plástica. Casas indicou que moitos artistas plásticos aseguran que a lexislación está pensada para os escritores. Unha obra plástica non pode ser “dictada”, faina o autor. A Lei de propiedade intelectual non protexe o “estilo” dun autor, senón a súa obra. O adquirente dunha obra non posúe os dereitos económicos de explotación desta. O dereito de integridade das obras afecta a moitos procedementos xudiciais de artistas plásticos. A lei consagra un “dereito de participación” dos artistas plásticos: manteñen sempre un vínculo permanente entre o autor e a súa obra (art. 24). No referente a este dereito de participación (*droit de suite*) hai dous sistemas: porcentaxe sobre a plusvalía da obra ou sobre o prezo de revenda. En España estableceuse o segundo sistema, baseado no prezo de revenda. Deste dereito de participación beneficianse tódalas obras plásticas menos as chamadas “aplicadas” (vidreiras, portas, etc.). Casas deixou a pregunta no aire sobre se en realidade este dereito de participación está sendo efectivo ou non.

O día 29 de outubro Santiago Orós i Muruzábal, xefe do Rexistro da Propiedade Intelectual de Cataluña falou sobre a "Protección dos dereitos de propiedade intelectual: nocións sobre os seus aspectos penal e procesual". A intervención de Orós baseouse fundamentalmente na súa propia experiencia persoal. Mencionou a tutela civil e a tutela penal dos dereitos de propiedade intelectual. De seguida falou da organización do rexistro da propiedade intelectual, composto pola Comisión de Coordinación do Rexistro Xeral da Propiedade Intelectual, o rexistro central e os rexistros territoriais. A continuación falou dos principios rexistrais máis importantes: principio de inscrición, de publicidade rexistral, lexitimación, fe pública, prioridade e diversos principios formais: tracto sucesivo, legalidade e rogación. O mesmo día Víctor Vázquez López, conselleiro da Subdirección Xeral da Propiedade Intelectual do Ministerio de Educación e Cultura, fixo unha introducción ó "Dereito internacional verbo da propiedade intelectual".

O día 30 de outubro José Núñez falou sobre a "Propiedade intelectual e artes escénicas: danza, teatro, música". Núñez mencionou os dereitos de autor en relación coa obra escénica (pezas teatrais, coreografías e obras musicais). A lei di que o contrato de representación da obra ten que formalizarse por escrito. O que lle cede o autor ó empresario é o dereito de comunicación pública en vivo da obra (artigos 74-85). Núñez insistiu no concepto de "comunicación pública", ou sexa comunicación dunha obra sen distribución de exemplares. O artigo 77 do texto refundido menciona as obrigas do autor (entrega-la partitura da obra, responder ante o empresario da autoría desta e da posesión do seu dereito de explotación). O artigo 78 fala das obrigas do empresario. De seguida Núñez mencionou os dereitos dos artistas intérpretes e executantes (arts. 105 e segs. do texto refundido). O último relatorio do curso correu a cargo do mesmo José Núñez e versou sobre "Administración pública e propiedade intelectual". Núñez indicou que a Administración pública pode ser autora, como resulta no caso da creación dos programas de ordenador. As comunidades autónomas non teñen competencias legislativas nin regulamentarias en materia de propiedade intelectual, dado que son propias do Estado. Si teñen, sen embargo, a potestade de rexistro e de control. Outra competencia propia do Estado é a de autoriza-la creación de entidades de xestión. Núñez concluíu a súa intervención sinalando que a Administración pode mediar en determinados conflitos derivados da propiedade intelectual. Tal fin ten a Comisión Mediadora e Arbitral da Propiedade Intelectual, creada como órgano colexiado de ámbito nacional pola lei de 1996. 



La rehabilitación urbanística

Santiago González-Varas Ibáñez

Editorial Aranzadi, 1998

Paseando polas distintas cidades que conforman a nosa xeografía, de seguida nos decatamos de que, de modo crecente, se está levando adiante un importante labor de rehabilitación urbanística. Estamos vivindo unha etapa de superación do anterior proceso de subordinación das cidades á realización de intereses económicos e á satisfacción de necesidades sociais e económicas. Paulatina e perifericamente as referidas cidades íanse estendendo para acolle-lo importante número de persoas que do campo se trasladaban a estas, que estaban en proceso de industrialización, en busca de melloras de vida.

Neste contexto de realización de valores de tipo cultural dentro da cidade, promúlgase a Lei 16/1985, do 25 de xuño, de patrimonio histórico español, o obxecto de protección da cal non é un ben cultural illado, senón que o característico desta lei é a tutela “de más amplo alcance que encuentra en los conjuntos históricos, en las áreas urbanas e incluso en los parajes naturales, su expresión más adecuada”.

Sen embargo, a protección inmobiliaria da citada disposición normativa concrétese nos chamados bens de interese cultural (en adiante BIC), isto é, bens declarados formalmente como de interese cultural, quedando fóra de seu ámbito de protección o resto dos bens culturais que quedarán reservados ós plans de ordenación.

Como pon de relevo o autor, “el urbanismo tiene la gran oportunidad y ocasión de servir de instrumento o cauce para la creación, disfrute y preservación de espacios culturales, para renovar y mejorar la ciudad conforme a una orientación cultural”, de logra-lo que se denomina por parte dos historiadores da arte a “cidade monumental ou artística”, mensaxe última do Estado da cultura.

Pero, en xeral, o Estado da cultura non implica só a conservación de bens de interese cultural dentro das cidades, senón que a súa competencia se estende tamén á creación de espazos culturais, é dicir, zonas de interese estético, arquitectónico, histórico ou artístico que contarán, cada unha delas, cunha regulamentación específica, ó proxectarse o Estado da cultura nunha dobre dirección: a conservadora e a transformadora.

Polo que respecta ó sistema de fontes aplicable en materia de urbanismo, malia a complexidade que reviste a materia, quedou resolto mercé á sentenza do Tribunal Constitucional do 20 de marzo de 1997, que declarou inconstitucional o 80% do texto refundido da Lei do solo de 1992, provocando a resurrección do texto refundido de 1976, debido, esencialmente, segundo o Tribunal Constitucional, á incompetencia do Estado para regular de forma supletoria cando non posúe o título competencial expreso, como ocorre co urbanismo despois de que os distintos estatutos de autonomía recollesen o urbanismo como competencia exclusiva, incorrendo tamén o Estado nun “exceso competencial no exercicio da súa competencia exclusiva sobre as condicións básicas que garantan a igualdade de tódolos españois no exercicio dos seus dereitos” (art. 149.1.1 CE).

O ordenamento xurídico protexe e salvagarda os bens de interese cultural por medio do planeamento. Unha vez que unha determinada zona arqueolóxica, conxunto histórico ou sitio histórico foi declarado ben de interese cultural xorde para o municipio, onde estea situado, a obriga legal de redactar un plan especial para a protección da área afectada pola declaración. Sucede, na práctica, que a pesar da obriga imposta legalmente, existen numerosos municipios, sobre todo de menor extensión e de carácter rural, que carecen do adecuado planeamento.

Os bens en que concorre un interese público na súa conservación por ser reflexo da creatividade do ser humano, os que serven pola súa natureza para certas finalidades públicas que merecen un especial tratamento en función dos intereses colectivos distintos dos do puro propietario, estes bens que a pesar de ser de interese cultural non resultan agraciados pola lexislación de patrimonio histórico, están a cargo do dereito urbanístico (inmóbiles representativos das distintas correntes arquitectónicas, ou da chamada “arqueoloxía industrial”, constitúen algúns exemplos).

A protección destes bens de interese cultural non declarados formalmente como tales, pero que constitúen, desde un punto de vista cuantitativo, o groso do patrimonio cultural da cidade, presentan importantes e complexos proble-

mas xurídicos, tales como: a xustificación xurídica da súa selección, a concreción do seu réxime xurídico, a fixación dos deberes de conservación a cargo dos seus propietarios e a participación económica dos poderes públicos (fonte frecuente de litixios).

Desta forma, os catálogos urbanísticos son un bo exemplo da recepción da cultura no dereito urbanístico, e representan un vehículo esencial para a protección destes bens de interese cultural que non alcanzan a consideración de BIC.

Estes catálogos xestiónanos as comisións provinciais de urbanismo, que rexistran os bens catalogados de acordo co contido cultural do ben. Os edificios clasificados, trala selección, presentan un réxime especial en canto á declaración de ruína, sendo neste sentido a regra xeral a rehabilitación ou conservación do edificio, e a excepción a súa demolición. Contrapóñense, neste punto e en non poucas ocasións, os intereses dos particulares, que consideran excesivamente gravosa a conservación ou reparación dun edificio ou dunha parte do mesmo seriamente danado, e a Administración, partidaria de manter e de protexe-lo dito inmovible en beneficio do interese público. Do que se trata, en definitiva, é de harmoniza-las necesidades dos propietarios co interese público defendido pola Administración.

Como sinalamos anteriormente, estamos asistindo a un proceso de mellora das cidades, en prol de conseguilo seu embelecemento, actuación que non só se circunscribe ós barrios históricos, senón que tamén se dirixe cara ás zonas máis degradadas, nas que predomina a infravivenda ou que foron produto do desmesurado afán de desenvolvemento de anos anteriores, da época en que se construíron edificios sen respectar uns mínimos estéticos. As "estratexias de revitalización" veñen condicionadas á previa formulación dun plan de reforma interior que ten por obxecto a realización en solo urbano de operacións diversas como o desconxestionamento, creación de dotacións urbanísticas e equipamentos comunitarios, saneamento de barrios insalubres, resolución de problemas de circulación ou de estética e mellora do medio (creación de zonas axardinadas, peonís, etc.) ou dos servizos públicos ou outros fins análogos.

Pero as actuacións urbanísticas non se limitan á conservación das cidades, senón que tamén abarcan a rehabilitación destas; así, en virtude do Real decreto 2190/1995, do 28 de decembro, de medidas de financiamento de actuacións protexibles para o período 1996-1999, o Estado debe establecer un programa de actuación no cal se prevexan os conceptos sobre os que ha de recaer a rehabilitación en xeral. Encárganse as comunidades autónomas da tramitación das axudas que concede o Estado e de integra-la regulación estatal con outros contidos a través dos cales aquelas desenvolvan ou articulen unha política concreta rehabilitadora. Segundo o citado decreto, as actuacións básicas de rehabilitación diríxense á: rehabilitación de áreas, de edificios, adecuación de habitabilidade de vivenda, rehabilitación integral de edificios dunha soa vivenda e á ordenación do equipamento comunitario primario.

Podemos dicir que o sistema previsto en España para levar adiante a rehabilitación pode caracterizarse como un modelo de fomento que, en canto tal, deixa á libre iniciativa dos propietarios afectados pola zona ou área de rehabilitación a realización das obras no seu edificio.

Sen embargo, nin as medidas de fomento nin as de policía urbanística se mostran suficientes para a finalidade pretendida, como tampouco é a solución deixar, unicamente, en mans dos particulares a rehabilitación dunha cidade. A solución vén dada pola aprobación dun plan en que se integren os particulares no proceso de rehabilitación a través dun sistema que asegure o repartimento equitativo de cargas e beneficios; contribuirán, así, Administración e particulares ó logro do embelecemento das nosas cidades. Porque qué dúbida cabe de que unha cidade que coida a estética dos seus edificios e zonas vén a ser un positivo reflexo do nivel cultural dos seus habitantes. ■

Ángeles Pérez Vega

Bolseira da asesoría xurídica da Xunta de Galicia

La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia

Manuel Villoria Mendieta

Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1996

Os procesos de reforma e modernización administrativa, que non deben ser confundidos¹, dan orixe a unha inxente cantidade de literatura, tanto académica como oficial, que busca explicar ben o alcance e obxectivos destas reformas ben os resultados, positivos ou negativos segundo a avaliación do observador, que estas obtiveron. Moita desta literatura ten unha vixencia moi limitada, pois forma parte dunha industria, liderada por influentes *gurús*, dedicada ó deseño e á difusión de remedios “milagrosos” para as diversas enfermidades da Administración pública. Outra, pola contra, toma a serio os problemas da xestión administrativa e trata de propor ou de avaliar dun xeito realista as distintas experiencias.

O enorme caudal de literatura provoca que cada certo tempo se faga necesaria a aparición de libros que separen o gran da palla, que arranquen as malas herbas e deixen a agra aberta para a sementeira de reformas fértiles e productivas. Traballos como os de Caiden² e Echebarría³ fixeron este labor na primeira gran vaga de reformas administrativas, as baseadas nos movementos

¹ Vid. VILAS NOGUEIRA, José, e Miguel Anxo BASTOS BOUBETA, “Reforma e modernización administrativas. Especial referencia á Comunidade Autónoma de Galicia” en *Revista Galega de Administración Pública*, n.º 17, setembro-decembro 1997, páxs. 27-49.

² Vid. E. CAIDEN, Gerald, *Administrative Reform Comes of Age*, Walter de Gruyter, Berlín, 1991.

³ Vid. ECHEBARRÍA, Koldo, *La Administración pública en la era del management*, tese de doutoramento, Universidade de Deusto, 1993, mimeografado.

de cambio inspirados por Margaret Thatcher e Ronald Reagan e caracterizadas pola primacía de valores economicistas nas súas formulacións.

Estas formulacións economicistas foron superados nunha segunda vaga de reformas, as que constitúen, en acertada expresión de Sue Richards o “paradigma do cliente” na Administración pública⁴. Este novo paradigma, que vai alterar substancialmente o contido dos programas de reforma da Administración pública, fundamenta os seus obxectivos nunha orientación dupla: por unha banda incidirá nunha maior participación dos empregados na xestión administrativa e, pola outra, se cabe a que ten maior repercusión na retórica da reforma administrativa, buscará a democratización da Administración cara ó usuario, isto é procurando a súa implicación nos procesos de xestión dos servizos públicos. A satisfacción do cidadán-cliente converterase, deste xeito, no principio orientador da acción administrativa e, polo tanto, na guía das reformas emprendidas⁵.

É pois aquí, no marco deste paradigma do cliente, onde se encontra o traballo ó que nos imos referir. O libro de Manuel Villoria constitúe unha obra definitiva na explicación das causas, evolución e consecuencias das numerosas experiencias de reforma administrativa que se fixeron e aínda se fan baixo a influencia das novas filosofías da xestión pública. O libro distingue, ó noso entender, tres partes ben diferenciadas, se ben constitúen un todo homoxéneo. Na primeira delas, con moito a máis ampla e que abranguería os nove primeiros capítulos, o autor expón dun xeito exhaustivo todo o contorno, tanto externo como interno, das organizacións públicas, e trata de explicar, eu entendo que dun xeito moi afortunado, os condicionantes dos procesos de reforma e modernización emprendidos na época estudada polo autor. Nesta parte do libro repásanse tanto os procesos de reforma máis inmediatamente recentes que, como é natural, informarán e condicionarán en grande medida os procesos que lle sucederán e que constituirán o contorno interno máis inmediato das organizacións públicas⁶, como os condicionantes do contorno económico-social e político das administracións públicas. Os anos 90 asisten á fin da etapa máis difícil das duras políticas de axuste económico que caracterizaron os anos 80, pero pola súa vez revélase como inviable a volta ós vellos, e para as administracións públicas, felices tempos, nos que predominaban nos escenarios económicos occidentais as políticas de corte *keynesiano*. O autor explica moi ben e dun xeito moi rigoroso a pertinencia dun cambio de paradigma nos procedementos de xestión administrativa.

⁴ Vid. RICHARDS, Sue, “El paradigma del cliente en la gestión pública”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 1, setembro-décembro 1994, páxs. 5-16.

⁵ Sobre estes aspectos *vid.* LÖFFLER, Elke, “La modernización del sector público desde una perspectiva comparativa: Conceptos y métodos para evaluar y premiar la calidad en el sector público en los países de la OCDE”, *Documentos INAP* n.º 8, INAP, Madrid, 1996.

⁶ Procesos que poden levar a un baleirado competencial do Estado. *Vid.* G. PETERS, B., “Managing the Hollow State”, *International Journal of Public Administration*, n.º 3&4, vol. 17, 1994, páxs. 739-756.

A segunda parte do libro dedícase a describir e a avaliar as respostas dadas polos distintos sistemas político-administrativos ós condicionantes ambientais anteriormente expostos. Estas poden, en primeiro lugar⁷, ser actuacións que se centran na adecuación das actividades administrativas ós cambios que suceden ben na realidade social (integración das mulleres ou de minorías na Administración pública) ben nas tecnoloxías usadas no traballo administrativo. Este tipo de cambio administrativo está convenientemente tratado no libro, (especialmente no capítulo que fala da difusión tecnolóxica nas administracións públicas) o que non é frecuente na literatura académica do noso contorno que non adoita interesarse por estas cuestións e prefere centrar os seus esforzos de análise no segundo tipo de respostas que se poden distinguir. Estas, a diferenza das anteriores, responden a un plano deliberado previamente establecido, e son normalmente iniciadas cun documento oficial promulgado por algunha instancia oficial. É este segundo tipo de actuacións reformadoras o que merece a atención do noso autor. Este analiza, entre moitas outras, a creación de axencias, a privatización e as desregulacións e as aínda tímidas experiencias de implantación de sistemas de calidade total nas administracións públicas. O autor explica estas respostas con base no xurdimiento dun novo paradigma posburocrático que determinará a forma de funcionar das organizacións, xa sexan estas públicas ou privadas, nun futuro próximo. Esta nova forma de organización e xestión posburocrática apuntada na obra, ben descrita en numerosos libros e traballos como os de Barzelay ou Hecker e Donnellon, explicará e perfilará as reformas que antes englobamos baixo o epígrafe de paradigma do cliente. Os fins da incorporación de elementos procedentes deste novo paradigma no desempeño das administracións públicas virían, deste xeito, xustificados pola necesidade de axustar as anticuadas prácticas burocráticas ós novos requirimentos das modernas administracións públicas. Isto pode ser certo, pero ¿por que as instancias político-administrativas van asumir os custos políticos e económicos de emprender tan ambiciosas reformas sen tirar nada a cambio? ¿Non será que este novo paradigma posburocrático responde ós intereses dos políticos ó quitarlles poder de decisión ós burócratas, no seu proveito? A resposta a estas preguntas non é dada. O autor entendo que deberá resolvela en futuros traballos. Eu entendo que as reformas emprendidas, alomenos as que tiveron unha maior incidencia, se pensaron co obxectivo, principal máis non único, de recortar o poder que co tempo foron acumulando as organizacións burocráticas e devolvérllelo ós políticos electos ou ós individuos por eles designados.

A terceira parte da obra é curta, pero moi interesante. O autor fai vinte propostas de cambio ó servizo da democracia. É a parte máis discutible do texto que nos ocupa, non pola calidade ou oportunidade das propostas, que

⁷ Unha distinción entre ámbolos dous tipos de reformas explicámola con máis detalle en VILAS NOGUEIRA, José e Miguel A. BASTOS BOUBETA..., *op. cit.*

son interesantes e moi coherentes, senón porque discrepo, e entendo que hai moitas razóns para diferir, neste caso sendo politicamente incorrecto, da idoneidade, oportunidade ou funcionalidade dalgunha das propostas que alí se presentan. A proposta sétima, por exemplo, presenta algunha forma de integración dos axentes críticos nas estruturas da Administración, así como a articulación do proceso de elaboración de políticas públicas, de forma que este acadade uns mínimos canons de apertura e igualdade para os afectados no proceso. Como desexo está ben. O problema é que se formulan cuestións de tipo operacional e de tipo funcional. ¿Como establecer criterios normativos de participación que satisfagan as partes? ¿Non pode ser que a apertura ós axentes críticos xere expectativas de participación democrática que non poidan ser satisfeitas sen unha frustración aínda maior entre os participantes?, ¿O proceso de toma de decisións non se realizaría, de lle facer caso ó autor, extremadamente lento e pesado? A vella e tradicional burocracia ríxida e inflexible ten moitos defectos, pero entendo que segue a ser aínda moi adecuada para os complexos procesos decisorios que lle incumben ó sector público. Isto ademais podería contradicirse co *desiderátum* exposto no apartado décimo segundo. Neste apartado insístease na importancia de valores como a imparcialidade, a xustiza ou a representatividade⁸. ¿Non se primarían na toma de decisións aqueles axentes críticos mellor dotados de recursos organizativos quebrantándose deste xeito os principios de xustiza e de igualdade de trato? Un exceso de democracia nas organizacións pode, polas peculiares características do sector público, dificultar aínda máis o seu tortuoso proceso decisorio e pór novos grans de area na maquinaria da Administración pública.

Que estas afirmacións sexan discutibles non lle restan nada de valor ó traballo, máis ben danllo. As propostas normativas adoitan vir da man de *gurús* e de profetas do cambio administrativo, recollidas en libros best-seller de colorida portada á venda en aeroportos e estacións de trens, e non en libros serios, de corte académico e da calidade do que describimos aquí. É, pois, necesario un achegamento serio e profesional ás propostas normativas de reforma e de modernización administrativa e non deixar para os académicos a doada función de críticos das propostas e actuacións daqueles que botan sobre as súas costas a carga de tentar melloralas nosas administracións. ■

Miguel Anxo Bastos Boubeta

Profesor de ciencia política e da Administración.

Facultade de Ciencias Políticas e Sociais.

Universidade de Santiago de Compostela

⁸ No texto tamén se fai referencia á participación como valor que hai que defender, pero como é este precisamente o valor que estamos a discutir preferín non incluílo na enumeración.

REGAP

ÍNDICES

DOS 20 PRIMEIROS
NÚMEROS DA REGAP



Índices

0-20

| | |
|---|-----|
| I. ESTUDIOS E NOTAS E COMENTARIOS | 327 |
| I.I. Índice de materias | 327 |
| Administración de xustiza | 327 |
| Administración única | 328 |
| Avaliación | 328 |
| Camiño de Santiago | 328 |
| Codificación | 328 |
| Competencias autonómicas | 328 |
| Comunidades autónomas: federalismo e rexionalismo | 329 |
| Consumo | 330 |
| Contratos administrativos | 330 |
| Deportes | 330 |
| Dereito civil | 330 |
| Dereito comunitario | 330 |
| Dereito de propiedade | 331 |
| Dereito laboral | 331 |
| Dereito marítimo | 331 |
| Dereito penal | 331 |
| Dereito político | 331 |
| Dereito tributario | 331 |

| | |
|---|------------|
| Dereitos dos cidadáns | 332 |
| Dereitos fundamentais | 332 |
| Escolas de Administración pública | 332 |
| Estado de benestar | 332 |
| Estatuto de autonomía de Galicia | 333 |
| Ética pública | 333 |
| Expropiación forzosa | 333 |
| Farmacias | 333 |
| Formación e motivación | 333 |
| Función consultiva | 333 |
| Función de control | 334 |
| Función pública | 334 |
| Lingua | 334 |
| Manuel Colmeiro | 334 |
| Medio natural | 335 |
| Montes | 335 |
| Ordenación do territorio | 335 |
| Organización administrativa | 335 |
| Organizacións | 336 |
| Pesca | 336 |
| Poder lexislativo | 336 |
| Procedemento administrativo | 336 |
| Publicidade | 336 |
| Recursos administrativos | 337 |
| Reforma e modernización administrativa | 337 |
| Responsabilidade patrimonial | 338 |
| Réxime electoral | 338 |
| Réxime local | 338 |
| Sanidade | 339 |
| Servicios públicos | 339 |
| Silencio administrativo | 339 |
| Universidade | 340 |
| Urbanismo | 340 |
| Xestión pública | 340 |
| Xunta de Galicia | 340 |
| Xurisdicción contencioso-administrativa | 340 |
| I.II. Índice de autores | 341 |
| II. LEXISLACIÓN | 350 |
| III. JURISPRUDENCIA | 350 |

| | |
|---|-----|
| IV. CRÓNICA PARLAMENTARIA | 351 |
| V. CRÓNICA ADMINISTRATIVA | 352 |
| V.I. Índice por materias | 352 |
| Administración única | 352 |
| Camiño de Santiago | 352 |
| Codificación | 353 |
| Comunidades autónomas: federalismo e rexionalismo | 353 |
| Consu | 353 |
| Contratos administrativos | 353 |
| Dereito civil | 353 |
| Dereito laboral | 353 |
| Dereito penal | 354 |
| Dereito tributario | 354 |
| Estado de benestar | 354 |
| Estatuto de autonomía de Galicia | 354 |
| Ética pública | 354 |
| Formación e motivación | 354 |
| Función pública | 354 |
| Galegos ilustres | 355 |
| Lingua | 355 |
| Medio natural | 355 |
| Medios de comunicación | 356 |
| Montes | 356 |
| Organizacións | 356 |
| Privatizacións | 356 |
| Procedemento administrativo | 356 |
| Propiedade intelectual | 356 |
| Reforma e modernización administrativa | 356 |
| Responsabilidade patrimonial | 357 |
| Réxime local | 357 |
| Servicios públicos | 357 |
| Unión Europea | 357 |
| Urbanismo | 357 |
| Xestión pública | 358 |
| Xurisdicción contencioso-administrativa | 358 |
| VI. BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS | 358 |

ÍNDICES DA *REGAP*

Anos 1992-1998

Núms. 0-20

Ana María Giráldez Riveiro
María Fera Romero
Bolsseiras de Estudio e Investigación da EGAP

I. ESTUDIOS E NOTAS E COMENTARIOS

I.I. Índice de materias

ADMINISTRACIÓN DE XUSTIZA

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "A tipoloxía de sentencias do órgano de xustiza constitucional," *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 173.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La Administración de Justicia en Galicia", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 83.
- GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, "Sobre a creación dos xulgados do contencioso-administrativo", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 145.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, Luis Felipe, "O Tribunal Constitucional a través da súa xurisprudencia", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 189.
- RODRÍGUEZ ENNES, Luis, "O Tribunal Superior de Xustiza e a Comunidade Autónoma", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 61.

ADMINISTRACIÓN ÚNICA

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Administración única e Estado autonómico", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 83.

CRiado ALONSO, Fernando, "Administración única, debate administrativo e reforma de descentralización en España", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 117.

SERNA GÓMEZ, Francisco José, "Administración única para Galicia: una propuesta abierta", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 99.

AVALIACIÓN

OLÍAS DE LIMA GETE, Blanca, "La gestión de los servicios públicos y la evaluación del rendimiento", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 11.

VIÑAS, VERÓNICA E., "La evaluación de los proyectos de ayuda al desarrollo. Lecciones de la experiencia", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 195.

CAMIÑO DE SANTIAGO

GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La Rioja y el Camino de Santiago: estructuras jacobeanas del sistema riojano", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 151.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "La protección jurídica del Camino de Santiago en Aragón", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 149.

MEILÁN GIL, José Luis, "A regulación xurídica do "Camino de Santiago" dende a perspectiva do Estado autonómico", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 11.

CODIFICACIÓN

BRAIBANT GUY, "A codificación francesa", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 105.

GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, "A exposición de motivos das normas, reflexións corrente cálam", *REGAP*, núm. 17, setembro-desembro, 1997, páx. 51.

COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

BARRIO GARCÍA, Gonzalo, "De novo sobre o réxime competencial do deporte. A propósito da Lei do deporte de Galicia", *REGAP*, núm. 17, setembro-desembro, 1997, páx. 101.

BELLO JANEIRO, Domingo, "Competencias galegas en materia de menores, normas propias", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 179.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "As competencias estatais e autonómicas en materia de relacións internacionais", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 59.

— "El reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas: su problemática general", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 39.

LÓPEZ MIRA, Álvaro Xosé, "Reforma estatutaria e ampliación de competencias. Comunidade Autónoma de Galicia", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 151.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS: FEDERALISMO E REXIONALISMO

- ARIAS MARTÍNEZ, M^a Antonia, "A participación das rexións italianas na formación das decisións comunitarias", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 127.
- AYMERICH CANO, Carlos I., "O principio de solidariedade interterritorial e a política rexional", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 231.
- "O principio de colaboración no Estado autonómico. Os instrumentos de colaboración interadministrativa", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 91.
- CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, José Luís, "Execución autonómica, supervisión estatal e Administración periférica", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 31.
- CASTELLS ARTECHE, José Manuel, "Problemática actual del estado autonómico", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 31.
- CRUZ ALLI, Juan, "O futuro do Estado das autonomías. Estado federal ou Estado rexional", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 9.
- FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, Claro J., "La región como espacio político: nacionalismo y regionalismo en los estados contemporáneos", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 153.
- GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, "A Comunidade Autónoma como espacio administrativo", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 175.
- LAVILLA RUBIRA, Juan J., "Las comunidades autónomas y las corporaciones locales (en especial, provincias y municipios)", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 35.
- LÓPEZ MIRA, Álvaro Xosé, "Unha aproximación constitucionalista ó xogo interrelacional: Estado-comunidades autónomas-entes locais (I)", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 89.
- "Unha aproximación constitucionalista ó xogo interrelacional: Estado-comunidades autónomas-entes locais (II)", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 121.
- PEREIRA, Armando, "O proceso da regionalização em Portugal", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 199.
- RUIZ HIDALGO, Carmen, "O novo financiamento das comunidades autónomas: a cesión do 30% do IRPF", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 59.
- SALA ARQUER, José Manuel, "Estado de autonomías y convención constitucional: el papel de los denominados pactos autonómicos", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 173.
- SERNA GÓMEZ, Francisco José, "Os ordenamentos xurídicos autonómicos: problemática da súa configuración e integración", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 35.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan J., "Estado compuesto y Estado autonómico", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 95.
- TETTINGER PETER J., "Aspectos fundamentales de la estructura administrativa en el Estado Federal Alemán", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 69.
- VARI, Massimo, "La nueva reglamentación italiana de las colectividades territoriales", *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 37.
- ZUBIA ATXAERANDIO, Joseba De, "El compromiso autonómico: un compromiso de Estado", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 153.

CONSUMO

BELLO JANEIRO, Domingo, "Cláusulas de exclusión ou redución de responsabilidade na Lei xeral de consumidores e usuarios", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 99.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

CABELLO DE LOS COBOS, Luis M^a, "Comentarios a la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 51.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Carlos, "Os pregos na contratación administrativa: a súa regulación normativa presente e futura", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 221.

RODRÍGUEZ BLANCO, Ángel, "A nova Lei de contratos das administracións públicas e a súa incidencia no modelo de xestión do gasto público", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 159.

DEPORTES

BARRIO GARCÍA, Gonzalo, "De novo sobre o réxime competencial do deporte. A propósito da Lei do deporte en Galicia", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 101.

DEREITO CIVIL

BELLO JANEIRO, Domingo, "Valoración global da Lei 29/1994, de arrendamentos urbanos", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 47.

— "O desenvolvemento do dereito civil de Galicia no tráfico xurídico moderno", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 49.

— "Competencias galegas en materia de menores, normas propias", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 179.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "O réxime xurídico da protección civil en España: a Lei 2/1985, do 21 de xaneiro, de protección civil", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 13.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel, "Estatuto de la propiedad inmobiliaria: deberes y facultades", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 69.

DEREITO COMUNITARIO

ALIENDE CANALES, José Manuel, "Las relaciones entre la Unión Europea y Mercosur: balance y perspectivas", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 13.

ARIAS MARTÍNEZ, M^a Antonia, "A participación das rexións italianas na formación das decisións comunitarias", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 127.

AYMERICH CANO, Carlos I., "Entes instrumentais e dereito comunitario da contratación pública: o concepto de "organismo de dereito público" (acerca da Sentencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 15 de xaneiro de 1998)", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 181.

DEREITO DE PROPIEDAD

GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, "Los límites del derecho de propiedad en el marco del sistema jurídico de la cuota láctea", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 151.

DEREITO LABORAL

DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo, "Sobre o capítulo I do proxecto da Lei de folga", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 125.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, "La génesis de la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 71.

— "A xestación do proxecto governamental, emendado, de Lei orgánica de regulación da folga", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 59.

PENA LÓPEZ, Agustín Ignacio, "Presente e futuro do artigo 32, núm. 5, do Estatuto dos traballadores", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 49.

DEREITO MARÍTIMO

MEILÁN GIL, José Luis, "A Lei de costas e as competencias das comunidades autónomas", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 35.

DEREITO PENAL

PARDO GATO, José Ricardo, "El marco constitucional de la potestad sancionadora de la Administración: la aplicabilidad de los principios del proceso penal", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 167.

VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, "Introducción a los delitos contra la Administración pública", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 77.

DEREITO POLÍTICO

BÉRTOLO CADENAS, Juan J., "A lei electoral española e os efectos da aplicación do sistema d'Hondt nas eleccións españolas do 3 de marzo de 1996", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 79.

ROCA ROCA, Eduardo, "La génesis del constitucionalismo español y el Estado de derecho. (Los diputados americanos en 1812)", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 95.

YUSTY BASTARRECHE, José, "As formas de gobernar na España do antigo réxime", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 117.

DEREITO TRIBUTARIO

BASSOLS COMA, Martín, "El ejercicio de actividades económicas por los entes locales", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 11.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel, "Marxinais á STSXG 807/1992, do 26 de outubro: cavilacións sobre o sistema tributario sancionador", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 199.

DUARTE MORAIS, Rui, "Evolución reciente de la tributación predial en Portugal", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 185.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio, "A colaboración entre administracións públicas. Análise dun modelo aplicable en materia tributaria", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 191.

MÍGUEZ BEN, Eduardo, "Reformatio in peius e reclamacións económico-administrativas", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 27.

NIETO MONTERO, Juan José, "Sistema de recursos contra actos tributarios dos entes locais ante a nova Lei de procedemento administrativo", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 185.

— "As recargas sobre impostos estatais no novo sistema de financiamento autonómico", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 35.

RODRÍGUEZ BLANCO, Ángel, "A nova Lei de contratos das administracións públicas e a súa incidencia no modelo de xestión do gasto público", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 159.

RUÍZ HIDALGO, Carmen, "O novo financiamento das comunidades autónomas, a cesión do 30% do IRPF", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 59.

VILAS NOGUEIRA, José, "O gasto público como condicionante de estratexias políticas locais", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 85.

DEREITOS DOS CIDADÁNS

BELTRÁN VILLALVA, Miguel, "A igualdade dos cidadáns ante as administracións públicas", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 139.

ROCA ROCA, Eduardo, "La audiencia de los ciudadanos en el artículo 105.a) de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 245.

DEREITOS FUNDAMENTAIS

GUERRA FILHO, Willis Santiago, "Dereitos fundamentais, teoría e realidade normativa", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 135.

— "Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 223.

ESCOLAS DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ALVARELLOS GALVE, Constantino, "Actividades de promoción da lingua galega por parte da Escola Galega de Administración Pública da Xunta de Galicia", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 231.

SARAVIA, Enrique, "Las escuelas e institutos de Administración pública en América Latina frente a la crisis del Estado. Situación actual y perspectivas de transformación", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 11.

ESTADO DE BIENESTAR

MARTÍN LÓPEZ, Enrique, "La crisis del Estado de bienestar", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 157.

ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA

- D'AMORÍN VIÉITEZ, Xabier, "Estatuto de autonomía de Galicia e xurisdicción constitucional", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 11.
- LÓPEZ MIRA, Alonso Xosé, "Reforma estatutaria e ampliación de competencias. Comunidad Autónoma de Galicia", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 151.
- MEILÁN GIL, José Luis, "O Estatuto de autonomía quince anos despois", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 13.
- VILAS NOGUEIRA, José, "A Administración pública no proceso estatutario de Galicia na II República", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 49.

ÉTICA PÚBLICA

- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Ética en la Administración pública", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 27.
- MEILÁN GIL, José Luis, "Ética pública e formación de funcionarios", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 223.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime, "A transparencia na Administración pública", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 27.

EXPROPIACIÓN FORZOSA

- GARCÍA TREVIJANO, José A., "Expropiación y reversión de los terrenos. Excepciones", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 211.

FARMACIAS

- CARBALLEIRA RIVERA, M^a Teresa e FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier, "A nova ordenación farmacéutica de Galicia", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 149.

FORMACIÓN E MOTIVACIÓN

- BELLO JANEIRO, Domingo, "A selección e a formación do persoal da Administración pública", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 13.
- DUFFAU, Jean Marie, "Preparar el futuro con la formación", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 117.
- GONZÁLEZ-HABA GUIADO, Vicente M^a, "La motivación en la Administración española", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 97.
- MEILÁN GIL, José Luis, "Ética pública e formación de funcionarios", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 223.
- SERRANO MARTÍNEZ, Gonzalo, "La motivación laboral: mantenimiento y desarrollo", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 119.

FUNCIÓN CONSULTIVA

- RUIZ MIGUEL, Carlos, "A función consultiva na Constitución. O Consello de Estado", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 37.

FUNCIÓN DE CONTROL

- BLANCO DE TELLA, Luis, "Notas sobre la función de control", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 81.
- NOVOA MONTERO, Juan José, "Control de legalidade *versus* control financeiro na xestión do gasto público", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 169.
- SANÍN MARIÑO, Eva, "As unidades para a coordinación e o control de xestión", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 213.

FUNCIÓN PÚBLICA

- ALONSO COLOMER, Francisco, "La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos en el marco estatutario", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 113.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José e RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, "A mediación na negociación colectiva do sector público", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 149.
- GÁRATE CASTRO, Javier, "Os suxeitos da negociación colectiva de empregados públicos", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 37.
- GÓMEZ OTERO, Carlos A., "O personal de Administración e servicios das universidades galegas e o ámbito de aplicación da Lei da función pública galega", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 179.
- LÓPEZ RODÓ, Laureano, "O elemento persoal nas administracións públicas", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 67.
- MARTÍN PÉREZ, Pedro Antonio, "La función pública local y sus problemas actuales", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 139.
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, "La génesis de la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 71.
- NIGRO, Félix A., "A administración do persoal no sector público", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 93.
- ROMÁN MASEDO, Laura, "Burocracia e transición política. Algúns apuntamentos sobre o caso español (1975-1982)", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 165.
- VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, "Introducción a los delitos contra la Administración pública", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 77.

LINGUA

- ALVARELLOS GALVE, Constantino, "Actividades de promoción da lingua galega por parte da Escola Galega de Administración Pública da Xunta de Galicia", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 231.

MANUEL COLMEIRO

- GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, "Centralización e descentralización no pensamento de Manuel Colmeiro", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 97.
- MÍNGUEZ GOYANES, José Luis, "Principios dun sistema de comunicacións. Un documento inédito de Manuel Colmeiro (1818-1894)", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 201.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime, "Manuel Colmeiro: un ilustre administrativista galego (1884-1994)", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 117.

MEDIO NATURAL

ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, "El impuesto sobre la contaminación atmosférica de Galicia", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 161.

BAAMONDE LÓPEZ, Plácido, "O proceso de cambio na defensa contra incendios forestais en Galicia 1990-1993", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 225.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel, "A tutela xurídica do medio ambiente desde a Comunidade Europea e o dereito comunitario (Tratado de Maastricht), o Estado interno e as comunidades autónomas", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 137.

Decreto 4/1996, do 12 de xaneiro, polo que se aproba o Regulamento do imposto sobre a contaminación atmosférica, *REGAP* núm. 12, 1996, páx. 155.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio e NOGUEIRA LÓPEZ, M^a da Alba, "Unha forma de intervención administrativa na protección do medio ambiente, o imposto galego sobre a contaminación atmosférica", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 189.

Lei 12/1995, do 29 de decembro, do imposto sobre a contaminación atmosférica, *REGAP* núm. 12, 1996, páx. 149.

NOGUEIRA LÓPEZ, M^a da Alba, "Repercusións ambientais das canteiras: aproximación xurídica a certas técnicas de control e vías de limitación dos impostos", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 201.

PEÑA CASTIÑEIRA, Francisco José, "A actuación dos gobernos no medio ambiente: políticas públicas ambientais", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 153.

MONTES

BAAMONDE LÓPEZ, Plácido, "O proceso de cambio na defensa contra incendios forestais en Galicia 1990-1993", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 225.

RAPOSO ARCEO, Juan Jesús, "Os montes. Montes comunais, réxime xurídico do seu aproveitamento. Xestión do patrimonio forestal. Os montes veciñais en man común", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 47.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, "Algúns aspectos do réxime xurídico de montes en man común en Galicia", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 65.

ORDENACIÓN DO TERRITORIO

PRECEDO LEDO, Andrés, "Ordenación do territorio: un modelo global e participativo", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 9.

ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo, "Unha apertura pluralista da Administración", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 171.

URTASUN AMANN, Rafael, "Las administraciones públicas y sus relaciones", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 153.

ORGANIZACIÓNS

MIGUEL DOMÍNGUEZ, José Carlos De, DÍEZ DE CASTRO, José e BARRADA BEIRAS, Carlos, "Organizacións públicas versus privadas: unha distinción", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 131.

MORALES DOMÍNGUEZ, José F., "Liderato e produtividade nas organizacións", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 181.

PESCA

GARCÍA PÉREZ, Marta A., "O réxime xurídico das explotacións acuícolas na Comunidade Autónoma galega", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 73.

PODER LEXISLATIVO

AMEIJENDA CUNS, José M^a, "Consideracións sobre a problemática da autonomía financeira das cámaras lexislativas. Referencia específica ó Parlamento de Galicia", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 33.

PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO

FERNÁNDEZ AREAL, Manuel, "Información e Administración á luz da nova Lei de procedemento administrativo", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 11.

GABALDÓN LÓPEZ, José, "Sobre el silencio administrativo", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 51.

GIMENO SENDRA, Vicente, "El derecho a un proceso "administrativo" con todas las garantías", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 41.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Ante el nuevo procedimiento administrativo", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 9.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, "O factor tempo no Proxecto de lei de procedemento administrativo", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 97.

NIETO MONTERO, Juan José, "Sistema de recursos contra actos tributarios dos entes locais ante a nova Lei de procedemento administrativo", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 185.

PUY FRAGA, Pedro, "O procedemento administrativo como factor na toma de decisións públicas", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 163.

SARDINA PÁRAMO, Juan A., "La Ley del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de 26 de noviembre de 1992", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 55.

SUÁREZ GARCÍA, Javier, "Los recursos administrativos en la nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 165.

URTASUN AMANN, Rafael, "Las administraciones públicas y sus relaciones", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 153.

PUBLICIDADE

FERNÁNDEZ AREAL, Manuel, "Publicidade e mensaxes publicitarias, aspectos socioxurídicos", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 63.

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

- BOQUERA OLIVER, José M^a, "Fundamento y regulación de los recursos administrativos", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 13.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín, "El recurso extraordinario de revisión en la LOFAGE: un recorrido por la normativa estatal y autonómica", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 239.
- NIETO MONTERO, Juan José, "Sistema de recursos contra actos tributarios dos entes locais ante a nova Lei de procedemento administrativo", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 185.
- QUINTAS RODRÍGUEZ, Juan Bautista, "Os recursos no proceso contencioso-administrativo", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 181.
- SUÁREZ GARCÍA, Javier, "Los recursos administrativos en la nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 165.

REFORMA E MODERNIZACIÓN ADMINISTRATIVA

- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Administración única e Estado autonómico", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 83.
- BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo, "Unha apertura pluralista da Administración", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 171.
- CANALES ALIENDE, José Manuel, "La demanda de producción de bienes y servicios, y la concepción del administrado como cliente en el proceso de modernización administrativa", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 183.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "Reforma administrativa en la Argentina", *REGAP* núm. 0, 1992, páx. 63.
- CRiado ALONSO, Fernando, "Administración única, debate administrativo e reforma de descentralización en España", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 117.
- Ferreira FERNÁNDEZ, Antonio Javier, "Apunte bibliográfico sobre la reforma administrativa", *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 137.
- FLORENSA I PALAU, Marisa, "La reforma administrativa en la Comunidad Autónoma de Cataluña", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 121.
- GHEVONTIAN, Richard, "La reforma administrativa en Francia", *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 29.
- HAUSCHILD, Christoph, "La modernización de la Administración pública de la República Federal de Alemania", *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 55.
- HUIDOBRO DÍEZ, César, "La reforma administrativa en la Comunidad Autónoma de Castilla y León", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 163.
- LÓPEZ-CHAVES Y CASTRO, Ignacio, "Seminario internacional sobre a reforma administrativa", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 257.
- MACEDO DE OLIVEIRA, Evaldo e SOARES EDLER, Paulo, "Experiencias de reforma administrativa en Brasil: contexto, objetivos, estrategias y resultados", *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 81.
- MÁRQUEZ CRUZ, Guillermo, "La simplicación administrativa en el proceso de modernización de la gestión pública", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 105.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime, "Reforma administrativa e Estado autonómico", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 73.

— “Reflexións sobre a reforma e modernización da Administración pública”, *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 11.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Dositeo, “Reforma e modernización da Administración pública galega”, *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 11.

SERNA GÓMEZ, Francisco José, “Administración única para Galicia: una propuesta abierta”, *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 99.

SIEDENTOPF, Heinrich, “La reforma administrativa en la República Federal de Alemania”, *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 45.

VILAS NOGUEIRA, José e BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo, “Reforma e modernización administrativas. Especial referencia á comunidade autónoma de Galicia”, *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 27.

RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

ALONSO COLOMER, Francisco, “La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos en el marco estatutario”, *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 113.

RÉXIME ELECTORAL

BÉRTOLO CADENAS, Juan J., “A Lei electoral española e os efectos da aplicación do sistema d’Hondt nas eleccións españolas do 3 de marzo de 1996”, *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 79.

VILAS NOGUEIRA, José e GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Eduardo L., “As representacións da poboación do apoio electoral dos partidos: Galicia 1987”, *REGAP* núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 13.

RÉXIME LOCAL

BASSOLS COMA, Martín, “El ejercicio de actividades económicas por los entes locales”, *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 11.

CAL Y CORTINA, Rosa M^a Gabriela De, “Os concellos galegos na encrucillada política do primeiro constitucionalismo”, *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 221.

CALVETE PÉREZ, Enrique, “O crédito local: regulación xurídica, carga financeira, procedementos e modalidades”, *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 193.

CARBALLEIRA RIVERA, M^a Teresa, “A concesión de servicios públicos locais”, *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 73.

CEBREIROS ÁLVAREZ, Eduardo, “Aplicación das reformas municipais de Carlos III na cidade de Santiago de Compostela. (1766-1788)”, *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 189.

FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier, “Composición de los órganos de selección de los funcionarios locales: principios generales y normativa aplicable”, *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 95.

GALOFRÉ I CRESPI, Jaime, “Los organismos autónomos locales”, *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 37.

LAVILLA RUBIRA, Juan J., “Las comunidades autónomas y las corporaciones locales (en especial, provincias y municipios)”, *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 35.

- LÓPEZ MIRA, Álvaro Xosé, "Unha aproximación constitucionalista ó xogo interrelacional: Estado-comunidades autónomas-entes locais (I)", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 89.
- "Unha aproximación constitucionalista ó xogo interrelacional: Estado-comunidades autónomas-entes locais (II)", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 121.
- MARTÍN MATEO, Ramón, "Os consorcios locais. Unha institución en auxe", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 25.
- MARTÍN PÉREZ, Pedro Antonio, "La función pública local y sus problemas actuales", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 139.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, "O Consello Provincial de Lugo. Os primeiros anos (1845-1849)", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 105.
- NIETO MONTERO, Juan José, "Sistema de recursos contra actos tributarios dos entes locais ante a nova Lei de procedemento administrativo", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 185.
- ORTEGO GIL, Pedro, "Os proxectos progresistas das deputacións de 1842", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 55.
- ROCA ROCA, Eduardo, "Los subdelegados del gobierno y de la nueva organización territorial de las provincias en España", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 145.
- SOSA WAGNER, Francisco, "Las sociedades mercantiles como forma de gestión de servicios públicos locales", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 41.
- VILAS NOGUEIRA, José, "O gasto público como condicionante de estratexias políticas locais", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 85.

SANIDADE

- CABEZA PEREIRO, J., "Situación actual y perspectivas del sistema de seguridad social", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 129.
- CASTELLÓN LEAL, Enrique, "A colaboración do seguro privado na xestión da aseguranza sanitaria", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 215.

SERVICIOS PÚBLICOS

- CARBALLEIRA RIVERA, M^a Teresa, "A concesión de servicios públicos locais", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 73.
- CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel De La, "Perspectivas dos servicios públicos españois para a década dos noventa", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 17.
- OLÍAS DE LIMA GETE, Blanca, "La gestión de los servicios públicos y la evaluación del rendimiento", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 11.
- SOSA WAGNER, Francisco, "Las sociedades mercantiles como forma de gestión de servicios públicos locales", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 41.

SILENCIO ADMINISTRATIVO

- GABALDÓN LÓPEZ, José, "Sobre el silencio administrativo", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 51.

UNIVERSIDADE

- GÓMEZ OTERO, Carlos A., "O persoal de administración e servizos das universidades galegas e o ámbito de aplicación da Lei da función pública galega", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 179.
- RODRÍGUEZ ENNES, Luis, "A autonomía das universidades galegas e a súa relación coas comunidades autónomas", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 103.
- VALLEJO GARCÍA-HEVIA, José María, "Campomanes, la reforma universitaria y el control de la enseñanza en la España de la segunda mitad del siglo XVIII", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 45.

URBANISMO

- BLANCO NESPHEREIRA, Ana M^a, "A potestade da Administración pública de altera-lo planeamento urbanístico", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 147.
- DÍAZ LEMA, José Manuel, "A lexislación urbanística de Galicia e o texto refundido sobre réxime do solo e ordenación urbana do 26 de xuño de 1992", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 77.
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena, "Descentralización do urbanismo e autonomía local a raíz da Constitución: A propósito da potestade autonómica de suspensión e revisión dos acordos das entidades locais", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 107.
- GARCÍA TREVIANO, José A., "Expropiación y reversión de los terrenos. Excepciones", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 211.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., "Régimen del suelo no urbanizable: problemas y perspectivas", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 77.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Faustino, "Competencias das deputacións provinciais en materia urbanística", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 85.
- MEILÁN GIL, José Luís e FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena, "A Lei do solo de Galicia e a lexislación urbanística do Estado", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 13.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel, "Estatuto de la propiedad inmobiliaria: deberes y facultades", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 69.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., "La propiedad inmobiliaria en la gestión urbanística: las facultades urbanísticas", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 47.

XESTIÓN PÚBLICA

- FOWELL, Ray, "A xestión estratéxica", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 127.

XUNTA DE GALICIA

- BOUZAS, Ramón; DIZ, Isabel e GARCÍA ARIAS, Celestino, "Xunta de Galicia: renovación e permanencia das elites políticas", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 221.

XURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

- GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, "Sobre a creación dos xulgados do contencioso-administrativo", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 145.

QUINTAS RODRÍGUEZ, Juan Bautista, "Os recursos no proceso contencioso-administrativo", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 181.

I.II. Índice de autores

- ALIENDE CANALES, José Manuel, "Las relaciones entre la Unión Europea y Mercosur: balance y perspectivas", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 13.
- ALONSO COLOMER, Francisco, "La responsabilidad patrimonial de los empleados públicos en el marco estatutario", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 113.
- ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, "El impuesto sobre la contaminación atmosférica de Galicia", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 161.
- ALVARELLOS GALVE, Constantino, "Actividades de promoción da lingua galega por parte da Escola Galega de Administración Pública da Xunta de Galicia", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 231.
- AMEIJENDA CUNS, José M^a, "Consideracións sobre a problemática da autonomía financeira das cámaras lexislativas. Referencia específica ó Parlamento de Galicia", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 33.
- ARIAS MARTÍNEZ, M^a Antonia, "A participación das rexións italianas na formación das decisións comunitarias", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 127.
- AYMERICH CANO, Carlos I., "O principio de solidariedade interterritorial e a política rexional", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 231.
- "O principio de colaboración no Estado autonómico. Os instrumentos de colaboración interadministrativa", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 91.
- "Entes instrumentais e dereito comunitario da contratación pública: o concepto de "organismo de dereito público" (acerca da Sentencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 15 de xaneiro de 1998)", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 181.
- BAAMONDE LÓPEZ, Plácido, "O proceso de cambio na defensa contra incendios forestais en Galicia 1990-1993", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 225.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "Administración única e Estado autonómico", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 83.
- BARRADA BEIRAS, Carlos, DÍEZ DE CASTRO, José e MIGUEL DOMÍNGUEZ, José Carlos De, "Organizacións públicas versus privadas: unha distinción", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 131.
- BARRIO GARCÍA, Gonzalo, "De novo sobre o réxime competencial do deporte. A propósito da Lei do deporte en Galicia", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 101.
- BASSOLS COMA, Martín, "El ejercicio de actividades económicas por los entes locales", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 11.
- BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo, "Unha apertura pluralista da Administración", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 171.
- BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo e VILAS NOGUEIRA, José, "Reforma e modernización administrativas. Especial referencia á Comunidade Autónoma de Galicia", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 27.
- BELLO JANEIRO, Domingo, "Valoración global da Lei 29/1994, de arrendamentos urbanos", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 47.
- "O desenvolvemento do dereito civil de Galicia no tráfico xurídico moderno", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 49.

- “Competencias galegas en materia de menores, normas propias”, *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 179.
- “A selección e a formación do persoal da Administración pública”, *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 13.
- “Cláusulas de exclusión ou redución de responsabilidade na Lei xeral de consumidores e usuarios”, *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 99.
- BELTRÁN VILLALVA, Miguel, “A igualdade dos cidadáns ante as administracións públicas”, *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 139.
- BÉRTOLO CADENAS, Juan J., “A lei electoral española e os efectos da aplicación do sistema d’Hondt nas eleccións españolas do 3 de marzo de 1996”, *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 79.
- BLANCO DE TELLA, Luis, “Notas sobre la función de control”, *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 81.
- BLANCO NESPEREIRA, Ana M^a, “A potestade da Administración pública de altera-lo planeamento urbanístico”, *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 147.
- BOQUERA OLIVER, José M^a, “Fundamento y regulación de los recursos administrativos”, *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 13.
- BOUZAS, Ramón, DIZ, Isabel e GARCÍA ARIAS, Celestino, “Xunta de Galicia: renovación e permanencia das elites políticas”, *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 221.
- BRAIBANT, Guy, “A codificación francesa”, *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 105.
- CABELLO DE LOS COBOS, Luis M^a, “Comentarios a la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación”, *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 51.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, “Situación actual y perspectivas del sistema de seguridad social”, *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 129.
- CAÍNZOS, Juan J. F. e PRADO DOMÍNGUEZ, Javier, “O proceso de reforma contable das administracións públicas segundo criterios xerenciais”, *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 13.
- CAL Y CORTINA, Rosa M^a Gabriela De, “Os concellos galegos na encrucillada política do primeiro constitucionalismo”, *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 221.
- CALDERÓN CARRERO, José Manuel, “A tutela xurídica do medio ambiente desde a Comunidade Europea e o dereito comunitario (Tratado de Maastricht), o Estado interno e as comunidades autónomas”, *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 137.
- “Marxinais á STSXG 807/1992, do 26 de outubro: cavilacións sobre o Sistema Tributario Sancionador”, *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 199.
- CALVETE PÉREZ, Enrique, “O crédito local, regulación xurídica, carga financeira, procedementos e modalidades”, *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 193.
- CANALES ALIENDE, José Manuel, “La demanda de producción de bienes y servicios, y la concepción del administrado como cliente en el proceso de modernización administrativa”, *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 183.
- CARBALLEIRA RIVERA, M^a Teresa, “A concesión de servicios públicos locais”, *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 73.
- CARBALLEIRA RIVERA, M^a Teresa e FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier, “A nova ordenación farmacéutica de Galicia”, *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 149.
- CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, José Luis, “Execución autonómica, supervisión estatal e Administración periférica”, *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 31.

- CASSAGNE, Juan Carlos, "Reforma administrativa en la Argentina", *REGAP* núm. 0, 1992, páx. 63.
- CASTELLÓN LEAL, Enrique, "A colaboración do seguro privado na xestión da aseguranza sanitaria", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 215.
- CASTELLS ARTECHE, José Manuel, "Problemática actual del estado autonómico", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 31.
- CEBREIROS ÁLVAREZ, Eduardo, "Aplicación das reformas municipais de Carlos III na cidade de Santiago de Compostela. (1766-1788)", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 189.
- CRÍADO ALONSO, Fernando, "Administración única, debate administrativo e reforma de descentralización en España", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 117.
- CRUZ ALLI, Juan, "O futuro do Estado das autonomías. Estado federal ou Estado rexional", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 9.
- CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel De La, "Perspectivas dos servicios públicos españois para a década dos noventa", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 17.
- D'AMORÍN VIÉITEZ, Xabier, "Estatuto de autonomía de Galicia e xurisdicción constitucional", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 11.
- DÍAZ LEMA, José Manuel, "A lexislación urbanística de Galicia e o texto refundido sobre réxime do solo e ordenación urbana do 26 de xuño de 1992", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 77.
- DÍEZ DE CASTRO, José, MIGUEL DOMÍNGUEZ, José Carlos De e BARRADA BEIRAS, Carlos, "Organizacións públicas versus privadas: unha distinción", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 131.
- DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo, "Sobre o capítulo I do proxecto da Lei de folga", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 125.
- DÍZ, Isabel, BOUZAS, Ramón e GARCÍA ARIAS, Celestino, "Xunta de Galicia: renovación e permanencia das elites políticas", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 221.
- DUARTE MORAIS, Rui, "Evolución reciente de la tributación predial en Portugal", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 185.
- DUFFAU, Jean Marie, "Preparar el futuro con la formación", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 117.
- FERNÁNDEZ AREAL, Manuel, "Información e Administración á luz da nova Lei de procedemento administrativo", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 11.
- "Publicidade e mensaxes publicitarias, aspecto socioxurídicos", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 63.
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena, "Descentralización do urbanismo e autonomía local a raíz da Constitución. A propósito da potestade autonómica de suspensión e revisión dos acordos das entidades locais", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 107.
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena e MEILÁN GIL, José Luis, "A Lei do solo de Galicia e a lexislación urbanística do Estado", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 13.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José e RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, "A mediación na negociación colectiva do sector público", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 149.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Carlos, "Os pregos na contratación administrativa: a súa regulación normativa presente e futura", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 221.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio, "A colaboración entre administracións públicas. Análise dun modelo aplicable en materia tributaria", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 191.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio e NOGUEIRA LÓPEZ, M^a da Alba, "Unha forma de intervención administrativa na protección do medio ambiente, o imposto galego sobre a contaminación atmosférica", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 189.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "A tipoloxía de sentencias do órgano de xustiza constitucional", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 173.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "As competencias estatais e autonómicas en materia de relacións internacionais", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 59.
- "El reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas: su problemática general", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 39.
- "La Administración de Justicia en Galicia", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 83.
- "O réxime xurídico da protección civil en España, a Lei 2/1985, do 21 de xaneiro, de protección civil", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 13.
- FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, Claro J., "La región como espacio político: nacionalismo y regionalismo en los estados contemporáneos", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 153.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier, "Apunte bibliográfico sobre la reforma administrativa", *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 137.
- "Composición de los órganos de selección de los funcionarios locales: principios generales y normativa aplicable", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 95.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier e CARBALLEIRA RIVERA, M^a Teresa, "A nova ordenación farmacéutica de Galicia", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 149.
- FLORENSA I PALAU, Marisa, "La reforma administrativa en la Comunidad Autónoma de Cataluña", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 121.
- FOWELL, Ray, "A xestión estratéxica", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 127.
- GABALDÓN LÓPEZ, José, "Sobre el silencio administrativo", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 51.
- GALOFRÉ I CRESPI, Jaume, "Los organismos autónomos locales", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 37.
- GÁRATE CASTRO, Javier, "Os suxeitos da negociación colectiva de empregados públicos", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 37.
- GARCÍA ARIAS, Celestino, DIZ, Isabel e BOUZAS, Ramón, "Xunta de Galicia: renovación e permanencia das elites políticas", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 221.
- GARCÍA PÉREZ, Marta, "O réxime xurídico das explotacións acuícolas na Comunidade Autónoma galega", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 73.
- GARCÍA TREVIJANO, José A., "Expropiación y reversión de los terrenos. Excepciones", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 211.
- CHEVONTIAN, Richard, "La reforma administrativa en Francia", *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 29.
- GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Eduardo L. e VILAS NOGUEIRA, José, "As representacións da poboación do apoio electoral dos partidos: Galicia 1987", *REGAP* núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 13.

- GIMENO SENDRA, Vicente, "El derecho a un proceso, "administrativo" con todas las garantías", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 41.
- GÓMEZ OTERO, Carlos A., "O persoal de administración e servicios das universidades galegas e o ámbito de aplicación da Lei da función pública galega", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 179.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando, "Los límites del derecho de propiedad en el marco del sistema jurídico de la cuota láctea", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 151.
- GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, "Centralización e descentralización no pensamento de Manuel Colmeiro", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 97.
- "A Comunidade Autónoma como espacio administrativo", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 175.
- "A exposición de motivos das normas, reflexións corrente cálamo", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 51.
- "Sobre a creación dos xulgados do contencioso-administrativo", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 145.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Ante el nuevo procedimiento administrativo", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 9.
- "Ética en la Administración pública", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 27.
- GONZÁLEZ-HABA GUISTADO, V., "La motivación en la Administración española", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 97.
- GRANADO HIJELMO, Ignacio, "La Rioja y el Camino de Santiago: estructuras jacobeanas del sistema riojano", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 151.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago, "Direitos fundamentais, teoría e realidade normativa", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 135.
- "Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 223.
- HAUSCHILD, Christoph, "La modernización de la Administración pública de la República Federal de Alemania", *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 55.
- HUIDOBRO DÍEZ, César, "La reforma administrativa en la Comunidad Autónoma de Castilla y León", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 163.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., "Régimen del suelo no urbanizable: problemas y perspectivas", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 77.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, "O factor tempo no proxecto de Lei de procedemento administrativo", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 97.
- LAVILLA RUBIRA, Juan J., "Las comunidades autónomas y las corporaciones locales (en especial, provincias y municipios)", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 35.
- LÓPEZ ÁLVAREZ, Luís Felipe, "O Tribunal Constitucional a través da súa xurisprudencia", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 189.
- LÓPEZ MIRA, Álvaro Xosé, "Unha aproximación constitucionalista ó xogo interrelacional: estado-comunidades autónomas-entes locais (I)", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 89.
- "Unha aproximación constitucionalista ó xogo interrelacional: estado-comunidades autónomas-entes locais (II)", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 121.
- "Reforma estatutaria e ampliación de competencias. Comunidade Autónoma de Galicia", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 151.

- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "La protección jurídica del Camino de Santiago en Aragón", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 149.
- LÓPEZ RODÓ, Laureano, "O elemento persoal nas administracións públicas", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 67.
- LÓPEZ-CHAVES Y CASTRO, Ignacio, "Seminario internacional sobre a reforma administrativa", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 257.
- MACEDO DE OLIVEIRA, Evaldo e SOARES EDLER, Paulo, "Experiencias de reforma administrativa en Brasil: contexto, objetivos, estrategias y resultados", *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 81.
- MÁRQUEZ CRUZ, Guillermo, "La simplicación administrativa en el proceso de modernización de la gestión pública", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 105.
- MARTÍN LÓPEZ, Enrique, "La crisis del Estado de bienestar", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 157.
- MARTÍN MATEO, Ramón, "Os consorcios locais. Unha institución en auxe", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 25.
- MARTÍN PÉREZ, Pedro Antonio, "La función pública local y sus problemas actuales", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 139.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Faustino, "Competencias das deputacións provinciais en materia urbanística", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 85.
- MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús, "La génesis de la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 71.
- "A xestación do proxecto governamental, emendado, de Lei orgánica de regulación da folga", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 59.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, "O Consello Provincial de Lugo. Os primeiros anos (1845-1849)", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 105.
- MEILÁN GIL, José Luis, "A Lei de costas e as competencias das comunidades autónomas", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 35.
- "Ética pública e formación de funcionarios", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 223.
- "A regulación xurídica do "Camiño de Santiago" dende a perspectiva do Estado autonómico", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 11.
- "O Estatuto de autonomía quince anos despois", *REGAP*, núm. 14, setembro-diciembre, 1996, páx. 13.
- MEILÁN GIL, José Luis e FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena, "A Lei do solo de Galicia e a lexislación urbanística do Estado", *REGAP*, núm. 20, setembro-diciembre, 1998, páx. 13.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel, "Estatuto de la propiedad inmobiliaria: deberes y facultades", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 69.
- MESEGUER YEBRA, Joaquín, "El recurso extraordinario de revisión en la LOFAGE: un recorrido por la normativa estatal y autonómica", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 239.
- MIGUEL DOMÍNGUEZ, José Carlos De; DÍEZ DE CASTRO, José e BARRADA BEIRAS, Carlos, "Organizacións públicas versus privadas: unha distinción", *REGAP*, núm. 17, setembro-diciembre, 1997, páx. 131.
- MÍGUEZ BEN, Eduardo, "Reformatio in peius e reclamacións económico-administrativas", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 27.

- MÍNGUEZ GOYANES, José Luis, "Principios dun sistema de comunicacións. Un documento inédito de Manuel Colmeiro (1818-1894)", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 201.
- MORALES DOMÍNGUEZ, José F., "Liderato e produtividade nas organizacións", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 181.
- NIETO MONTERO, Juan José, "Sistema de recursos contra actos tributarios dos entes locais ante a nova Lei de procedemento administrativo", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 185.
- "As recargas sobre impostos estatais no novo sistema de financiamento autonómico", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 35.
- NIGRO, Félix A., "A administración do persoal no sector público", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 93.
- NOGUEIRA LÓPEZ, M^a da Alba, "Repercusións ambientais das canteiras: aproximación xurídica a certas técnicas de control e vías de limitación dos impostos", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 201.
- NOGUEIRA LÓPEZ, M^a da Alba e FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio, "Unha forma de intervención administrativa na protección do medio ambiente, o imposto galego sobre a contaminación atmosférica", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 189.
- NOVOA MONTERO, Juan José, "Control de legalidade versus control financeiro na xestión do gasto público", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 169.
- OLÍAS DE LIMA GETE, Blanca, "La gestión de los servicios públicos y la evaluación del rendimiento", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 11.
- ORTEGO GIL, Pedro, "Os proxectos progresistas das deputacións de 1842", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 55.
- PARDO GATO, José Ricardo, "El marco constitucional de la potestad sancionadora de la Administración: la aplicabilidad de los principios del proceso penal", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 167.
- PENA LÓPEZ, Agustín Ignacio, "Presente e futuro do artigo 32, núm. 5, do Estatuto dos traballadores", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 49.
- PEÑA CASTIÑEIRA, Francisco José, "A actuación dos gobernos no medio ambiente: políticas públicas ambientais", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 153.
- PEREIRA, Armando, "O proceso da regionalización em Portugal", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 199.
- PRADO DOMÍNGUEZ, Javier e CAÍNZOS, Juan J.F., "O proceso de reforma contable das administracións públicas segundo criterios xerenciais", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 13.
- PRECEDO LEDO, Andrés, "Ordenación do territorio: un modelo global e participativo", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 9.
- PUY FRAGA, Pedro, "O procedemento administrativo como factor na toma de decisións públicas", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 163.
- QUINTAS RODRÍGUEZ, Juan Bautista, "Os recursos no proceso contencioso-administrativo", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 181.
- RAPOSO ARCEO, Juan Jesús, "Os montes. Montes comunais, réxime xurídico do seu aproveitamento. Xestión do patrimonio forestal. Os montes veciñais en man común", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 47.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel Luis, "Alguns aspectos do réxime xurídico de montes en man común en Galicia", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 65.

- ROCA ROCA, Eduardo, "La génesis del constitucionalismo español y el Estado de derecho. (Los diputados americanos en 1812)", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 95.
- "La audiencia de los ciudadanos en el artículo 105.a) de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 245.
- "Los subdelegados del gobierno y de la nueva organización territorial de las provincias en España", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 145.
- RODRÍGUEZ BLANCO, Ángel, "A nova Lei de contratos das administracións públicas e a súa incidencia no modelo de xestión do gasto público", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 159.
- RODRÍGUEZ ENNES, Luis, "O Tribunal Superior de Xustiza e a Comunidade Autónoma", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 61.
- "A autonomía das universidades galegas e a súa relación coas comunidades autónomas", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 103.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana e FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, "A mediación na negociación colectiva do sector público", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 149.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Dositeo, "Reforma e modernización da Administración pública galega", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 11.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime, "Manuel Colmeiro: un ilustre administrativista galego (1884-1994)", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 117.
- "Reforma administrativa e Estado autonómico", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 73.
- "A transparencia na Administración pública", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 27.
- "Reflexións sobre a reforma e modernización da Administración pública", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 11.
- ROMÁN MASEDO, Laura, "Burocracia e transición política. Algúns apuntamentos sobre o caso español (1975-1982)", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 165.
- RUIZ HIDALGO, Carmen, "O novo financiamento das comunidades autónomas, a cesión do 30% do IRPF", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 59.
- RUIZ MIGUEL, Carlos, "A función consultiva na Constitución. O Consello de Estado", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 37.
- SALA ARQUER, José Manuel, "Estado de autonomías y convención constitucional: el papel de los denominados pactos autonómicos", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 173.
- SANÍN MARIÑO, Eva, "As unidades para a coordinación e o control de xestión", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 213.
- SARAVIA, Enrique, "Las escuelas e institutos de Administración pública en América latina frente a la crisis del Estado. Situación actual y perspectivas de transformación", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 11.
- SARDINA PÁRAMO, Juan A., "La Ley del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de 26 de noviembre de 1992", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 55.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., "La propiedad inmobiliaria en la gestión urbanística: las facultades urbanísticas", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 47.
- SERNA GÓMEZ, Francisco José, "Administración única para Galicia: una propuesta abierta", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 99.

- “Os ordenamentos xurídicos autonómicos: problemática da súa configuración e integración”, *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 35.
- SERRANO MARTÍNEZ, Gonzalo, “La motivación laboral: mantenimiento y desarrollo”, *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 119.
- SIEDENTOPF, Heinrich, “La reforma administrativa en la República Federal de Alemania”, *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 45.
- SOARES EDLER, Paulo e MACEDO DE OLIVEIRA, Evaldo, “Experiencias de reforma administrativa en Brasil: contexto, objetivos, estrategias y resultados”, *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 81.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan J., “Estado compuesto y Estado autonómico”, *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 95.
- SOSA WAGNER, Francisco, “Las sociedades mercantiles como forma de gestión de servicios públicos locales”, *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 41.
- SUÁREZ GARCÍA, Javier, “Los recursos administrativos en la nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común”, *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 165.
- TETTINGER, Peter J., “Aspectos fundamentales de la estructura administrativa en el Estado Federal Alemán”, *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 69.
- URTASUN AMANN, Rafael, “Las administraciones públicas y sus relaciones”, *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 153.
- VALLEJO GARCÍA-HEVIA, José María, “Campomanes, la reforma universitaria y el control de la enseñanza en la España de la segunda mitad del siglo XVIII”, *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 45.
- VARI, Massimo, “La nueva reglamentación italiana de las colectividades territoriales”, *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 37.
- VÁZQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Introducción a los delitos contra la Administración pública”, *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 77.
- VILAS NOGUEIRA, José, “A Administración pública no proceso estatutario de Galicia na II República”, *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 49.
- “O gasto público como condicionante de estratexias políticas locais”, *REGAP*, núm. 14, setembro-desembro, 1996, páx. 85.
- VILAS NOGUEIRA, José e BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo, “Reforma e modernización administrativas. Especial referencia á Comunidade Autónoma de Galicia”, *REGAP*, núm. 17, setembro-desembro, 1997, páx. 27.
- VILAS NOGUEIRA, José e GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, Eduardo L., “As representacións da poboación do apoio electoral dos partidos: Galicia 1987”, *REGAP* núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 13.
- VIÑAS, Verónica E., “La evaluación de los proyectos de ayuda al desarrollo. Lecciones de la experiencia”, *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 195.
- YUSTY BASTARRECHE, José, “As formas de gobernar na España do antigo réxime”, *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 117.
- ZUBIA AITXAERANDIO, Joseba De, “El compromiso autonómico: un compromiso de Estado”, *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 153.

II. LEGISLACIÓN

- ALVARELLOS GALVE, Constantino, "Índice por materias das leis de Galicia", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 203.
- "Leyes autonómicas (1980-1993)", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 205.
- "Leyes autonómicas (1980-1993) 2ª parte", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 257.
- Código do procedemento administrativo portugués, *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 213.
- Ley de procedemento administrativo italiana do 9 de agosto de 1990. (Comentario preliminar de Francesco Castiello), *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 259.

III. JURISPRUDENCIA

- AYMERICH CANO, Carlos I., "As relacións financeiras entre o Estado e as comunidades autónomas: dúas recentes sentencias do Tribunal Constitucional Español", *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 237.
- "A STC 90/1992, de 11 de xuño. Fomento e coordinación xeral da investigación científica e técnica: cara a unha definición xurisprudencial do fomento", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 271.
- BARRIO GARCÍA, Gonzalo A., "Comentario xurisprudencial á STC 254/1993, do 20 de xullo de 1993. (BOE do 18 de agosto)", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 217.
- BLANCO NESPEREIRA, Ana M^a, "A suspensión do outorgamento de licencias derivada da aprobación inicial do plano: a xurisprudencia do Tribunal Supremo", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 205.
- CAAMAÑO ANIDO, Miguel Ángel, "A interrupción das actuacións da inspección de tributos", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 193.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, "Deducción de haberes a funcionarios en folga. (Comentario á STS do 17 de decembro 1991 [art. 687-1992])", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 313.
- "Desenvolvemento regulamentario da Lei de prevención de riscos e normativa sectorial. O concreto exemplo da estiba portuaria. A propósito da STS (sala terceira) do 2 de xullo de 1997", *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 251.
- CALDERÓN CARRERO, José Manuel, "Marxinais á STSXG 807/1992 de 26 de outubro: cavilacións sobre o sistema tributario sancionador", *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 199.
- CAMBA CONSTENLA, Carmen, "Articulacións das funcións respectivas das comisións xulgadoras e da Comisión de revisión nos procesos de selección de persoal docente universitario e o seu control xurisdiccional (comentario á Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia 199/1998, do 25 de marzo)", *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 233.
- CASTIÑEIRA IZQUIERDO, Francisco J., "Comentario sobre a Sentencia 119/1995, do 17 de xullo, do Tribunal Constitucional", *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 163.
- GARCÍA PÉREZ, Marta, "A propósito da Sentencia 173/1993, do 9 de marzo de 1993, da Sala do Contencioso-Administrativo do TSX de Canarias", *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 263.

- GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE, José M^a, "Problemas de interpretación da Lei de costas desde a perspectiva xudicial", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 117.
- GONZÁLEZ MARIÑAS, Pablo, "Dúas sentencias sobre o respecto ós principios de mérito e capacidade no acceso e promoción á función pública e o control xudicial da discrecionalidade técnica das comisións xulgadoras: STS do 4 de novembro de 1993", *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 211.
- "Execución de sentencias contencioso-administrativas e xurisprudencia do Tribunal Constitucional", *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 271.
- "Motivación das resolucións xudiciais e tutela efectiva. A propósito da Sentencia 32/1996, do 27 de febreiro, do Tribunal Constitucional", *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 217.
- GUERRERO ZAPLANA, José, "Ficheiro de sentencias", *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 223.
- "Ficheiro de sentencias", *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 217.
- "Ficheiro de sentencias", *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 249.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Ana De e BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier, "Análise sistemática de xurisprudencia constitucional e contencioso-administrativa en materia sanitaria", *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 291.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, Faustino, "Algunhas consideracións sobre os planos provinciais de cooperación a servizos municipais", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 293.
- MÍGUEZ BEN, Eduardo, "Tutela xudicial, acceso á xurisdición e inconstitucionalidade da limitación do artigo 126.2 da Lei de expropiación forzosa. (A propósito da STS de 11 de xuño de 1997)", *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 191.
- MÍGUEZ MACHO, Luis, "La Ley de ordenación de los transportes terrestres ante el Tribunal Constitucional. (Comentario de la STC 118/1996, de 27 de junio)", *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 219.
- RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón, "Inhibición legislativa e determinación xurisprudencial do dereito: ¿aplicación retroactiva ou irretroactiva do art. 25 da LDCCG en materia de constitución de servidume de paso por usucapión? (comentario ás SSTSX Galicia 15/98 e 16/98 de setembro de 1998)", *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1998, páx. 243.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., "A posición ordinamental dos regulamentos orgánicos das entidades locais despois da Sentencia 214/1989 de 21 de decembro, do Tribunal Constitucional", *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 103.

IV. CRÓNICA PARLAMENTARIA

- CARIDE PUENTE, Juan Carlos, "Lei 9/1993, do 8 de xullo, de confrarías de pescadores de Galicia", *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 331.
- CORES TRASMONTE, Baldomero, "A Lei de educación e promoción de adultos de Galicia", *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 281.
- "A Lei 12/1993, do 29 de xullo, de fomento de investigación e de desenvolvemento tecnolóxico de Galicia", *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 231.

- “A Lei 4/1995, de dereito civil de Galicia. Primeira parte: título preliminar, parte final e preámbulo”, *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 289.
 - “A Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia. Segunda parte: a protección do desaparecido, as formas de agrupación familiar, as de agrupación social e as comunidades de bens en man común”, *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 179.
- SARMIENTO MÉNDEZ, José A., “A Administración portuaria e a súa lexislación específica: notas acerca do Proxecto de lei de creación do ente público Portos de Galicia”, *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 295.
- “O repartimento de competencias e o tratamento lexislativo das cámaras agrarias”, *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 227.
 - “O artigo 51, apartados 1 e 2 da Constitución española e o seu desenvolvemento na Comunidade Autónoma de Galicia”, *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 339.
 - “O territorio como elemento constitutivo da Comunidade Autónoma de Galicia”, *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 225.
 - “O control parlamentario das finanzas públicas na Comunidade Autónoma de Galicia”, *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 269.
 - “Os grupos parlamentarios no dereito parlamentario galego”, *REGAP*, núm. 14, setembro-decembro, 1996, páx. 251.
 - “Os órganos parlamentarios de Goberno”, *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 253.
 - “As sesións parlamentarias: O Pleno e a Deputación Permanente”, *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 285.
 - “O procedemento lexislativo ordinario no Parlamento de Galicia”, *REGAP*, núm. 17, setembro-decembro, 1997, páx. 209.
 - “A Xunta de Galicia como depositaria da confianza parlamentaria”, *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 265.
 - “Xunta ante o Parlamento: as competencias e o control da lexislación delegada”, *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 257.

V. CRÓNICA ADMINISTRATIVA

V.I. Índice por materias

ADMINISTRACIÓN ÚNICA

AYMERICH CANO, Carlos I., “Xornadas de estudo sobre a Administración única”. EGAP, 24 e 25 de setembro de 1992, *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 281.

CAMIÑO DE SANTIAGO

FÁBREGOS GALÁN, Jorge, “Xornadas sobre protección xurídica sobre o Camiño de Santiago”. EGAP, 23 a 25 de abril de 1992, *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 311.

CODIFICACIÓN

- BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo, "Xornada de estudio sobre codificación normativa". EGAP, 12 de abril de 1994, *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 265.
- GONZÁLEZ CUEVAS, Paloma, "Xornada de estudio sobre técnica normativa". EGAP, 19 e 20 de xuño de 1995, *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 237.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS: FEDERALISMO E REXIONALISMO

- BLANCO NESPHEREIRA, Ana M^a, "Xornadas sobre a rexión como espacio político e administrativo". EGAP, 22, 23 e 24 de xuño de 1993, *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 235.
- LÓPEZ-CHAVES CASTRO, Ignacio, "Crónica da visita dos senadores Iragorri, Uribe e Martínez á EGAP". EGAP, 7 de xullo de 1995, *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 283.
- MEILÁN GIL, José Luis, "Presentación do libro de González Mariñas. *Territorio e identidade*". A Coruña, 7 de xuño de 1994, *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 389.
- MONTERO VILAR, José Antonio, "Cursos de verán. Cuestións actuais da Administración pública". Cambados, 12 e 13 de xullo de 1994, *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 371.
- VARELA ÁLVAREZ, Enrique Xosé, "Seminario galaico-bonaerense sobre Estado autónomo e federalismo". EGAP, 28 e 29 de xuño de 1995, *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 295.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier; AYMERICH CANO, Carlos I. e GARCÍA PÉREZ, Marta, "Conferencia internacional sobre reforma administrativa en gobernos regionais". EGAP, 15 a 18 de enero de 1991, *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 101.

CONSUMO

- CORES LAMAS, María, "Xornadas sobre condicións xerais da contratación e da protección dos consumidores", EGAP, 15-17 xuño 1998, *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, páx. 279.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- REBOLLEDO VARELA, José M^a, "Xornadas de estudio sobre contratación administrativa". EGAP, 9 e 10 de decembro de 1996, *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 283.

DEREITO CIVIL

- LÓPEZ-CHAVES CASTRO, Ignacio, "Xornadas sobre a Lei de dereito civil de Galicia". Ourense, 8 e 9 de xuño de 1995, *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 275.

DEREITO LABORAL

- CABEZA PEREIRO, Jaime, "Crónica das Xornadas sobre a futura Lei de folga", EGAP, *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 339.

DEREITO PENAL

PARDO GATO, José Ricardo, "I Congreso hispano-italiano de dereito penal económico". A Coruña, 20 ó 24 de abril de 1998, *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 281.

DEREITO TRIBUTARIO

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio, "Seminario iberoamericano de dereito tributario". EGAP, 27 e 28 de setembro de 1993, *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 341.

ESTADO DE BENESTAR

GONZÁLEZ CUEVAS, Paloma, "Crónica da xornada de estudo sobre presente e futuro do Estado de benestar". EGAP, 8 de febreiro, *REGAP*, núm. 14, setembro-decembro, 1996, páx. 265.

ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA

BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo, "IV Xornada de estudo sobre o Estatuto de Galicia". EGAP, 6 de abril de 1994, *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 255.

MONTERO VILAR, José Antonio, "V Xornada de estudo sobre o Estatuto de autonomía de Galicia". Ourense e Lugo, 5 e 6 de abril de 1995, *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 395.

REBOLLEDO VARELA, José M^a, "Xornada sobre o Estatuto de autonomía de Galicia". EGAP, 21 de abril de 1997, *REGAP*, núm. 17, setembro-decembro, 1997, páx. 229.

ÉTICA PÚBLICA

VARELA ÁLVAREZ, Enrique Xosé "Xornada de estudo sobre ética ambiental". EGAP, 2 de decembro de 1996, *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril 1997, páx. 271.

FORMACIÓN E MOTIVACIÓN

BLANCO NESPEREIRA, Ana M^a, "Fórum internacional para a Administración pública". EGAP, 2 e 3 de setembro de 1993, *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 293.

LÓPEZ MIRA, Álvaro Xosé, "Xornada de estudo sobre motivación do persoal da Administración pública". EGAP, 24 de outubro de 1994, *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 395.

FUNCIÓN PÚBLICA

CABEZA PEREIRO, Jaime, "Seminario sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos". EGAP, 30 e 31 de maio de 1991, *REGAP*, núm. 1, 1992, páx. 133.

— "Seminario sobre relacións laborais colectivas na función pública". EGAP, 4 e 5 de maio de 1992, *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 265.

- CANCELA RODRÍGUEZ, Francisco Javier, "Xornada sobre o Proxecto de lei da reforma da función pública". EGAP, 26 de novembro de 1993, *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 313.
- CANCELA RODRÍGUEZ, Francisco Javier e PEREIRA SANTISO, Gloria Carolina, "Xornadas sobre o Estatuto da función pública". EGAP, 4 e 5 de marzo de 1993, *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 207.
- MONTERO VILAR, José Antonio, "Xornadas de estudio sobre relacións colectivas na Administración pública". Ourense, 6 de marzo de 1995, *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 287.
- PEREIRA SANTISO, Gloria Carolina e CANCELA RODRÍGUEZ, Francisco Javier, "Xornadas sobre o Estatuto da Función Pública". EGAP, 4 e 5 de marzo de 1993, *REGAP*, núm. 5, 1993, páx. 207.
- PÉREZ VEGA, Ángeles, "Xornada sobre o proxecto de Estatuto da función pública". EGAP, Santiago de Compostela, 12 de maio de 1997, *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 299.
- REBOLLEDO VARELA, José M^a, "Xornadas sobre a xestión da función pública nos países da Unión Europea e Hispanoamérica". EGAP, 22 e 23 de setembro de 1997, *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 309.
- REYERO FERNÁNDEZ, Mercedes, "Xornadas de estudio sobre avaliación e descrición de postos de traballo". Lugo, 1 e 2 de decembro de 1994, *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 233.

GALEGOS ILUSTRES

- MÍNQUEZ GOYANES, José Luis, "Xornadas de estudio sobre Eugenio Montero Ríos". EGAP, 9 e 10 de xullo de 1997, *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 341.
- MÍNQUEZ GOYANES, José Luis, "Xornada de estudio sobre Ramón de la Sagra". A Coruña, 1 de abril de 1998, *REGAP*, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 269.
- VARELA ÁLVAREZ, Enrique Xosé, "Xornada de estudio sobre Rafael Dieste". Ferrol, 15 de maio de 1995. Pontevedra, 16 de maio de 1995, *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 293.

LINGUA

- GONZÁLEZ CUEVAS, Paloma, "Crónica do acto en conmemoración do Día das Letras Galegas 1996", EGAP, *REGAP*, núm. 14, setembro-decembro, 1996, páx. 285.
- JURADO MOREDO, Alfonso, "Xornadas de estudio sobre o galego na Administración local". Ourense, 8 de maio de 1995, *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 253.

MEDIO NATURAL

- FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena, "Seminario sobre prevención, defensa e extinción de incendios forestais". Santiago de Compostela, 23 e 24 de maio de 1995, *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 361.
- VARELA ÁLVAREZ, Enrique Xosé "Xornada de estudio sobre ética ambiental". EGAP, 2 de decembro de 1996, *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril 1997, páx. 271.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN

PARDO GATO, José Ricardo, "Xornadas sobre a Administración e os medios de comunicación social". EGAP, 19 e 20 de maio de 1997, *REGAP*, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 317.

MONTES

FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena, "Seminario sobre prevención, defensa e extinción de incendios forestais". EGAP, 23 e 24 de maio de 1995, *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 361.

ORGANIZACIÓNS

BASTOS BOUBETA, Miguel Anxo, "Seminario sobre comunicación e cambio". EGAP, 23 e 24 de febreiro de 1994, *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 247.

PRIVATIZACIÓNS

BLANCO NESPHEREIRA, Ana M^a, "Xornadas de estudio sobre empresa pública e privatizacións: unha polémica aberta". A Coruña, 23 e 24 de novembro de 1993, *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 321.

PROCEDEMENTO ADMINISTRATIVO

AYMERICH CANO, Carlos I., "Seminario sobre o novo Código portugués de procedemento administrativo (CPA)". EGAP, 12 de setembro de 1992, *REGAP*, núm. 3, 1993, páx. 307.

BLANCO NESPHEREIRA, Ana M^a, "Xornada sobre a incidencia da LRXP e do procedemento administrativo común no ordenamento urbanístico". EGAP, 4 de outubro de 1993, *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 311.

CANCELA RODRÍGUEZ, Francisco Javier, "Xornadas de estudio sobre procedemento administrativo. IV Encontro hispano-argentino". EGAP, 15 e 16 de febreiro de 1994, *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 357.

CASSAGNE, Juan Carlos, "Presentación do libro sobre *Procedemento administrativo*". Bos Aires, 28 de abril de 1995, *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 353.

PROPIEDADE INTELECTUAL

MÍNGUEZ GOYANES, José Luis, "Curso de propiedade intelectual". EGAP, 15-30 outubro, 1998, *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, páx. 307.

REFORMA E MODERNIZACIÓN ADMINISTRATIVA

AMOEDO SOUTO, Carlos Alberto, "Seminario bilateral hispano-alemán sobre reforma administrativa". EGAP, 20 e 21 de setembro de 1993, *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 307.

Ferreira Fernández, Antonio Javier; Aymerich Cano, Carlos e García Pérez, Marta, EGAP, "Conferencia internacional sobre reforma administrativa en gobernos rexionais". 15 ó 18 de xaneiro de 1991, *REGAP*, núm. 0, 1992, páx. 101.

JURADO MOREDA, Alfonso, "Xornada sobre modernización e reforma administrativa nas comunidades autónomas". EGAP, Santiago de Compostela, 27 e 28 de febreiro de 1997, *REGAP*, núm. 15, xaneiro-abril, páx. 301.

PARDO GATO, José Ricardo, "Seminario internacional sobre a reforma administrativa: a dirección por obxectivos e a xestión orzamentaria". EGAP, 19, 20 e 21 de xuño de 1997, *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 279.

REYERO FERNÁNDEZ, Mercedes, "Seminario sobre a reforma administrativa británica". EGAP, 27 de xuño de 1994, *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 377.

VARELA ÁLVAREZ, Enrique Xosé, "Crónica do encontro sobre a "Administración intelixente". O Escorial, Madrid, 10 e 11 de xullo de 1995, *REGAP*, núm. 13, 1996, páx. 289.

RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

PARDO GATO, José Ricardo, "Xornadas sobre a responsabilidade patrimonial das administracións públicas". A Coruña, 22 e 23 de xullo de 1997, *REGAP*, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 241.

— "Xornadas sobre a responsabilidades patrimonial das administracións públicas e do persoal ó seu servizo". EGAP, 10 e 11 de novembro de 1997, *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 315.

RÉXIME LOCAL

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio, "Xornadas sobre servizos públicos locais". Lugo, 22 e 23 de setembro de 1992, *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 317.

PARDO GATO, José Ricardo, "Curso de verán. Estado autonómico e autonomía local, o pacto local". Cambados, 5 e 6 de agosto de 1997, *REGAP*, núm. 17, setembro-agosto, 1997, páx. 269.

SERVICIOS PÚBLICOS

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio, "Xornadas sobre servizos públicos locais". Lugo, 22 e 23 de setembro de 1992, *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 317.

UNIÓN EUROPEA

BARRIO GARCÍA, Gonzalo, "Xornadas de estudo sobre a Unión Europea, as comunidades autónomas e o principio de subsidiariedade". EGAP, 16 e 17 de febreiro de 1995, *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 275.

URBANISMO

BLANCO NESPEREIRA, Ana M^a, "Xornada sobre a incidencia da LRXAP e do procedemento administrativo común no ordenamento urbanístico". EGAP, 4 de outubro de 1993, *REGAP*, núm. 7, 1994, páx. 311.

FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena, "Xornada de estudo hispano-portuguesa sobre planeamento urbanístico". Universidade do Minho, 13 de xaneiro de 1995, *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 259.

REBOLLEDO VARELA, José M^a, "Xornadas sobre a nova Lei do réxime do solo e va-

loracións". EGAP, 27 e 28 de abril de 1998, *REGAP*, núm 19, maio-agosto, 1998, páx. 309.

REYERO FERNÁNDEZ, Mercedes, "Xornadas de estudio sobre ordenamento urbanístico e a Lei de portos". Vigo, 15 e 16 de xuño de 1994, *REGAP*, núm. 8, 1994, páx. 285.

XESTIÓN PÚBLICA

REYERO FERNÁNDEZ, Mercedes, "Xornadas de estudio sobre xestión dos recursos públicos nunha situación de crise". EGAP, 27 e 28 de outubro de 1994, *REGAP*, núm. 9, 1995, páx. 345.

VARELA ÁLVAREZ, Enrique Xosé, "Crónica das xornadas de estudio sobre austeridade no gasto público". *REGAP*, núm. 14, setembro-décembro, 1996, páx. 289.

XURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

PARDO GATO, José Ricardo, "Curso de verán. A nova Lei da xurisdicción contencioso administrativa", Sada, 27 e 28 de xullo 1998, *REGAP*, núm. 20, setembro-décembro, 1999, páx. 291.

VARELA ÁLVAREZ, Enrique Xosé, "Seminario galaico-portugués sobre o sistema contencioso-administrativo". Ourense, 22 de maio de 1995, *REGAP*, núm. 11, 1995, páx. 375.

VI. BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

ÁLVARELLOS GALVE, Constantino, BRAIBANT, Guy e SERNA GÓMEZ, Francisco José, *A codificación normativa*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, (Almudena Fernández Carballal), *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 307.

ÁLVARELLOS GALVE, Constantino *et al.*, *Reforma administrativa e procedemento administrativo*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994 (Miguel Anxo Bastos Boubeta), *REGAP*, núm. 10, 1995, páx. 299.

ÁLVARELLOS GALVE, Constantino *et al.*, *Procedemento e desconcentración administrativa: orientacións actuais*, EGAP, Santiago de Compostela, 1994, (José Antonio Montero Vilar), *REGAP*, núm. 12, 1996, páx. 335.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *La organización del sindicato en los lugares de trabajo (empresa y Administración pública)*, Civitas, Madrid, 1991, (Francisco Javier Gómez Abelaíra), *REGAP*, núm. 4, 1993, páx. 377.

ARENILLA SAEZ, Manuel, *Modernización de la Administración periférica*, INAP, Madrid, 1992, (Miguel Anxo Bastos Boubeta), *REGAP*, núm. 2, 1992, páx. 339.

ARIÑO, Gaspar, CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel De La e MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, (José M^a Rebolledo Varela), *REGAP*, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 335.

BARNÉS VÁZQUEZ Javier, (coord.), *La Comunidad Europea, la instancia regional y la organización administrativa de los estados miembros*, Civitas, Madrid, 1993, (M^a da Alba Nogueira López), *REGAP*, núm. 6, 1994, páx. 337.

- BARRAL MARTÍNEZ, Margarita e GARCÍA LÓPEZ, Emilia, *Discursos parlamentarios de Montero Ríos no sexenio democrático (1868-1873)*, EGAP, Santiago de Compostela, 1997, (José Luis Mínguez Goyanes,), REGAP, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 331.
- BASSOLS COMA, Martín, *Génesis y evolución del derecho urbanístico español (1812-1956)*, Montecorvo, Madrid, 1993, (Ana M^a Blanco Nespereira), REGAP, núm. 5, 1993, páx. 323.
- BELLO JANEIRO, Domingo (dir.), *Manual de dereito galego*, EGAP, Santiago de Compostela, 1996, (Ignacio López-Chaves Castro), REGAP, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 357.
- BORRAJO INIESTA, I, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. e FERNÁNDEZ-FERRERES, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo (una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional)*, Civitas, Madrid, 1995, (Inés Celia Iglesias Canle), REGAP, núm. 11, 1995, páx. 403.
- BRAIBANT, Guy, ALVARELLOS GALVE, Constantino e SERNA GÓMEZ, Francisco José, *A codificación normativa*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, (Almudena, Fernández Carballal), REGAP, núm. 10, 1995, páx. 307.
- BROSIO, GIORGIO, *Las finanzas públicas*, Oikos-Tau, Barcelona, 1990, (Francisco Javier Cancela Rodríguez), REGAP, núm. 5, 1993, páx. 337.
- CALAZA RAMUDO, Belarmino, *Obligaciones autonómicas y municipales sobre centros docentes públicos de enseñanza básica y viviendas de maestros*, Deputación Provincial de Lugo, Lugo, (Gloria Carolina Pereira Santiso), REGAP, núm. 4, 1993, páx. 371.
- CANALES ALIENDE, José Manuel, *Panorama actual de la ciencia de la Administración*, INAP, Madrid, 1987 (Marta García Pérez), REGAP, núm. 0, 1992, páx. 121.
- CANALES ALIENDE, José Manuel e RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, José Manuel, *O Informe Picq (estudio introductorio)*, EGAP, Santiago de Compostela, 1996, (Alfonso Jurado Moreda), REGAP, núm 14, setembro-décembro, 1996, páx. 315.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio, *Instituciones de derecho urbanístico*, Montecorvo, Madrid, 1992, (Ana M^a Blanco Nespereira,), REGAP, núm. 9, 1995, páx. 419.
- CASSESE, Sabino e FRANCHINI, Claudio, *L'amministrazione pubblica italiana. Il problema dell'ammodernamento del sistema. Italia: un quadro preciso e aggiornato dello stato in cui si trova oggi la pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1994, (Antonio Javier Ferreira Fernández), REGAP, núm. 10, 1995, páx. 315.
- CASTELLS ARTECHE et al., *Modernización administrativa*, IVAP, 1989, (Francisco Javier Sanz Larruga), REGAP, núm. 0, 1992, páx. 122.
- CASTILLO BLANCO, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Civitas, Madrid, 1992, (Jaime Cabeza Pereiro), REGAP, núm. 3, 1993, páx. 323.
- CHINCHILLA, Carmen, *La desviación de poder*, Civitas, Barcelona, 1990, (Antonio Díaz Otero), REGAP, núm. 3, 1993, páx. 319.
- CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel de la; ARIÑO, Gaspar e MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, (José M^a Rebolledo Varela), REGAP, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 335.
- CUETO PÉREZ, Miriam, *La responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, (Ángeles Pérez Vega), REGAP, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 347.
- DELGADO BARRIO, Javier, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, (Margarita Prado Vaamonde), REGAP, núm. 8, 1994, páx. 341.

- DÍAZ ABRAIRA, Carlos Luis e GARCÍA CANCELA, Xermán, *Manual de Linguaxe administrativa*, EGAP, Santiago de Compostela, 1991 (Carlos I. Aymerich Cano), REGAP, núm. 1, 1992, páx. 145.
- DÍAZ I PARDO, Celia, *La conflictivitat competencial. L'aplicació del dret comunitari a Espanya*, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1993, (M^a da Alba Nogueira López), REGAP, núm. 6, 1994, páx. 343.
- DÍAZ SÁNCHEZ, Manuel, *Ética pública e estado do benestar*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, (Paloma González Cuevas), REGAP, núm. 11, 1995, páx. 411.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, BORRAJO INIESTA, I. e FERNÁNDEZ-FERRERES, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo (una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional)*, Civitas, Madrid, 1995, (Inés Celia Iglesias Canle), REGAP, núm. 11, 1995, páx. 403.
- ESCUIN PALOP, Catalina, *La potestad reglamentaria de las comunidades autónomas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1990, (Francisco Javier Cancela Rodríguez), REGAP, núm. 4, 1993, páx. 361.
- FARIÑA JAMARDO, Xosé, *A parroquia rural en Galicia*, EGAP, Santiago de Compostela, 1996, (José Luis Mínguez Goyanes), REGAP, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 321.
- FERNÁNDEZ-FERRERES, G., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ e BORRAJO INIESTA, I., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo (una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional)*, Civitas, Madrid, 1995, (Inés Celia Iglesias Canle), REGAP, núm. 11, 1995, páx. 403.
- FRANCHINI, Claudio e CASSESE, Sabino, *L'amministrazione pubblica italiana. Il problema dell'ammodernamento del sistema. Italia: un quadro preciso e aggiornato dello stato in cui si trova oggi la pubblica amministrazione*, Il Mulino, Boloña, 1994, (Antonio Javier Ferreira Fernández), REGAP, núm. 10, 1995, páx. 315.
- FREITAS DO AMARAL, Diogo et al., *Procedemento administrativo. Relatorios do I Coloquio hispano-portugués*, Xunta de Galicia, 1994, (José Antonio Montero Villar), REGAP, núm. 11, 1995, páx. 419.
- GAEBLER, Ted e OSBORNE, David, *La reinención del Gobierno*, Paidós, Barcelona, 1994, (Miguel Anxo Bastos Boubeta), REGAP, núm. 8, 1994, páx. 355.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (coord.), *II Simposio da historia da Administración*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, (Paloma González Cuevas), REGAP, núm. 13, 1996, páx. 329.
- GAMERO CASADO, Eduardo, *Responsabilidade administrativa: conflitos de jurisdicción*, Aranzadi, Madrid, 1997, (José M^a Rebolledo Varela), REGAP, núm. 17, setembro-décembro, 1997, páx. 289.
- GARCÍA CANCELA, Xermán e DÍAZ ABRAIRA, Carlos Luis, *Manual de Linguaxe administrativa*, EGAP, Santiago de Compostela, 1991 (Carlos I. Aymerich Cano), REGAP, núm. 1, 1992, páx. 145.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, *Problemas procesales de la impugnación de los acuerdos de los jurados de expropiación*, Civitas, Madrid, 1997, (Ángeles Pérez Vega), REGAP, núm. 16, maio-agosto, 1997, páx. 361.
- GARCÍA LÓPEZ, Emilia e BARRAL MARTÍNEZ, Margarita, *Discursos parlamentarios de Montero Ríos no sexenio democrático (1868-1873)*, EGAP, Santiago de Compostela, 1997, (José Luis Mínguez Goyanes), REGAP, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 331.

- GARCÍA TREVIJANO GARNICA, E., *El recurso administrativo extraordinario de revisión en la nueva ley de procedimiento*, Civitas, Madrid, 1995, (Manuel Sarmiento Acosta), REGAP, núm. 10, 1995, pág. 325.
- *El régimen de las garantías en la contratación administrativa*, Civitas, Madrid, 1997, (Ignacio López-Chaves Castro), REGAP, núm. 17, setembro-diciembre, 1997, pág. 301.
- GOLEMBIEWSKI, T., *Practical Public Management*, Robert, Marcel Dekker Inc., Nova York, 1995, (Miguel Anxo Bastos Boubeta), REGAP, núm. 14, setembro-diciembre 1996, pág. 319
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, Colex, Madrid, 1992, (Francisco Javier Cancela Rodríguez), REGAP, núm. 5, 1993, pág. 317.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *A rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Madrid, 1998, (Ángeles Pérez Vega), REGAP, núm. 20, setembro-diciembre, 1998, pág. 315.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, (Pablo González Mariñas), REGAP, núm. 12, 1996, pág. 317.
- *La ética en la Administración pública*, Civitas, Madrid, 1996, (Pablo González Mariñas), REGAP, núm. 13, 1996, pág. 317.
- *Comentarios a la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones (Lei 6/1998, do 13 de abril)*, Civitas, Madrid, 1998, (Pablo González Mariñas), REGAP, núm. 19, maio-agosto, 1998, pág. 331.
- GOODSELL T., Charles, *The Case for Bureaucracy*, Chatham House Publishers, Chatham, Nova Jersey, 1994, (Miguel Anxo Bastos Boubeta), REGAP, núm. 12, 1996, pág. 321.
- HUERGA FIDALGO, Gonzalo De La, *Tutela do medio ambiente, especialmente en materia de costas*, EGAP, Santiago de Compostela, 1993, (Almudena Fernández Carballal), REGAP, núm. 12, 1996, pág. 327.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac, *Derecho de petición y derecho de queja*, Dykinson, Madrid, 1993, (Francisco Javier Cancela Rodríguez), REGAP, núm. 6, 1994, pág. 349.
- INAP, *Modernización de la Administración periférica*, Madrid, 1991, (Manuel Arenilla Sáez), REGAP, núm. 2, 1992, pág. 339.
- IVAP, *Xornadas sobre a Lei de costas*, 1990, (Marta García Pérez), REGAP, núm. 1, 1992, pág. 151.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del Estado*, Civitas, Madrid, 1993, (Antonio Díaz Otero), REGAP, núm. 10, 1995, pág. 303.
- KLIKSBERG BERNARDO, *Gerencia pública en tiempos de incertidumbre*, MAP, Madrid, 1989 (Carlos I. Aymerich Cano), REGAP, núm. 0, 1992, pág. 125.
- KONRAD, Fai&, et al., *Reforma administrativa. Seminario bilateral hispano-alemán sobre reforma administrativa*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1993, (Ignacio López-Chaves y Castro), REGAP, núm. 11, 1995, pág. 423.
- LANDA ZIPIRAIN, et al., *La contratación laboral en las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1993, (Jaime Cabeza Pereiro), REGAP, núm. 7, 1994, pág. 383.
- LANE, Jan-Erik, *The public sector. Concepts, models and approaches*, Sage publications, Londres, 1993, (Miguel Anxo Bastos Boubeta), REGAP, núm. 7, 1994, pág. 397.
- LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, José Francisco, *Aspectos procesales de la tutela jurisdiccional contencioso-administrativa de los derechos fundamentales*, Comares, Granada, 1993, (Francisco Javier Cancela Rodríguez), REGAP, núm. 8, 1994, pág. 337.

- MAP, *Manual de procedimiento de gestión de recursos humanos*, Madrid, 1992, (Francisco Javier Cancela Rodríguez), REGAP, núm. 3, 1993, páx. 331.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel De La e ARIÑO, Gaspar *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, (José M^a Rebolledo Varela), REGAP, núm. 18, xaneiro-abril, 1998, páx. 335.
- MARTÍNEZ MARÍN, Antonio, *El buen funcionamiento de los servicios públicos: los principios de continuidad y regularidad*, Tecnos, Madrid, 1990 (Antonio Javier Ferreira Fernández), REGAP, núm. 0, 1992, páx. 128.
- MEILÁN GIL, José et al., *O proceso contencioso administrativo*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, (Alfonso Jurado Moreda), REGAP, núm. 13, 1996, páx. 321.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. (Análisis del artículo 105.b de la Constitución)*, Civitas, Madrid, 1993, (Margarita Prado Vaamonde), REGAP, núm. 8, 1994, páx. 323.
- MIGUEL PERALES, Carlos De, *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Civitas, Madrid, 1997, (Ángeles Pérez Vega), REGAP, núm. 17, setembro-desembro, 1997, páx. 297.
- MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel, *Dominio público y propiedad privada en la nueva Ley de costas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991, (Marta García Pérez), REGAP, núm. 2, 1992, páx. 341.
- MONREAL FERRER, Antoni, *La Nación y los estados en el federalismo norteamericano. La interpretación judicial de las subvenciones federales*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1990, (Carlos I. Aymerich Cano), REGAP, núm. 3, 1993, páx. 315.
- MORENO PÉREZ J. L. e VIDA SORIA, J., *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, MAP, Madrid, 1991, (Jaime Cabeza Pereiro), REGAP, núm. 1, 1992, páx. 154.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José I., *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992, (Marta García Pérez), REGAP, núm. 2, 1992, páx. 329.
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1993, (Gonzalo Barrio García), REGAP, núm. 5, 1993, páx. 329.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *El plan único de obras y servicios de Cataluña y la garantía institucional de la autonomía provincial*, Civitas-Deputació de Barcelona, Madrid, 1992, (Carlos I. Aymerich Cano), REGAP, núm. 2, 1992, páx. 333.
- OSBORNE, David e GAEBLER, Ted, *La reinvencción del Gobierno*, Paidós, Barcelona, 1994, (Miguel Anxo Bastos Boubeta), REGAP, núm. 8, 1994, páx. 355.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, (José Ignacio Martínez Estay), REGAP, núm. 8, 1994, páx. 331.
- PUNSET BLANCO, Ramón et al., *Xurisdicción ordinaria e Tribunal Constitucional*, EGAP, Santiago de Compostela, 1996, (José M^a Rebolledo Varela), REGAP, núm. 14, setembro-desembro, 1996, páx. 311.
- RAMOS MORENO, Alfredo, *Los gastos con financiación aceptada*, Banco de Crédito Local, Madrid, 1990, (Roberto I. Fernández López.), REGAP, núm. 3, 1993, páx. 337.
- RIVAS MAURA, Andrés, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, (M^a Jordana Meruendano Lira), REGAP, núm. 6, 1994, páx. 357.
- RODRIGUEZ ÁLVAREZ, José Manuel e CANALES ALIENDE, José Manuel, *O Informe Picq (estudio introductorio)*, EGAP, Santiago de Compostela, 1996, (Alfonso Jurado Moreda), REGAP, núm 14, setembro-desembro, 1996, páx. 315.

- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime, *Estudios sobre o Estatuto Galego*, EGAP, Santiago de Compostela, 1991, (Marta García Pérez), REGAP, núm. 1, 1992, páx. 146.
- *La caducidad en el derecho administrativo español*, Montecorvo, Madrid, 1993, (Lorenzo Mellado Ruiz), REGAP, núm. 6, 1994, páx. 367.
- *Manuel Colmeiro: un ilustre administrativista galego*, EGAP, Santiago de Compostela, 1994, (Manuel J. Sarmiento Acosta), REGAP, núm. 9, 1995, páx. 409.
- RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Xaime et al., *Procedimiento administrativo (Ponencias del IV encuentro hispano-argentino sobre derecho administrativo)*, EGAP, Santiago de Compostela, 1994, (Ana M^a Blanco Nespereira), REGAP, núm. 9, 1995, páx. 413.
- RODRÍGUEZ CABRERO, G. (comp.), *Estado, privatización y bienestar*, Fuhem-Icaria, Barcelona, 1991, (Miguel Anxo Bastos Boubeta), REGAP, núm. 7, 1994, páx. 391.
- ROUSSEAU, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, Moontchrestien, 2^a ed., París, 1996, (José Julio Fernández Rodríguez), REGAP, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 345.
- SALA FRANCO, Tomás, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, MAP, Madrid, 1989 (Marta García Pérez), REGAP, núm. 0, 1992, páx. 130.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid 1990, (Carlos I. Aymerich Cano), REGAP, núm. 1, 1992, páx. 153.
- SANTOS REGO, Miguel ANXO, *Política educativa na Unión Europea despois de Maastricht*, EGAP, Santiago de Compostela, 1997, (Ignacio López-Chaves Castro), REGAP, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 327.
- SCHMITT, C., *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. (Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero), Tecnos, Madrid, 1996, (Javier Junceda Moreno), REGAP, núm. 15, xaneiro-abril, 1997, páx. 331.
- SERNA GÓMEZ, Francisco José, ALVARELLOS GALVE, Constantino e BRAIBANT, Guy, *A codificación normativa*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, (Almudena Fernández Carballal), REGAP, núm. 10, 1995, páx. 307.
- VERDÚ MIRA, Antonio T., *El régimen jurídico de los ilícitos urbanísticos. (Legislación estatal y autonómica)*, Montecorvo, Madrid, 1993, (Ana M^a Blanco Nespereira), REGAP, núm. 7, 1994, páx. 387.
- VIDA SORIA, J. e MORENEO PÉREZ J. L., *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, MAP, Madrid, 1991, (Jaime Cabeza Pereiro), REGAP, núm. 1, 1992, páx. 154.
- VILAS NOGUEIRA, José et al., *O sistema político galego: as institucións*, Xerais, Vigo, 1994, (Miguel Anxo Bastos Boubeta), REGAP, núm. 8, 1994, páx. 349.
- VILLORIA MENDIETA, M., *La modernización de la Administración pública como instrumento al servicio de la democracia*, INAP, Madrid, (Miguel Anxo Bastos Boubeta), REGAP, núm. 20, setembro-décembro, páx. 319.
- VV. AA., *III Simposio de historia da Administración pública*, EGAP, Santiago de Compostela, 1997, (José Luis Mínguez Goyanes), REGAP, núm. 19, maio-agosto, 1998, páx. 339.
- XUNTA DE GALICIA, *Comentarios al proyecto de Ley de contratos de las administraciones públicas*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1994, (José Antonio Montero Vilar), REGAP, núm. 10, 1995, páx. 333.



NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografiadas a dobre espazo nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de se-lo caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folia á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Inclúiranse co título do artigo catro ou cinco descritores a través dos que se poida clasificar o artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, e incluírase o pé da páxina a profesión ou cargo principal co que desexan ser presentados.
7. O traballo irá precedido obrigatoriamente dun sumario ou resumo inferior a 150 palabras, sobre o contido e conclusións, sen notas ó pé. Acompañarase a versión inglesa do sumario.
8. Os traballos completos enviaranse por triplicado.
9. A numeración dos apartados farase só con caracteres arábigos ata tres díxitos.
10. As notas a pé de páxina recolleranse ó final do manuscrito en folia á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situaranse ó final do traballo e en orde alfabética de apelidos, do seguinte xeito:

Libros:

AUTOR (ano): Título do libro, número de edición, editorial, lugar.

Artigos:

AUTOR (ano): Título do artigo, título do libro ou nome da revista, volume e número, paxinación, editorial, lugar.

Nos casos de máis dun traballo do mesmo autor e ano, a este engadiráselle unha letra ordinal (1986, a; 1986, b; etc.).

As citas, nas notas de páxina, remitiranse á bibliografía final indicando o autor, ano (con a, b, etc.), volume e páxinas interesadas.

12. Se se utilizan abreviaturas ou siglas (organismos, revistas, etcétera), incluírase o seu listado detrás da bibliografía.
13. Achegaranse o enderezo postal e o teléfono dos autores e a data de remisión do orixinal.
14. Os traballos asinados expresan a opinión dos autores e son da súa exclusiva responsabilidade, para tódolos efectos.
15. Os autores comprométese a corrixi-las probas de imprenta nun prazo de sete días, e enténdese que, noutro caso, se outorga a conformidade co texto que aparece nelas. Non se poderá modificar substancialmente o texto orixinal a través desta corrección de probas.
16. Os traballos enviaranse a:

Revista Galega de Administración Pública

EGAP

Pol. das Fontiñas, rúa Madrid, 2-4
15707 Santiago de Compostela.
Galicia. España.



CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA