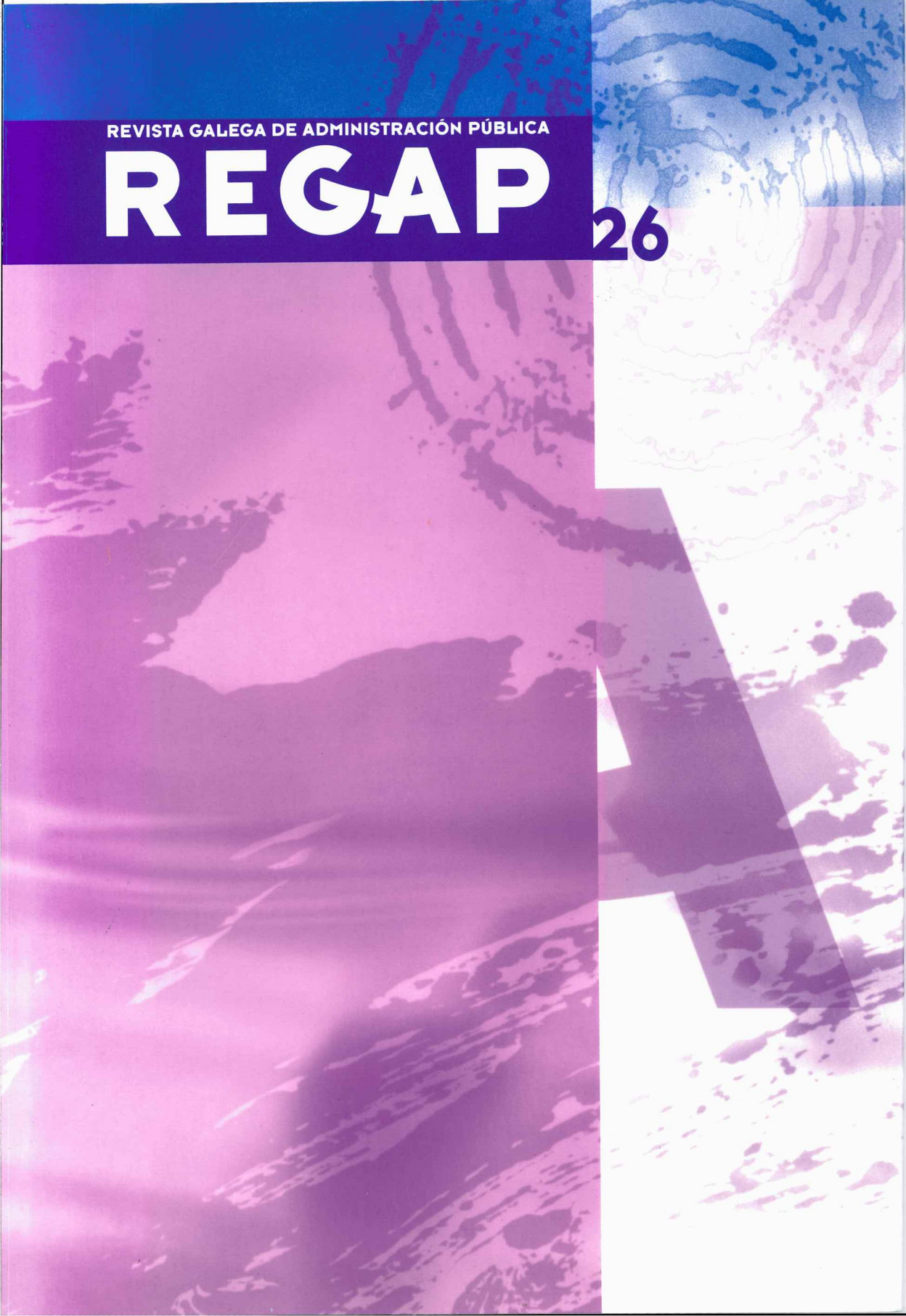


REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

26



26

SETEMBRO - DECEMBRO
2000

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

REGAP

REGAP: Revista Galega de Administración Pública.- Nº. 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: Alexandre Alonso Alonso
Sonia Alonso Figueroa

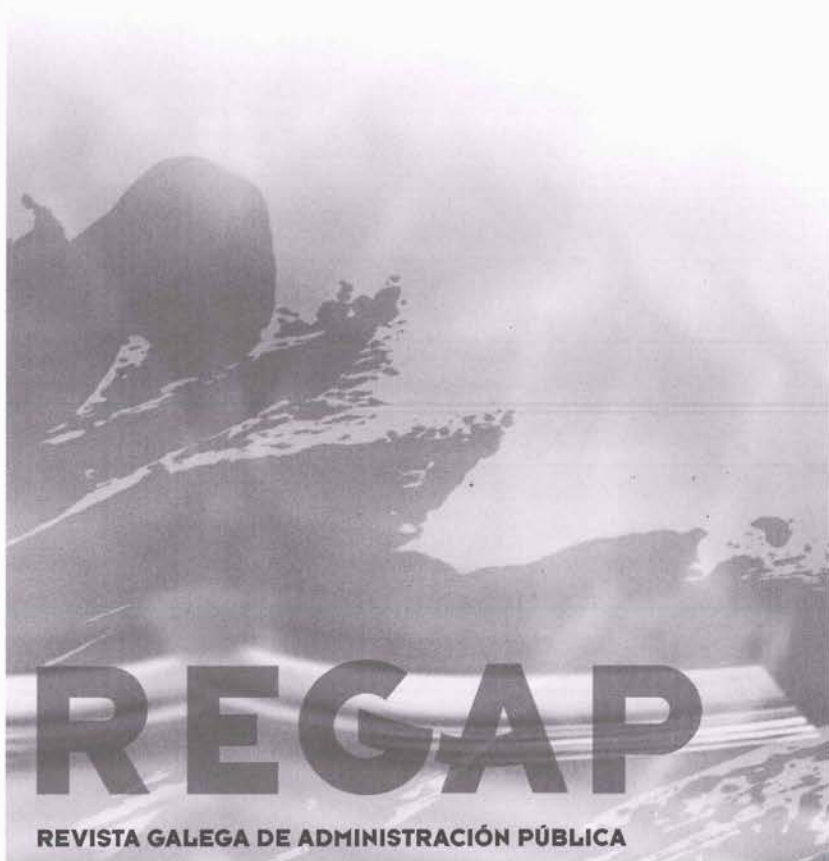
Deseño gráfico: Uqui CEBRA

Imprime: Offset Valladares

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 Luis Mínguez Goyanes

Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia

CONSELLO

José Antonio Álvarez Vidal

Secretario xeral da Consellería de Agricultura, Gandería e Política Agroalimentaria

Francisco Javier Castiñeira Izquierdo

Secretario de Administración Local

José Ramón Cólera Leirado

Letrado maior do Parlamento de Galicia

María Victoria de Dios Vieites

Profesora titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña

Andrés Faiña Medín

Catedrático de economía aplicada da Universidade da Coruña

Luciano Fariña Busto

Conselleiro maior do Consello de Contas de Galicia

Alejandro Fernández Barreiro

Catedrático emérito de dereito romano da Universidade da Coruña

Manuel Fernández Areal

Catedrático de teoría xeral da información

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

Santiago Porta Dovalo

Psicólogo da Consellería de Traballo e Servizos Sociais

Juan Jesús Raposo Arceo

Profesor da Universidade Nacional de Educación a Distancia

Luís Rodríguez-Ennes

Catedrático de dereito romano da Universidade de Vigo

Juan Rodríguez Yuste

Conselleiro de Industria e Comercio

Antonio Romero Lorenzo

Maxistrado xuíz decano de Vigo

Alfonso Rueda de Valenzuela

Director xeral de Administración Local

Luís Ramón Sotelo López

Corpo de Xestión de Administración da Xunta de Galicia

Jesús Souto Prieto

Presidente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Javier Suárez García

Director xeral da Asesoría Xurídica Xeral da Xunta de Galicia

Jesús Vázquez San Luís

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

SUMMARY

STUDIES

José Luis Moreu Ballonga	The value of historical titles in the Spanish Law on Water _____	15
Luiz Carlos Bresser-Pereira	Geographical and regional decentralisation: Brazil and Europe _____	47
Ramón Martín Mateo	Water prices and environmental policy _____	61
Luis Felipe Ragel Sánchez	Principles and functioning of the Arbitration Law _____	81

NOTES AND COMMENTS

José Vilas Nogueira	Regionalisation processes in Spain and France (a note to the thesis presentation by R. Pasquier) _____	99
Juan B. Lorenzo de Membiela	The petition for discovery of evidence on first instance in the jurisdiction for suits under administrative law of 1998 _____	105
Alba Nogueira López	An approach to the legal and administrative system of building planning and housing promotion: a special insight into the Galician regulation _____	129

JURISPRUDENCE

Pablo González Mariñas	Infringements and sanctions in the Galician Town Planning Law: a jurisprudential outlook _____	153
Javier Álvarez Barbeito		

SUMARIO

ESTUDIOS

José Luis Moreu Ballonga	Valor de los títulos históricos en el derecho español de aguas _____	15
Luiz Carlos Bresser-Pereira	Descentralização geográfica e regional: Brasil e Europa _____	47
Ramón Martín Mateo	Precios del agua y política ambiental _____	61
Luís Felipe Ragel Sánchez	Principios y funcionamiento de la Ley de arbitraje _____	81

NOTAS E COMENTARIOS

José Vilas Nogueira	Os procesos de rexionalización en España e Francia (unha nota de lectura da tese de R. Pasquier) _____	99
Juan B. Lorenzo de Membiela	La petición de recibimiento a prueba en primera instancia en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 _____	105
Alba Nogueira López	Aproximación ó réxime xurídico-administrativo da ordenación da edificación e a promoción de vivendas: especial consideración da normativa galega _____	129

XURISPRUDENCIA

Pablo González Mariñas	Infraccións e sancións no dereito urbanístico galego:	
Javier Álvarez Barbeito	unha visión xurisprudencial _____	153

PARLIAMENTARY CHRONICLE

- 199 _____ The drafting of the Galician Volunteers Law:
parliamentary aspects **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

ADMINISTRATIVE CHRONICLE

- 211 _____ Conference on coastal planning
Ferrol, 25th and 26th April 2000. **Enrique Diego Fernández Pérez**
- 247 _____ Conference on the Galician Law of Cooperatives
Vigo, 3rd and 4th May 2000 **Ana María Giráldez Riveiro**

BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- 273 _____ *The constitutional right to the environment*
Gerardo Ruíz-Rico Ruíz
Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 **María del Carmen Silva López**
- 285 _____ *Senior functions in local entities*
Antonio Serrano Pascual
María Pilar Teruel Melero
Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2000 **Isabel Castiñeiras Bouzas**

CRÓNICA PARLAMENTARIA

- A elaboración da Lei do voluntariado de Galicia:
199 _____ aspectos parlamentarios **Xosé Antonio Sarmiento Méndez**

CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- Xornadas de ordenación do litoral
211 _____ Ferrol, 25 e 26 de abril de 2000 **Enrique Diego Fernández Pérez**
- Xornadas sobre a Lei de cooperativas de Galicia
247 _____ Vigo, 3 e 4 de maio de 2000 **Ana María Giráldez Riveiro**

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- El derecho constitucional al medio ambiente*
Gerardo Ruíz-Rico Ruíz
273 _____ Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 **María del Carmen Silva López**
- Las funciones directivas en las entidades locales*
Antonio Serrano Pascual
María Pilar Teruel Melero
285 _____ Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2000 **Isabel Castiñeiras Bouzas**



ESTUDIOS

VALOR DE LOS TÍTULOS HISTÓRICOS EN EL DERECHO ESPAÑOL DE AGUAS

José Luis Moreu Ballonga

Catedrático de derecho civil en Zaragoza

1. La existencia del problema

Hace ya casi medio siglo que afirmó Latour Brotons que en la jurisprudencia sobre aguas de nuestro país tenía un gran peso la «*pátina de los pergaminos*»¹. Se refería este prestigioso jurista al peso de los títulos históricos provenientes de etapas históricas anteriores a la reforma del régimen de las aguas por las leyes de 1866 y 1879, y el medio siglo transcurrido desde entonces no ha restado interés o actualidad a esta certera observación de Latour Brotons.

En un libro que publiqué sobre derecho de aguas en 1996 he recogido una amplia muestra de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre títulos históricos y he intentado clarificar doctrinalmente la difícil problemática que plantea dicha jurisprudencia². La conclusión principal de ese estudio es la de que tanto la Ley de aguas de 1879 como la de 1985 adoptaron un criterio excesivamente conservador de respeto muy amplio

¹ Véase del autor *Los antecedentes de la primitiva Ley de aguas*, 1955, pgs. 39 y 87 a 89.

² Véase *Aguas públicas y aguas privadas*, Barcelona, Editorial Bosch, pgs. 159 a 209. Posteriormente, Emilio PÉREZ PÉREZ ha aceptado en lo fundamental y recogido en forma sumamente resumida esta explicación mía sobre los títulos históricos. Véase su libro *La propiedad del agua*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998, pgs. 31 a 33 y 79. Véase también la nota 28 de este trabajo y la opinión de CAPILLA RONCERO.

a los viejos derechos adquiridos históricos, que, sobre todo con respecto a la segunda de dichas leyes, que es la actualmente vigente, resulta sumamente incoherente con otras directrices de la ley, como la de una mayor aspiración a la publicación de las aguas y la de una, teóricamente al menos, fuerte incidencia de la planificación hidrológica.

Con anterioridad al estudio mencionado, la doctrina española se había limitado, en general, o a constatar la frecuente existencia o aparición de viejos títulos históricos sobre aguas³, o a declarar que resultaría apasionante el estudio de esta jurisprudencia sobre los títulos históricos⁴. Con posterioridad a la aparición de mi libro de 1996, he tenido noticia de otros interesantes supuestos de títulos históricos sobre aguas y han ido apareciendo nuevas sentencias del Tribunal Supremo sobre esta cuestión.

En cuanto a lo primero, podría citarse el caso de la Albufera de Valencia, lago que pertenece en propiedad al municipio de la ciudad de Valencia y acaso en virtud de la concesión que hiciera en 1250 el rey Jaime I el Conquistador, confirmada en 1353 por el rey Don Pedro de Aragón⁵.

³ Véanse los libros de GUIMERA PERAZA, MARCOS, BOLEA FORADADA, Juan Antonio, y LÓPEZ ARROYO, Julio Miguel, que he citado en mi libro de 1996, pg. 117, nota 73, y pg. 182, nota 239. Mención más destacada merece, por su gran interés, y aunque el trabajo carezca del análisis histórico dogmático que hoy podríamos hacer, el trabajo publicado en 1896 por Rafael ALTAMIRA titulado «Mercado de agua para riego en la huerta de Alicante y en otras localidades de la Península», trabajo que recogió Joaquín Costa en su *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Tomo 21, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, pgs. 147 a 167 y 437 y ss. El trabajo explica minuciosamente la evolución y consecuencias para la huerta de Alicante de títulos históricos otorgados por Alfonso X en 1252 y 1258, y por Don Juan I de Aragón en 1389 y 1393, títulos históricos todavía hoy en parte vigentes. Cfr. mi libro de 1996, pgs. 115-116.

⁴ Afirmación que realiza el profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO en su libro *Derecho de aguas*, Editorial Cívitas, 1997, pg. 263, nota 179. Y véase también la información que aporta el autor en las páginas 571 y 572.

⁵ Dejo la afirmación como dudosa, porque según otra opinión la propiedad sobre la Albufera que ostenta el municipio de Valencia le habría sido concedida por el Estado por la Ley de 23 de junio de 1911, opinión que sostuvo la Sentencia de la sala 40 del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1984, *Aranzadi*, núm. 4911. Y véanse también sobre el tema la Sentencia de la misma sala 40 de 20 de mayo de 1986, *Aranzadi*, núm. 2319, y la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 31 de marzo de 1982, que dejó claramente sentada la propiedad patrimonial del ayuntamiento sobre el Real Lago de la Albufera. Pascual SORIANO en un trabajo publicado en 1896 daba por sentado que en el siglo XVIII la Albufera pertenecía al Real Patrimonio. Véase «Comunidad de pescadores del Palmar en la Albufera», trabajo recogido por Joaquín COSTA en su *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Tomo 21, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, pgs. 83 a 109. En todo caso, los títulos históricos mencionados en el texto otorgaban a los hijos varones de los pescadores, por vía hereditaria y con exclusión de las hembras, el derecho a echar las redes y pescar en la Albufera. Pero en los últimos años las mujeres se han enfrentado a las cofradías de pescadores, venciendo en los tribunales, e imponiendo también en esto la efectiva aplicación del principio constitucional de no discriminación por razón de sexo. El pintoresco conflicto

Otro supuesto interesante de vigencia de un título histórico sobre aguas es el relativo a las aguas del pozo o fuente de Cella, pueblo de Teruel, aguas que forman, junto a las procedentes de otros manantiales de la zona, un arroyo o río que abastece a siete pueblos y que se rige por unas ordenanzas de 1742, declaradas vigentes por jurisprudencia de finales del siglo pasado⁶. En fin, en España no es infrecuente, en contiendas y enfrentamientos entre pueblos o entre comunidades de regantes, que los conflictos se arrastren desde hace siglos y con constante invocación de títulos con muchos siglos de antigüedad⁷.

Veamos ahora algunas sentencias recientes sobre títulos históricos. La Sentencia de la sala 10 del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1990 aplicó el principio nominalista y rechazó la existencia de cláusula *rebus sic stantibus* en un caso en que el Sindicato de Riegos del Heredamiento de Molina de Segura reclamaba cantidades de dinero en concepto de participación en los gastos de reparación de una acequia al Heredamiento de Regantes de Lorquí, que opuso con éxito el estricto cumplimiento de su obligación de contribuir con *mil reales de vellón*, obligación derivada de una escritura de transacción entre ambos heredamientos de 27 de abril de 1782, ratificada en este punto expresamente por las ordenanzas del Heredamiento Regante de Molina de Segura de 20 de enero de 1925. No se dilucidaba aquí, como se ve, el reconocimiento mismo de un derecho sobre aguas proveniente del antiguo régimen, pero sin duda que esta pintoresca decisión, tan ajustada a la legalidad estricta como al parecer injusta, puede constituir un muy significativo ejemplo del peso de la «pátina de los pergaminos» en nuestra actual jurisprudencia sobre aguas.

ha tenido amplia repercusión en la prensa valenciana y aun en la española. Pascual SORIANO explicaba minuciosamente en el citado trabajo la evolución histórica de los derechos de esos pescadores.

⁶ La fuente de Cella es en realidad un pozo artesiano de gran caudal situado en terreno propiedad del Ayuntamiento de Cella, cuyas aguas se consideran privadas y que están inscritas como bienes de propios a nombre de dicho ayuntamiento en el de la propiedad de Albarracín. BUESO ZAERA, Leocadio, abogado y buen conocedor de los problemas y frecuentes conflictos de la zona, propuso en 1993 crear una comunidad de regantes que intentaba adaptar a la realidad actual, muy distinta de la de 1742, las viejas ordenanzas del río Cella. Véase su trabajo «Sobre el aprovechamiento de las aguas del río Cella», en el libro colectivo *Derecho Agrario Español y de todas las Comunidades Autónomas*, Congreso Internacional e Iberoamericano de Derecho Agrario, editado por el Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1993, pgs. 349 a 352.

⁷ En Aragón, por ejemplo, se conoce un viejo enfrentamiento entre las localidades de Lucena y Épila, disputándose aguas de la cuenca del río Jalón, y en el que se invocan una concordia de Lucena de 1549 y una concordia de 1584 entre la villa de Épila y el Señor de Berbedel. O también el enfrentamiento entre Albalate del Arzobispo y otros pueblos aguas abajo de la cuenca del río Martín, en Teruel, conflicto en el que se invocan diversos títulos del siglo XVI, como una sentencia del Supremo Tribunal de España e Indias de 1512 en favor de los pueblos inferiores antes mencionados.

Tiene algo de sarcasmo que el Tribunal Supremo, tras un pleito civil de muchos años de tramitación, condenase en 1990 a una comunidad de regantes a contribuir a los gastos de reparación de una acequia con mil reales de vellón⁸.

La Sentencia de la sala 30, sección 30, del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1994⁹ desestimó un recurso de apelación, confirmando la sentencia apelada y una resolución administrativa de la Comunidad Autónoma de La Rioja en favor de la sociedad propietaria de un manantial y un balneario, sentencia y resolución administrativa (de enero de 1989 ésta y culminando un expediente iniciado en febrero de 1977) impugnadas en apelación y mediante recurso contencioso administrativo por el Ayuntamiento de Arnedillo, que había pretendido que había sido invadida su autonomía municipal y haber visto dificultados proyectos suyos para hacer unas instalaciones deportivas y para dedicar el agua del manantial al abastecimiento de poblaciones. La sociedad codemandada y propietaria del balneario traía causa de otra sociedad que en 1847, tras la desamortización, había recibido del ayuntamiento en escritura pública y como censo perpetuo el balneario, habiendo redimido posteriormente el censo en 1868. La sociedad codemandada había sido usuaria durante más de un siglo de forma pacífica del afamado balneario y sus antecesores habían obtenido por Real orden de 15 de noviembre de 1882 la declaración de utilidad pública del balneario. Como se ve, en este supuesto parece reconocerse la propiedad privada de un manantial y un balneario con base en un título histórico de 1847, aunque el Alto Tribunal no invoca la normativa transitoria de la legislación de aguas sino la disposición transitoria 20 de la Ley de minas de 1973.

Veamos ahora la Sentencia de la sala 30, sección 60, del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 1996¹⁰. Los antecesores o transmitentes de

⁸ Cfr. *Aranzadi*, núm. 9927, ponente Excmo. Sr. Pedro GONZÁLEZ POVEDA. Esta sentencia la había citado ya en mi libro de 1996, pero vuelvo a recordarla, aparte de por su evidente interés, para rectificar el error que en aquella ocasión cometí al equiparar reales de vellón a reales de peseta, reduciendo la indemnización a la ridícula cantidad de 250 pesetas. El real de vellón era una moneda castellano leonesa que en tiempo de Carlos II era de cobre y equivalente a 34 maravedís, y desde luego anterior a la creación de la peseta en 1818 y adoptada como unidad monetaria española en octubre de 1868. De modo que la valoración crítica que en el texto hago de esta sentencia parece válida en principio, aunque quizás habría que conocer cómo se ejecutó dicha sentencia y si no se rectificó o suavizó un tanto el rigor del principio nominalista en dicha fase de ejecución de sentencia.

⁹ Cfr. *Aranzadi* de 1994, núm. 130; ponente José María MORENILLA RODRÍGUEZ.

¹⁰ Cfr. *Aranzadi* de 1996, núm. 6995; ponente Juan Antonio XIOL RÍOS. En el momento en que redacto estas líneas no ha aparecido todavía publicada, al parecer, la versión completa de esta interesante sentencia en la colección editada por el Consejo Superior del Poder Judicial.

doña Encarnación V. M. habían comprado en pública subasta al Ayuntamiento de Barcelona, por 4215 reales de vellón y formalizando la compra en escritura pública de 24 de diciembre de 1856, una pluma de agua a tomar del repartidor de la Plaza Real, que se nutría con aguas del manantial de Montcada, que parece era un manantial originariamente público. El Ayuntamiento de Barcelona ordenó el cese del suministro a fin de proteger la salubridad del agua el día 10 de marzo de 1989. Doña Encarnación interpuso recurso contra dicha resolución administrativa, pero la Sentencia de 24 de julio de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestimó dicho recurso, entendiendo que la recurrente tenía una concesión administrativa revisable con base en el artículo 63 de la Ley de aguas de 1985. Interpuesto por doña Encarnación recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste declaró haber lugar al mismo, consideró infringido el apartado tercero de la disposición transitoria primera de la Ley de aguas de 1985, y declaró –con cierta timidez– que el agua comprada era de propiedad privada y que el Ayuntamiento de Barcelona había realizado un acto materialmente expropiatorio por el que debía indemnizar a la recurrente, teniendo además que revalorizar a la fecha de la privación del agua (año 1989) el precio de 4215 reales de vellón pagado por dicha agua en 1856.

Creo que en esta sentencia el Tribunal Supremo tenía razón al considerar que el derecho sobre el que se debatía no era una concesión administrativa, pero que acaso no la tenía, en principio, al considerarlo un derecho de propiedad privada. La venta de aguas al parecer públicas (caño de una fuente en una plaza pública), aunque no era algo irregular en 1856, no podía tener la virtualidad de transformar en privadas dichas aguas si originariamente eran públicas. La calificación como privadas del Supremo sólo se justificaría si, a la vista del concreto documento de 1856, se percibiese que las aguas eran entonces una regalía o de propiedad estricta del Ayuntamiento de Barcelona (lo que, según fuesen las circunstancias, era perfectamente posible en ese momento histórico: no «concesión administrativa», ni enfiteusis u otro derecho real) y que era la misma titularidad radical o propiedad de una porción de su agua lo que éste verdaderamente quiso transmitir en la venta realizada. De no desprenderse ello del documento de 1856 hubiera parecido más asequible la explicación de que se estaba en este conflicto ante un derecho real sobre aguas públicas adquirido por compra mediante un título histórico¹¹.

¹¹ CARO PATÓN CARMONA, Isabel, considera sin razón, desde una reflexión muy insuficiente sobre el problema y desde una lectura gravemente deformante del artículo 257 de la Ley de aguas de 1879, que el criterio de esta sentencia del Tribunal Supremo analizada en el texto es «absolutamente erróneo». Cfr. *El derecho a regar*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, pg. 239, nota 126.

Recuérdese que la noción de concesión administrativa es una creación, sobre precedentes romanos, del régimen constitucional, y que dicha noción o categoría ni siquiera estaba recogida con total nitidez en las leyes de aguas de 1866-1879. En todo caso, el Tribunal Supremo insiste mucho en analizar las cláusulas del contrato de 1856 y, en ese sentido, la sentencia resulta interesante y conecta con una arraigada y persistente jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal.

En la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 1 de septiembre de 1997¹² se conocía un pleito en el que una comunidad de regantes de la provincia de Zaragoza demandó a otra comunidad también zaragozana y a un ayuntamiento. Pretendía la comunidad demandante que se le reconociese un derecho a unas aguas públicas del río Alpartir, para lo que alegaba, entre otras razones, una concordia o sentencia arbitral del año 1669 entre los regantes de ambos pueblos. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 5 de mayo de 1993 le dio la razón a la comunidad demandante, aunque el Tribunal Supremo anuló finalmente esta sentencia, no por no reconocer valor a la Concordia de 1669, sino porque entendió que dicho derecho de la comunidad demandante se había extinguido por caducidad, al haberse dejado de aprovechar durante más de tres años consecutivos (véase el artículo 64 de la vigente Ley de aguas).

En la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1998¹³ se conoció y decidió un caso en el que comunidades de regantes de varias localidades navarras (Tudela, Murchante y Urzante) demandaron civilmente a una comunidad de regantes de Tarazona, reclamándole el cumplimiento de las *alemas de abatir*, que son unos derechos históricos de origen medieval y reconocidos en una concordia o pacto entre todos estos pueblos del año 1695, y consistentes en el derecho de las localidades demandantes de recoger aguas abajo del río Queiles parte de las aguas de éste y de aguas de fuentes de Tarazona que vierten al mismo. Durante los años 1989 y 1990, a causa de la fuerte sequía que se dio, Tarazona no dejó correr el agua de las *alemas* y esto provocó la demanda ante los tribunales de las localidades navarras. Tanto la Audiencia Provincial de Zaragoza, en su Sentencia de 27 de enero de 1994, como el Tribunal Supremo, en su sentencia arriba citada, dieron sustancialmente la razón a las localidades navarras demandantes. El Tribunal Supremo reconoció como públicas esas aguas del río Queiles, argumentó con razón desde la idea de la irretroactividad de la vieja Ley de aguas de 1879 y consideró que la Concordia de 1695 no se había concebido con carácter temporal¹⁴.

¹² Cfr. *Aranzadi* de 1997, núm. 6431; ponente Luis MARTÍNEZ CALCERRADA.

¹³ Cfr. *Aranzadi* de 1998, núm. 2394; ponente Jesús Marina MARTÍNEZ PARDO.

¹⁴ Los turiasonenses alegan, con bastante razón, que la situación en la zona ha variado mucho desde la Edad Media. En aquel entonces la huerta de Tudela y sus alre-

Véase también, relativa a títulos históricos sobre aguas privadas en manantiales de las Canarias, la excelente Sentencia de la sección 40 de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2000, *Aranzadi* núm. 5119, ponente Excmo. Sr. Rafael Fernández Montalvo.

2. Valor de los títulos históricos sobre aguas privadas

Aplicando las leyes de aguas de 1866 y 1879, el Tribunal Supremo ha admitido, en bastantes sentencias, el carácter de aguas de propiedad privada de las aguas de ríos canalizadas por acequias o de las aguas de arroyos con base en títulos históricos anteriores a 1866¹⁵. Y ya me he referido a alguna sentencia en el mismo sentido también posterior a la entrada en vigor de la Ley de aguas de 1985.

dedores necesitaba las aguas del Queiles porque no se podían elevar caudales del Ebro, pero en la actualidad pueden hacerlo y además disponen del canal de Lodosa y van a disponer pronto del nuevo canal de Navarra, mientras que las tierras de Tarazona siguen dependiendo de un río pequeño como el Queiles. Y no sólo eso. Cuando se dictó esta Sentencia de 16 de abril de 1998 se estaba terminando la construcción del embalse del Val, embalse de 24 hectómetros cúbicos de capacidad máxima y que habrá de recoger las aguas de los ríos Queiles y Val, ambos originados en el deshielo de las nieves invernales del Moncayo. Pues bien, en las previsiones del Plan hidrológico de la cuenca del Ebro, elaborado a lo largo de trece años y que se habría de aprobar tres meses después ya sin tiempo para modificaciones (Decreto de 24 de julio de 1998) no se contemplaba para nada a Tudela, Murchante y Urzante, que sin embargo ahora resultan tener derechos reconocidos por el Tribunal Supremo a las aguas del embalse del Val, que son en parte las del Queiles. El ejemplo ilustra estupidamente la incoherencia ideológica de que había acusado yo en mi libro de 1996 a la Ley de aguas de 1985, que pone mucho énfasis en la planificación hidrológica pero que respeta a la vez hasta sus últimas consecuencias las decisiones fosilizadas sobre aguas de los reyes medievales. Muy propio del engañoso eclecticismo que se instaló en la política española a partir del otoño de 1982. Véase sobre esta Sentencia de 1998 comentada y sobre la problemática de la zona el buen reportaje periodístico del *Heraldo de Aragón* de 19 de junio de 1998. Sobre la Concordia de 1695 véase mi libro de 1996, pg. 182.

¹⁵ De entre las que he citado y comentado en mi libro de 1996, véanse la Sentencia civil de 14 de mayo 1883; Sentencia civil de 9 de mayo 1891; Sentencia civil de 27 de mayo de 1896; Auto de la Sala Contencioso Administrativa de 7 de noviembre de 1917; Sentencia civil de 8 de febrero 1921; Sentencia civil de 5 de junio 1933; Sentencia civil de 23 de diciembre 1946; Sentencia civil de 31 de marzo 1952; Sentencia civil de 22 de noviembre 1958; y Sentencia de la sala 40 de 16 de enero 1965. Aparte de éstas, he citado y estudiado otras varias sentencias que son bastante ambiguas sobre la cuestión. Para localizar en mi libro el comentario de estas sentencias téngase en cuenta que están ordenadas por orden cronológico desde las más recientes a las más antiguas. Entre las sentencias más recientes que he comentado en el primer epígrafe de este trabajo, podrían añadirse ahora, en la línea de lo afirmado en el texto, las sentencias de la sala 30 de 14 de enero de 1994 y la de la misma sala de 10 de octubre de 1996.

En mi libro de 1996 he defendido que esta doctrina del Tribunal Supremo es técnicamente correcta, tanto antes como después de la entrada en vigor de la Ley de aguas de 1985. La explicación completa de las razones de ello es compleja y no cabe reproducirla aquí por razones de espacio. Esta opinión sólo se comprende plenamente en el contexto de una explicación completa sobre el significado general de la reforma legal del régimen de las aguas llevado a cabo por las leyes de aguas de 1866 y 1879¹⁶. Sin embargo, sí que cabe afirmar aquí que los dos argumentos básicos de esa opinión y de esa persistente doctrina jurisprudencial (aunque temo que argumentos no formulados ambos nunca con claridad por el Tribunal Supremo) son, en primer lugar, la perfecta alienabilidad en el antiguo régimen de la regalía, o del dominio eminente, o de la titularidad radical misma sobre las aguas (o sea, no sólo alienabilidad del goce del agua o de su dominio útil), lo que era un principio caracterizador de aquel antiguo sistema jurídico¹⁷, y en segundo lugar, la rígida y drástica irretroactividad que han mantenido respecto de las aguas privadas tanto las leyes de aguas de 1866 y 1879 (cfr. art. 257 de la segunda), como la Ley de aguas de 1985 (cfr. apartado 11 de la disposición transitoria 40, adecuadamente interpretado). Hay todavía aguas privadas, incluso pertenecientes a ríos, porque fueron configuradas como tales en antiguos o antiquísimos títulos históricos y esos antiguos derechos de propiedad sobre el agua han sido siempre respetados por la ley en el derecho español. De modo que no se equivoca el Tribunal Supremo cuando así lo ha afirmado o lo afirma todavía. Y lo que supongo que al menos nadie se atreverá a negar es que falta en absoluto en la legislación de aguas un precepto de rango legal que haya publicado retroactivamente las concretas aguas atribuidas en viejos títulos históricos y declaradas aguas privadas por sentencia firme. Así que, al menos estas aguas, sí que indiscutiblemente podrán ser aguas todavía privadas a pesar de ser aguas derivadas o procedentes de los ríos.

Una diversa opinión doctrinal, apoyándose en el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de diciembre de 1952, ha pretendido sostener, sin embargo, que cuando en los antiguos títulos históricos se utilice el tér-

¹⁶ Para esa explicación véase mi libro de 1996, pgs. 111, 115 y ss, 137 y ss, y 148 y ss.

¹⁷ Los historiadores y los juristas y economistas mejor informados están de acuerdo en ello. En mi libro cité a PERTILE, GAY DE MONTELLÁ, ASTUTI, Guido, COSTA, Emilio, ADA BENEDETTO, MALUQUER DE MOTES, LALINDE ABADÍA y GARCÍA DE ENTERRÍA. Véanse en mi libro las notas 50 y 51 de la página 111. Véase últimamente también, en el mismo sentido, el importante libro de MATÉS BARCO, Juan Manuel, *La conquista del agua*, 1999, pgs. 79 y 83. Apoyándose en la autoridad de FONT RIUS, también insiste en la misma idea Sebastián MARTÍN RETORTILLO, aunque este autor, como se verá a continuación, no saca las consecuencias pertinentes de esta importante idea. Véase su *Derecho de aguas*, 1997, pg. 571, nota 3.

mino *propiedad* o *dominio* de aguas genéricamente públicas como las de los ríos, de todas formas no hay más remedio que traducir dichos términos entendiéndolos referidos a concesiones administrativas *demaniales*.¹⁸ Sin embargo, sin descartar que en algún caso puntual la interpretación concreta del documento histórico permita una tal traducción terminológica, esa explicación, como tal explicación general, no me parece convincente en absoluto, porque el mencionado Dictamen del Consejo de Estado de 29 de diciembre de 1952 se limita a hacer una mera afirmación y carece de una verdadera argumentación seria sobre el fondo del problema, que ni siquiera roza, sin reflexionar, ni siquiera mencionar, los argumentos de la alienabilidad de la regalía misma sobre el agua en el antiguo régimen ni la tajante irretroactividad para con las aguas privadas de las leyes de aguas de 1879 y de 1985 (a la primera de ellas, más bien, que es la que pudo conocer). De modo que no puede bastar una mera afirmación del Consejo de Estado, órgano cuyos dictámenes como se sabe no son vinculantes, para contrarrestar una persistente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y anclada en muy sólidos argumentos históricos y jurídicos. Y cuestión muy distinta a la de los títulos históricos es, por supuesto, la de que la concesión administrativa sobre aguas públicas nunca puede llegar a convertir en aguas privadas las aguas sobre las que recae esta acertada idea, que ya aclarara en su momento la exposición de motivos de la Ley de aguas de 1866, ha llegado a ser hoy cuestión pacífica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina seria¹⁹.

¹⁸ Tal es la opinión y argumentación de Sebastián MARTÍN RETORTILLO, en su *Derecho de aguas*, 1997, pgs. 152-153, nota 123, y pg. 259, y en *Las obras hidráulicas en la Ley de aguas*, 2000, nota 46, pg. 98. Se ha sumado también a dicha opinión Isabel CARO PATÓN CARMONA, quien afirma que en el comentario de mi libro de 1996 desconozco el supuesto «importante giro jurisprudencial» que representaría el dictamen del Consejo de Estado de 29 de diciembre de 1952. Cfr. *El derecho a regar*, 1997, pg. 239, nota 126. En realidad, es cierto que no cité ese dictamen del Consejo de Estado, pero, por las razones que explico en el texto, no considero en absoluto que el mismo represente un importante giro jurisprudencial respecto de la línea de sentencias del Tribunal Supremo que he estudiado desde 1860 en adelante, y que, como sugiero en la página 159 de mi libro, probablemente es continuación de una tradición de respeto a los títulos históricos que tiene muchos siglos de antigüedad. Por lo demás, sin haber leído completo el libro de CARO PATÓN, encuentro que me atribuye en diversos sitios ideas distintas y aun contrarias a las que yo efectivamente he sostenido. Así ocurre, al menos, en la pg. 30, nota 5, pg. 31, nota 9, pg. 57, nota 68, pg. 347, nota 6, y en la página 259 de su libro, donde casi da a entender que considero las concesiones administrativas sobre aguas como derechos de crédito, siendo que esa afirmación la hice como mera posibilidad excepcional en el contexto de una explicación compleja y con muchos matices.

¹⁹ Véase mi libro de 1996, pgs 129-130, y 149, nota 174. Conviene no dejar de decir que esa afirmación decisiva y tantas veces repetida de la exposición de motivos

Ahora bien, una cosa es que considerase correcta técnicamente en mi libro esta doctrina de que todavía existen aguas privadas con base en antiguos títulos históricos anteriores a 1866, y otra muy distinta que dicha situación me parezca conveniente. Como en el libro defendí y he recordado al principio de este trabajo, la actual situación representa la aceptación por el legislador de 1985 de un criterio excesivamente conservador y excesivamente incoherente con otras de las ideas de la propia Ley de aguas de 1985. Creo que, en realidad, los autores de la Ley de 1985 ignoraban este complejo problema de los títulos históricos. Por eso, en mi libro de 1996, aparte de algunas propuestas de reforma legislativa sobre el asunto, procuré ofrecer posibles argumentaciones que permitieran paliar o atenuar esta situación tan conservadora en este tema de nuestro actual derecho vigente.

Es preciso señalar, ante todo, que la Ley de aguas de 1985 ha hecho un amplio reconocimiento de los derechos adquiridos en una época y un contexto doctrinal muy distintos de los de 1866-1879-1889, cuando se piensa ahora por la buena doctrina que en materia de derecho transitorio no es aceptable la teoría de los derechos adquiridos; que resulta imposible construir normas de conflicto universalmente válidas; y que,

de la Ley de aguas de 1866, distinguiendo entre la propiedad privada y la concesión administrativa sobre aguas, representa, mejor que ninguna otra explicación, la brillante gestación de la moderna y rigurosa noción de dominio público, al constituir el punto de inflexión o salto cualitativo desde la antigua alienabilidad plena de la regalía misma, de la titularidad radical sobre el agua, propia del antiguo régimen, a la nueva noción del dominio público inalienable, propia del Estado constitucional. Creo que una vez que se alcanzó la idea de que el agua objeto de una concesión administrativa destinada a un uso privativo que podía ser completamente consuntivo o casi (el riego) no dejaba por ello nunca de ser agua pública, se pudo alcanzar también, al menos intuitivamente, la otra idea clave que está implícita en todo el articulado de las leyes de aguas de 1866 y 1879: la idea de que los derechos subjetivos (y estas leyes configuraban un sistema de derechos subjetivos) tendrían por objeto corrientes de agua (el chorro incesante de aguas «futuras» que vienen hacia un punto determinado, y no porciones singulares de agua aprehendidas) o masas estáticas de agua. Y en efecto, esa misma exposición de motivos que explicó por primera vez el moderno concepto del dominio público inalienable, aunque alienable en el goce, explicó también brillantemente cómo era posible la propiedad privada (en el fondo, cualquier derecho subjetivo) sobre una corriente de agua. La grandeza y fecundidad de estos logros conceptuales se advierte mejor cuando se constata que en 1864 Cirilo FRANQUET, uno de los autores que más influyeron en la preparación de estas leyes liberales sobre el agua, no tenía claras todavía ni la noción del derecho a una corriente de agua, ni la indisponibilidad del dominio público en su sentido moderno, indisponibilidad que venía a reconocer vagamente, pero que veía compatible, como en el antiguo régimen, con la idea de que finalmente el concesionario de las aguas públicas se hiciese propietario privado de las mismas. Véase de este autor, en tal sentido, *Ensayo sobre el origen, espíritu y progresos de la legislación de las aguas*, Madrid, 1864, tomo 11, pgs. 253, 265, 267-268-269, 323 y ss. y 336. Y véanse también los artículos 86 y 240 del proyecto de Código general de aguas que presentó FRANQUET.

aparte del art. 9-3 de la Constitución²⁰, no hay límites tácitos en la Constitución al poder del legislador de legislar retroactivamente²¹.

En dicho contexto doctrinal, puede resultar curioso –criticable también– que una ley de aguas vertebrada en torno a la (por hoy futurista) idea de planificación hidrológica, haya mantenido también tan ampliamente el respeto de principio a un derecho de aguas y a unas relaciones jurídicas en parte anteriores a la codificación. Aunque el conjunto de la regulación de las disposiciones transitorias de la Ley de 1985 (cfr. apartados 31 y 41 de las disposiciones 20 y 30) atenúa considerablemente tan tensa contradicción, no la suprime del todo, y a buen seguro se habrán de producir en el futuro conflictos jurídicos sobre las aguas de muy difícil interpretación y aclaración. Y recuérdese, además, que las normas jurídicas se deben interpretar teniendo en cuenta *la realidad social* del tiempo de aplicación de las mismas (art. 3.1 del Código civil)²².

En particular, en los (ignorados) casos en que, por acción de la doctrina, la jurisprudencia o la práctica administrativa se hayan pasado a considerar aguas públicas las que realmente eran privadas, en tanto que mantenidas tales por la (a veces olvidada) disposición transitoria de la reforma liberal, la situación de inseguridad jurídica se mantendrá como hasta ahora. Se seguirán considerando públicas esas aguas tanto por los parti-

²⁰ Sobre el art. 9-3 de la Constitución existe abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional y abundante doctrina. Algunas caracterizadas opiniones doctrinales han sido recogidas por DÍEZ PICAZO, Luis María, en *La derogación de las leyes*, 1990, pgs. 187 a 191 y 214. La interpretación que más amplio margen concedería al legislador para legislar retroactivamente es la que personalmente sostuve de que el precepto no contiene sino una mera prohibición de la retroactividad de la norma sancionatoria desfavorable, debiendo entenderse la frase *o restrictivas de derechos individuales* como referida exclusivamente a las *disposiciones sancionadoras* y como una aclaración del requisito de que hayan de ser *no favorables*. Las diversas interpretaciones de la doctrina que conozco presuponen que el legislador constituyente se expresó con ortografía un tanto defectuosa al no anteponer una preposición y un artículo (*de las*) a la frase «restrictivas de derechos individuales». Cfr. mi libro sobre aguas subterráneas de 1990, pg. 158.

²¹ Véase, en tal sentido, DÍEZ PICAZO, Luis María, en *La derogación de las leyes*, 1990, pgs. 184 y siguientes y 195 a 203. En cuanto a trabajos clásicos sobre el significado del derecho transitorio y que mantienen su vigencia, véanse SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual*, Versión castellana de Jacinto MESÍA y Manuel POLEY, Tomo VI, 20 ed, s.f., pgs. 331 y siguientes; y DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Tomo I, 1949, 20 ed., pgs. 629 y sigs. En cuanto a los trabajos recientes sobre el tema es imprescindible la cita de LÓPEZ MENUIDO, Francisco, *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Sevilla, 1982, 368 páginas; y la de GAYA SICILIA, Regina, *El principio de la irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987. Cfr. también Sebastián, MARTÍN RETORTILLO, *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*, 1995, pgs. 24 a 29.

²² Sobre esta cuestión véase PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pgs. 33 y ss.

culares como por la Administración, pero con el riesgo, más o menos remoto, de que alguien descubra y pruebe ante un juez el originario carácter privado de esas aguas, si aporta el documento justificativo de la antigua concesión en propiedad de dichas aguas por un rey u otro titular del originario dominio eminente o de la regalía sobre las mismas. Como indiqué en mi libro de 1996, no se habrá podido adquirir por el Estado, por usucapión o idea parecida, el carácter público de las aguas en cuestión.

La explicación que di en mi libro de 1996 sobre el problemático papel de la costumbre en el derecho español de aguas bajo la anterior normativa sirve también en cierta medida bajo la nueva Ley de 1985, pese al indudable reforzamiento de los poderes de la Administración y a la instauración de la planificación hidrológica, a la vista de la regla general de mantenimiento de los derechos privados y del mantenimiento genérico de las antiguas ordenanzas de las comunidades de usuarios de aguas públicas (cfr. disposición final 40, art. 77, y art. 76, 4, b) y 6 de la nueva ley). Quizás podría añadirse ahora a lo que entonces se explicó el que, según algunos, la costumbre prevalece sobre las normas reglamentarias, y también que existe una opinión defendible según la cual a la costumbre le afecta la reserva legal establecida en el artículo 53. 11 de la Constitución, con lo que tendría vedados ciertos ámbitos con esta base la costumbre relativa a aguas.

Si bien se mira, la pervivencia de derechos sobre aguas provenientes del antiguo régimen hace mucho más borrosa y difícil de precisar la línea fronteriza entre aguas públicas y aguas privadas en el derecho español. Con todo, creo que, como fue más frecuente en el antiguo régimen que los titulares del dominio eminente o de la regalía sobre las aguas concedieran meramente el dominio útil sobre las mismas y fue excepcional que transfirieran su plena titularidad sobre ellas, podemos hoy presumir que son públicas las aguas sobre las que subsisten derechos derivados de dichas concesiones hechas bajo el antiguo régimen y que, por tanto, quien pretenda sostener el carácter privado (de particulares, o de comunidades de regantes, o municipal) de esas aguas deberá demostrarlo²³.

²³ El argumento que aquí ofrezco tendría un cierto precedente en la Sentencia de la sala 30 del Tribunal Supremo de 31 mayo 1972, comentada en mi libro de 1996, pg. 160. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado en muchas ocasiones, al efecto de considerar competente a la jurisdicción ordinaria, que las cartas pueblas, u otros documentos antiguos de concesión de aguas provenientes del antiguo régimen, son títulos civiles y no administrativos. Véanse, en tal sentido, la Sentencia de lo contencioso administrativo de 21 de enero de 1911, *Jurisprudencia Administrativa*, tomo 81, núm. 28, pgs. 220 a 225; la Sentencia de la sala 40 del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1921, *Jurisprudencia administrativa*, t. 102, núm. 177, pgs. 800 a 805; la Sentencia de la sala 10 de 8 de octubre de 1959, *Jurisprudencia civil*, t. 82, núm. 1517, pgs. 218 a 232, y *Aranzadi* núm. 3663; y la Sentencia de la sala 11 de 12

El interés de dicha demostración, cuando sea posible hacerla, se pondría de manifiesto ante la posible futura instauración de un canon por el mero uso del agua pública, canon sobre cuya instauración se viene discutiendo desde hace tiempo²⁴.

Y considérese, en el mismo sentido, que la presunción del carácter público de las aguas de los ríos se podía fundar también en el mismo artículo 4-31 de la Ley de aguas de 1879 (y art. 407-11 del Código civil) y aún en el art. 148 *in fine* de dicha ley, que exigía, para que pudieran ser respetados, la prueba de cualesquiera derechos antiguos sobre aguas de los ríos, ya públicas, ya incluso privadas, al menos por analogía en este último caso. Y ese esquema legal está continuado o confirmado en cierto modo por el carácter de excepción que, pese a su amplitud, presenta hoy el apartado 11 de la disposición transitoria 40 de la Ley de aguas de 1985 respecto del artículo 2 de dicha ley.

de julio de 1982, *Aranzadi*, núm. 4228, ponente Excmo. Sr. Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Algunas veces el Tribunal Supremo va más lejos y declara que la cartas pueblas u otros documentos antiguos de concesión de aguas provenientes del antiguo régimen suponen o determinan un título de dominio sobre las aguas. Véanse, en este sentido, y aunque con razonamiento menos nítido de lo que sería deseable, las sentencias de lo contencioso administrativo de 20 diciembre de 1912 y de 1 julio 1933, *Jurisprudencia administrativa*, t. 84, núm. 123, pgs. 586-589, y t. 153, núm. 279, pgs. 280 a 289; y la Sentencia de la sala 10 de 31 marzo 1952, *Aranzadi*, núm. 814. Naturalmente, no debe deducirse del primer grupo de sentencias citadas, a la vista de que la disposición transitoria 10 de la Ley de aguas de 1985 se refiere a *títulos administrativos*, que todas las antiguas concesiones de aguas del antiguo régimen caigan bajo las disposiciones transitorias 20 a 40 de dicha ley, relativas a las aguas privadas. Como en la explicación del texto indico, hay que atender en cada caso concreto a la naturaleza y efectos de la primitiva concesión de aguas. Véase también la Sentencia de la sala 30 del Tribunal Supremo de 16 noviembre de 1979, que niega la existencia de la propiedad privada sobre las aguas de unas charcas supuestamente adquirida antes de 1866-1879, pero razonando que, por estar alimentadas las charcas con aguas públicas de varios arroyos, no había surgido verdadera propiedad en el momento inicial (y anterior a 1866) de constitución del derecho. Cfr. *Aranzadi*, núm. 4271. Véase también la Sentencia de lo civil del Tribunal Supremo de 29 de enero 1910, *Jurisprudencia civil*, t. 117, núm. 32, pgs. 166 a 192. Esta sentencia se refería a un caso de unos montes que contenían aguas y sobre los que se dudaba si eran comunales o si estaban gravados con servidumbres de aprovechamiento común de ciertas localidades. El Tribunal Supremo afirma con razón que para conocer la verdadera naturaleza de esos derechos hay que apreciar en cada caso los orígenes de la concesión de los aprovechamientos y procede en efecto a analizar diversos antiguos títulos históricos que se remontaban hasta el siglo XI.

²⁴ Si dicha posible reforma se realizara y se instaurara el razonable criterio de imposición de un canon por el mero uso del agua pública, se verían mejor los límites de la reforma legal de 1985 y su timidez, al no poder en principio alcanzar ese posible futuro canon a las aguas privadas, que seguirán teniendo en todo caso importancia considerable. Ni siquiera el Plan hidrológico nacional parece que pudiera extender ese canon genérico a las aguas privadas. Cfr. mi libro sobre las aguas subterráneas de 1990, pg. 195.

Quizás apunta también al mismo resultado el párrafo 10 del artículo 1289 del Código civil, si la duda sobre si la transmisión recayó sobre la propiedad misma del agua o sobre su goce podemos llegar a considerarla *circunstancia accidental del contrato* originario (que creo que sí), porque, habiendo sido normal el carácter gratuito de las antiguas concesiones de aguas realizadas bajo el antiguo régimen por los originarios titulares del dominio eminente o de la regalía sobre el agua, aquellas originarias concesiones habrán de ser hoy interpretadas *en favor de la menor transmisión de derechos e intereses* (o sea, como realizadas reteniendo el donante o cedente el dominio eminente o directo, o la regalía, o la titularidad radical sobre el agua).

Un problema ulterior que cabrá plantear en alguno de los casos en que –dentro de un pleito, en principio– se haya podido probar el carácter privado originario del derecho a unas aguas concedidas bajo el antiguo régimen será el de si la posible existencia (necesitada también de prueba) de normativas o reglamentaciones del Gobierno dictadas hacia el final de aquella etapa (en la primera mitad del siglo XIX, casi siempre, y mediante reales decretos o reales órdenes)²⁵ resultaría o no suficiente para alterar la naturaleza de las aguas contempladas y para haberlas publicado en su caso. El problema resulta de difícil solución porque bajo el antiguo régimen no existía un auténtico principio de jerarquía normativa entendido en su sentido actual, pero, precisamente por esto, no resulta indefendible la posible publicación de aguas originariamente privadas por aquellas reglamentaciones mencionadas, sobre todo a la vista del párrafo de la exposición de motivos de la Ley de aguas de 1866 en que se explica que la comisión ha partido del principio del dominio público de todas las corrientes naturales, principio sentado por el Gobierno y aceptado sin contradicción por la opinión pública del país²⁶. Con todo, la propia exposición de motivos nos muestra que en una ocasión en que la Ley de aguas de 1879 se refirió a la *antigua ley* (cfr. art.

²⁵ Véanse los ejemplos recordados por GALLEGO ANABITARTE, *EL Derecho de aguas en España*, pg. 307, y la nota 175 del capítulo tercero de mi libro de 1996.

²⁶ Pese a que dicha afirmación de la exposición de motivos de la Ley de aguas de 1866, como explico en el capítulo séptimo de mi libro de 1996, encierra un considerable equívoco. La Sentencia civil del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1889, en un caso de reivindicación por el Ayuntamiento de Cuenca de unos terrenos municipales de la sierra de Cuenca que contenían aguas y que pertenecían a la ciudad por títulos antiquísimos, que se remontaban a una Real cédula de 1306 del rey Don Alfonso el Sabio, declaró en su considerando 11 que, cualquiera que hubiera sido la importancia de la Real cédula mencionada, era evidente que hechos posteriores habían venido a modificar su alcance hasta el punto de no poderse fundar en ella el dominio que se pretendía. Cfr. *Jurisprudencia civil*, t. 66, núm. 136, pgs. 504 a 525; ponente Raimundo FERNÁNDEZ CUESTA.

36), no se refería a dichos reales decretos, ni reales órdenes, ni reales cédulas, ni a otros posibles documentos de los reyes de concesión de derechos sobre aguas o de concesión de la regalía misma sobre ellas, sino que se refería estrictamente a las leyes de partida.

En otro sentido, la gran antigüedad de los títulos sobre aguas que con frecuencia se invocan en los pleitos permitiría a veces plantear la cuestión de si han prescrito o no los derechos correspondientes y ha permitido plantear en algún caso, en particular, el difícil problema de si prescribe o no la acción reivindicatoria²⁷.

3. Los títulos históricos sobre aguas privadas y la opción legal de las disposiciones transitorias

Por otra parte, recuérdese que el apartado 11 de la disposición transitoria 40 de la vigente Ley de aguas reconoce una opción para los titulares de derechos privados sobre aguas privadas entre que se inscribieran en el plazo de tres años en el registro de aguas como aprovechamientos temporales de aguas privadas, caso en el cual, aparte de que desde el principio verían limitados sus derechos por las disposiciones de los apartados 31 y 41 de las disposiciones transitorias 20 y 30, a los cincuenta años habrían visto legalmente trocado su derecho en una concesión, o que, por el contrario, no se inscribieran en dicho registro de aguas (sólo en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas), caso en el cual habrían quedado legitimados para continuar con la titularidad de sus derechos indefinidamente, pero sin *protección administrativa* y también con las importantes limitaciones legales que para sus derechos se derivan de los apartados 31 y 41 de las disposiciones transitorias segunda y tercera²⁸.

²⁷ La Sentencia civil del Tribunal Supremo de 24 diciembre de 1889, *Jurisprudencia civil*, T. 66, núm. 172, pgs. 665 a 680, afirmó formalmente que había quedado extinguida la acción reivindicatoria por falta de ejercicio durante 30 años, pero resolviendo un caso en el que parece que se había dado realmente usucapión de las aguas por los demandados. Algo parecido cabe decir de la Sentencia civil del Tribunal Supremo de 11 noviembre 1905 sobre reclamación de un bosque con servidumbres o aprovechamientos comunales. Cfr. *Jurisprudencia civil*, t. 102, núm. 104, pgs. 569-585. Aunque no se refiera a aguas cabe citar aquí la importante Sentencia de nuestro Tribunal Supremo sobre prescripción inmemorial de 28 marzo de 1963, *Aranzadi*, núm. 2124. Recuérdese también la Sentencia civil del Tribunal Supremo de 20 abril 1934, *Aranzadi*, núm. 758. En la monografía mejor informada que existe en nuestra doctrina sobre esta cuestión, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, ha llegado a la conclusión de que no cabe en nuestro derecho prescripción extintiva del dominio sin correlativa usucapión extraordinaria del mismo. Cfr. *Prescripción de la acción reivindicatoria*, Editorial Tecnos, 1992, 300 páginas.

²⁸ CAPILLA RONCERO, Francisco, ha afirmado acertadamente que esta opción de la Ley de aguas de 1985, que él relaciona sólo con las disposiciones transitorias 20 y 30,

Respecto del caso concreto de los derechos sobre aguas privadas provenientes del antiguo régimen, como han sido olvidados de un modo bastante general (lo que afecta, al menos, al parecer, a la Administración encargada de los registros de aguas), parece que, ya por desconocimiento de que la mencionada opción les fuera aplicable, ya por la propia ignorancia de los titulares de que sus derechos recaían en realidad sobre aguas privadas y no públicas, el resultado práctico habrá sido el de que dichos derechos habrán quedado en muchos casos al margen del registro de aguas, con posible continuidad indefinida fuera del mismo y aunque sin la *protección administrativa* que el mismo ofrece²⁹.

Ésa será también la situación en que habrán quedado o quedarán los derechos sobre aguas privadas provenientes del antiguo régimen que hayan sido conocidos o se conozcan como tales (que se haya probado o se pruebe que lo son) después del 1 de enero de 1989: en tal supuesto la opción u oportunidad de inscribir en el registro de aguas se habrá perdido definitivamente. Ahora bien, parece que podría sostenerse que si dichos antiguos derechos ignoradamente privados figuraban inscritos como cayendo sobre aguas públicas en el antiguo Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas (cfr. disposición transitoria 70) o se hubieran inscrito dentro del plazo de tres años en el Registro de Aguas, siempre como derechos sobre aguas públicas, acaso podría reconocerse a su titular, en el momento en que llegase a conocerse y probarse el carácter privado del derecho así inscrito, la opción entre trasladar la inscripción de su derecho al Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas, conservando entonces indefinidamente su derecho privado, o bien declarar, si lo prefería, que la propia inscripción de su derecho entre los relativos a aguas públicas valiese como inscripción temporánea de un derecho privado en el Registro de Aguas, con el consiguiente acceso al *status* de los *aprovechamientos temporales de aguas privadas*.

Podría invocarse en favor de esta interpretación, acaso el espíritu del conjunto de la regulación de las disposiciones transitorias 20 a 40 de la Ley de aguas de 1985, y la conveniencia de no mantener la eficacia normal de una declaración unilateral de voluntad (la elección por el titular del antiguo derecho del Registro de Aguas) que parece podría conside-

es aplicable a las aguas privadas tradicionales que ya había respetado el artículo 424 del Código civil. Véase su trabajo en el *Comentario del Código civil*, publicado con motivo del centenario de éste, tomo I, 1991, pgs. 1126 y 1147. Creo que contemplada la cuestión desde la aplicabilidad a dichas aguas tradicionales de la regla general del apartado 11 de la disposición transitoria 40 se percibe mejor su amplio alcance y profundo significado. Véase la nota primera del capítulo tercero de mi libro de 1996 y texto correspondiente.

²⁹ También sin tener que pagar el canon por el mero uso del agua pública, si es que llega a implantarse algún día.

rarse viciada por error excusable y relevante. Podría reconocerse en estos casos error ya de hecho (conocimiento inexacto del derecho que se tenía: propiedad privada y no concesión u otro derecho distinto), ya de derecho (entendimiento defectuoso de la oscura normativa transitoria de la Ley de aguas de 1985), ya ambos errores acumulados. Y no debería ser obstáculo a esta interpretación el que el plazo de tres años fijado legalmente para el ejercicio de las transitorias de la Ley de 1985 sea un plazo de caducidad, porque esa caducidad parece que juega sólo para la inscripción de los derechos de propiedad privada sobre aguas en el Registro de Aguas, pero no para la inscripción o inmatriculación de esos derechos en el Catálogo de aguas privadas, que parece que la ley deja siempre abierta sin límite temporal alguno. En definitiva, la anulación de la inmatriculación del antiguo derecho de propiedad sobre aguas en el Registro de Aguas conllevaría la ineficacia del efecto legal de cierre del catálogo que acaso puede defenderse se desprende normalmente de esa inmatriculación en aquel registro.

Si los derechos procedentes del antiguo régimen recaen sobre aguas de manantiales naturales o de pozos de agua subterránea parece que las normas que les serán aplicables serán las de las disposiciones transitorias 20 y 30, dado el amplio tenor literal de dichas normas, y no la regla general del apartado 11 de la disposición transitoria 40, que abarcaría, entonces, sobre todo, derechos procedentes del antiguo régimen sobre aguas derivadas de los ríos y sobre aguas de los lagos y lagunas. Pero la delimitación no parece tener interés práctico alguno porque el régimen jurídico sustantivo fijado en todas las normas mencionadas es el mismo.

En fin, como las concesiones sobre aguas públicas no pueden otorgarse en perjuicio de tercero (art. 59-11 de la Ley de aguas), si se otorgara una concesión y luego resultara que esas mismas aguas habían sido ya concedidas por un antiguo título histórico, ya como aguas públicas, ya como privadas, sin duda que éste habría de prevalecer y que la concesión ulterior habría de anularse. Otra cosa es que quepa admitir la novación o conversión de un viejo título histórico (creo que incluso si recae sobre aguas privadas) en una concesión administrativa, haciéndolo conscientes y de acuerdo el titular y la Administración.

4. Valor de los títulos históricos sobre aguas públicas

Para los derechos provenientes del antiguo régimen que no sean sobre aguas privadas, o sea, cuando los títulos históricos muestren una transmisión meramente del dominio útil sobre el recurso, existe también el difícil problema, planteable todavía hoy, de si conservan su estructura originaria (enfiteusis, en muchos casos, u otros derechos reales de goce...),

al amparo de la disposición transitoria de las leyes 1866-1879³⁰, o si se entienden legalmente transformados en una concesión administrativa.

Aunque, partiendo de la primera posibilidad, el supuesto no encajaría en la letra del apartado 11 de la disposición transitoria 10 de la ley vigente (no se contempla en el mismo la posibilidad de que existan derechos de enfiteusis u otros derechos reales sobre aguas públicas), y aunque el legislador se remite en el apartado 31 de dicha disposición transitoria, para derechos adquiridos *por cualquier otro concepto distinto de los anteriores*, a las disposiciones siguientes entre las que se incluye la regla general sobre derechos relativos a aguas privadas del apartado 11 de

³⁰ Esa pervivencia de la naturaleza o estructura originarias de dichos antiguos derechos al entrar en vigor la reforma legal de 1866-1879 es lo que defendí en mi libro de 1996, aunque la haya matizado un tanto en algunos trabajos posteriores. La Sentencia de la sala 50 del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1971, *Aranzadi*, núm. 581, afirmó que una enfiteusis sobre aguas concedida en Valencia en 1765 por el Real Patrimonio se había transformado desde la reforma de 1866-1879 en una concesión administrativa perpetua sobre aguas públicas, y GALLEGO ANABITARTE, como se verá en la nota 33, dio por buena esa explicación. Sin embargo, esa doctrina parece chocar frontalmente con la irretroactividad prevista expresamente en aquellas leyes respecto de *todo* lo dispuesto en ellas (cfr. art. 257 de la Ley de 1879), irretroactividad que era coherente con las concepciones de la época y con el mismo principio aplicado a las enfiteusis en general por el Código civil pocos años después (cfr. arts. 1611, 1644 y 1655, aparte de las propias disposiciones transitorias de dicho cuerpo legal). Véase mi libro de 1996, pg. 161 y 188-189.

La matización indicada se refiere a que es cierto que del principio de la indisponibilidad del dominio público, que estableció con rotundidad la Ley de 1866-1879 en su exposición de motivos, parece derivarse que cuando los derechos de enfiteusis sobre aguas implicasen una clásica división de dominios de corte feudal, lo que esta ley debió establecer para ellos fue su reducción a meros derechos reales en cosa ajena (en un sentido un tanto parecido al de las concesiones administrativas sobre aguas, por tanto), para que pudiese entenderse reservada al Estado o retenida por él la titularidad radical o *dominio público* sobre el recurso, lo que necesariamente implicaba que no alcanzase a las históricas enfiteusis sobre aguas públicas de los ríos derivadas por acequias la declaración genérica de redimibilidad de todos los censos enfiteúticos que en 1889 estableció en forma imperativa y retroactiva el Código civil (cfr. art. 1608). Y ésta era también una importante disposición antifeudal de nuestro primer cuerpo legal. O sea, que en este sentido sí parece que debe reconocerse una cierta retroactividad estructural, propia de la profundidad del cambio de régimen jurídico y exigencia de la irrupción histórica del concepto moderno de dominio público, a la Ley de aguas de 1866-1879. Pero fuera de esto, parece cierto que dicha ley liberal fue, como todas las grandes leyes codificadoras de su tiempo, básicamente irretroactiva, y que, por ello, los derechos reales de diverso tipo sobre aguas públicas de los ríos contenidos en títulos históricos no se han transformado legalmente en concesiones administrativas, como explico en el texto a continuación, hasta la entrada en vigor de la vigente Ley de aguas de 1985. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1994, que he comentado en el primer epígrafe de este trabajo, alude a la redención en 1868 de un censo perpetuo constituido en 1847 sobre un manantial de un ayuntamiento y un balneario y en favor de unos particulares, pero parece tratarse de aguas privadas patrimoniales de un manantial del ayuntamiento originario titular.

la disposición transitoria 40, me parece que no hay más remedio que considerar incluido el supuesto de los títulos históricos sobre aguas públicas en el apartado 11 de la disposición transitoria 10, como norma referida en la mente del legislador a todos los derechos existentes sobre aguas públicas. Al fin y al cabo, la disposición transitoria 40 es regla general sólo para las aguas privadas (no hay regla general transitoria para toda clase de aguas y el supuesto quedaría, entonces, sin contemplarse en las disposiciones transitorias, lo que literalmente habría de significar la disolución de estos derechos tradicionales en el dominio público y su pérdida por los titulares, lo que es absurdo y contrario a la intención del legislador) y conocemos la escasa reflexión histórica de los autores de la Ley de 1985.

Tampoco creo que deban encajarse los antiguos títulos históricos sobre aguas públicas en el apartado 31 de la disposición transitoria primera de la Ley de aguas de 1985, lo que conduciría a reconocer a esos antiguos derechos una pervivencia indefinida y a que escaparan al límite temporal de los 75 años que el apartado 11 de la disposición transitoria primera de la ley quiere imponer a todos los derechos sobre aguas públicas, probablemente como una manifestación del principio hoy constitucional de la indisponibilidad del dominio público (cfr. art. 132 de la Constitución). Como he dicho, la mente del legislador de 1985 extiende el apartado 11 de la disposición transitoria primera a todos los derechos sobre aguas públicas.

Profundizando un poco más en el problema creo que podemos afirmar que los propios autores de las leyes de 1866 y 1879 tendían en cierta medida a ver como concesiones administrativas todos los derechos sobre aguas públicas reconocidos desde el poder o desde el Estado con independencia de su antigüedad (cfr. arts. 190, 228 y 231 de la Ley de 1879, aunque véanse también arts. 148, 150 y 202)³¹ y que no calcularon con rigor el alcance amplísimo y tendencialmente contradictorio con aquella consideración de la declaración de respeto a todos los derechos adquiridos que formularon en la disposición transitoria de la reforma legal que realizaron (art. 257 de la versión definitiva en la Ley de 1879). Por eso, desde el propio articulado de las leyes de 1866-1879 se propició un olvido doctrinal y hasta jurisprudencial de las consecuencias que en rigor hubieran debido desprenderse de aquella amplísima disposición transitoria, olvido generalizado del que participaron los autores de la Ley de aguas de 1985, y que nos permite hoy afirmar que el apartado 11 de la disposición transitoria primera de la Ley vigente de 1985 ha terminado

³¹ Aunque no deja de ser significativo que la terminología legal de las leyes de 1866-1879 eluda siempre cuidadosamente el término *concesión* al referirse a los derechos sobre aguas públicas ya existentes en ese momento. Cfr. mi libro de 1996, pg. 150.

con la señalada contradicción de la anterior normativa sobre las aguas y finalmente ha convertido *ex lege* en concesiones administrativas (ahora sí) las diversas clases de derechos reales sobre aguas públicas originados en las antiguas formas de concesión utilizadas por los titulares originarios de dichas aguas públicas (concesiones anteriores a 1866 de los reyes o señores feudales). Podríamos decir que con su falta de precisión o finura jurídica el legislador de 1985 ha neutralizado finalmente similares carencias del legislador de 1866-1879 al redactar la disposición transitoria de aquella reforma legal.

Parece mejor pensar que es el legislador de 1985, y no el de 1879, el que ha convertido legalmente en *títulos administrativos* (cfr. el apartado 11 de la disposición transitoria 10) los antiguos documentos (anteriores a 1866) de concesión de enfiteusis y otros derechos de goce sobre las aguas públicas de los ríos derivadas por acequias³². Y ello, aunque parece defendible a la vez, según hemos visto, que los titulares de dichos derechos no pudieran al entrar en vigor en 1889 el Código civil (art. 1608) convertirlos en derechos de propiedad privada mediante la técnica de la redención de censos. Porque de no entenderse así, hubiera quedado sumamente desvirtuada la declaración legal del carácter de aguas públicas de las pertenecientes a los ríos y toda la tradición romana que la respaldaba.

Bajo la nueva normativa, por tanto, los derechos existentes sobre aguas públicas ya sólo son concesiones administrativas o bien derechos

³² Ya ha quedado dicho que para Gallego ANABITARTE, quien no relaciona el problema con la disposición transitoria de la reforma liberal del régimen jurídico de las aguas, fue esta reforma de 1866-1879 la que transformó legalmente las enfiteusis u otros derechos patrimoniales sobre aguas en concesiones administrativas. Cfr. *El Derecho de aguas en España*, pg. 219. Véase la doctrina alemana que citaba hace treinta años el profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO respecto del similar problema planteado en el derecho alemán: cfr. *Aguas públicas y obras hidráulicas*, 1966, pg. 187, nota 26. Por otra parte, PÉREZ PICAZO, Teresa, y LEMEUNIER, Guy, han explicado respecto de la región de Murcia que en los siglos XVI a XVIII muchos censos cayeron en desuso o evolucionaron hacia arrendamientos o hacia contratos precarios. Cfr. «Los regadíos murcianos del feudalismo al capitalismo», en *Agua y modo de producción*, 1990, pgs. 164-165. Últimamente ha seguido a GALLEGO ANABITARTE FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, *Derecho de aguas y medio ambiente*, 1992, pg. 77, nota 15. Como expliqué en mi libro de 1996 (cfr. pgs. 124 y ss. y 137 y ss.), el peso de la tradición romanista y la voluntad publicadora de las aguas del Estado centralista de los Borbones hizo que muchas enfiteusis y derechos de goce sobre aguas (públicas: sobre todo aguas de los ríos derivadas por acequias) no evolucionaran hacia derechos de propiedad plena (según la evolución general de esa época característica de la revolución burguesa de todos los derechos de dominio útil transformándose en dominio pleno) sobre las aguas, sino que tendieron a ser vistos, desde 1866, como concesiones administrativas. Pero las leyes de 1866-1879 no impusieron con claridad esa transformación legal, sino que, más bien, la impidieron en su muy genérica y radical disposición transitoria. Y lo mismo cabe decir del Código civil.

originariamente adquiridos por usucapión pero prácticamente equiparados a éstas, como expliqué en mi libro de 1996, y con vigencia residual y muy reducida del inciso final del art. 409 del Código civil³³.

Recapitulando, podría afirmarse en síntesis que los derechos provenientes del antiguo régimen han sido legalmente transformados en concesiones administrativas por la nueva Ley de aguas de 1985, y en el contexto de una retroactividad general aunque atenuada, cuando recaían sobre aguas públicas; y que se ha mantenido su pervivencia genérica e indefinida y una idea general de irretroactividad, aunque drásticamente limitada por normas transitorias sustantivas de signo publicificador, cuando dichos derechos tradicionales recaían sobre aguas privadas³⁴. O sea, se ha extendido hasta esos viejos derechos tradicionales procedentes del antiguo régimen el esquema legal genérico previsto también para los derechos sobre aguas originados o adquiridos tras la reforma legal de 1866-1879-1889.

³³ Hay centenares de sentencias del Tribunal Supremo discutiendo sobre posibles adquisiciones por usucapión de aguas ya privadas, ya públicas, y en muchas ocasiones se alude en ellas o se invoca la *posesión inmemorial*. En realidad, desde 1866 esa noción no aparece recogida en el derecho español de aguas, en el que lo que de verdad ha existido ha sido la usucapión veintañal, reduciendo a este concepto el Tribunal Supremo esas invocaciones a la *posesión inmemorial*. Véase mi libro de 1996, pg. 516, y pgs. 118, 135, 171 y 187. En otro sentido, ya se hubiera tenido la posesión de las aguas públicas por veinte años, ya por doscientos años, lo cierto es que el derecho a las mismas se habrá extinguido si su titular no lo inscribió en el Registro de Aguas en el plazo de tres años a que alude el apartado 21 de la disposición transitoria 10 de la Ley de aguas de 1985. Así lo había razonado y defendido yo en mi libro de 1996 (cfr. pgs. 28 a 36) frente a la opinión casi unánime de la doctrina, pero opinión muy endeblemente argumentada, en mi opinión. En la actualidad, existen ya media docena de sentencias del Tribunal Supremo (y ninguna en contra) que han afirmado la extinción del derecho no inscrito en el Registro de Aguas en el plazo de caducidad de tres años. Muy clara y bien argumentada en tal sentido es, por ejemplo, la Sentencia de la sección 30 de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1999, *Aranzadi*, núm. 7457. Por la opinión doctrinal mayoritaria que crítico, véase, por ejemplo, Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Derecho de aguas*, 1997, pgs. 257 y 258.

³⁴ Presupongo en esta explicación la mejor interpretación de las disposiciones transitorias 20 a 40 de la Ley de aguas de 1985, que es la que he denominado interpretación «oficial». Según otra interpretación, también explicada en mi libro de 1996 en su momento y no del todo indefendible, todos los derechos sobre toda clase de aguas, y originados antes o después de 1866, se transformarían en concesiones administrativas el 1 de enero del año 2036, si no lo eran ya en dicho momento.

5. La laguna creada por la derogación del párrafo 21 del artículo 152 de la Ley de aguas anterior

Un problema importante y difícil que plantea la disposición transitoria primera de la Ley de aguas de 1985 es el de saber si ha sustituido o no el criterio legal del carácter subsidiario de las competencias administrativas para la fijación del caudal objeto de derechos sobre aguas públicas procedentes del antiguo régimen que fijaba el artículo 152 de la Ley de aguas de 1879 (carácter subsidiario respecto de la cuantía del caudal fijada en los propios títulos constitutivos originarios)³⁵.

La preeminencia que la mencionada disposición transitoria primera parece dar a los *títulos administrativos* inclinaría a pensar que, a falta de disposición expresa sobre el problema, las competencias administrativas en este tema siguen teniendo el mismo carácter subsidiario que bajo el artículo 152 (y por cierto que, derogada totalmente la anterior Ley de aguas, el fundamento normativo de dichas competencias administrativas, que parece habrán de existir, ha devenido bastante oscuro). Y a la misma interpretación, acaso excesivamente conservadora, apunta el principio de irretroactividad de las leyes sancionado en el art. 2-31 del Código civil.

Sin embargo, la competencia administrativa incluso directa para reducir las cuantías fijadas en los títulos de los antiguos derechos sobre aguas públicas procedentes del antiguo régimen hasta el límite de lo realmente utilizado o de lo necesitado por su titular, acaso podría intentar razonarse a partir de la disposición transitoria séptima de la ley actual (pese a que se refiere sólo a derechos ya inscritos en el antiguo Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas), o a partir de lo dispuesto para los derechos sobre aguas privadas de manantiales y pozos inscritos en el Registro de Aguas, por analogía o *a fortiori* (apartado 11 de las disposiciones transitorias segunda y tercera). En fin, el hecho de que sea muy criticable la derogación total de la Ley de aguas de 1879 que llevó a cabo la nueva Ley de aguas de 1985 podría invocarse en el mismo sentido que estos últimos argumentos. Pero, pese a todos estos argumentos y por mucho que apunte a ello el espíritu de la nueva y más intervencionista Ley de 1985 (la oscuramente denominada *propia ley* según la expresión de la disposición transi-

³⁵ Véase la jurisprudencia citada en la nota 166 del capítulo tercero de mi libro de 1996, pg. 145. A veces, los antiguos títulos históricos sí precisaban la cuantía de los derechos atribuidos, pero en unidades de medida de la época y que variaban según las regiones: *reales, plumas, filas* de agua, etc. Esta vía del antiguo artículo 152 fue, como indica Sebastián MARTÍN RETORTILLO, aunque sin citar el precepto, una de las utilizadas por la Administración y la jurisprudencia, en casos en que se había reconocido la usucapción a falta de título, para ejercer un cierto control y racionalización de los viejos regadíos históricos. Véase de este autor su *Derecho de aguas*, 1997, pg. 257, nota 160.

toria 10) será siempre difícil de aceptar la reducción de un derecho por la Administración que no tenga un claro fundamento en una norma legal. En fin, esos mismos argumentos convendrá utilizarlos para fundar, si no la mencionada competencia directa de la Administración, sí al menos una subsidiaria como la que existía en el formalmente suprimido artículo 152 de la Ley de aguas de 1879.

6. Eficacia de títulos históricos reconociendo aguas de aprovechamiento comunal de los vecinos

Para cerrar de modo completo la explicación sobre el significado de la normativa transitoria de la nueva Ley de aguas de 1985 respecto de los derechos provenientes del antiguo régimen, debe hacerse todavía referencia a los bienes comunales, a las aguas comunales o de aprovechamiento común de los vecinos que puedan todavía existir en nuestro país.

Como se sabe, la revolución burguesa, animada por una ideología radicalmente individualista, supuso en nuestro país, como en muchos otros, la destrucción o debilitamiento de toda una serie de patrimonios colectivos característicos del antiguo régimen. En principio, los bienes comunales estaban excluidos de la desamortización, pero en la práctica muchos bienes comunales fueron enajenados y privatizados³⁶. De modo que por vía de desamortización, por apropiación de bienes comunales por los municipios, por usurpación por particulares o entidades, consolidada o no por usucapión³⁷, y por otras diversas razones, se produjo a lo largo del siglo XIX el que el profesor Nieto denominó *ocaso* de los bienes comunales³⁸. Por otra parte, el Código civil (arts. 343 y 344), influido por la doctrina francesa de la época, calificó con poco acierto a los bienes comunales como bienes *patrimoniales*, lo que teóricamente hubo de significar el sometimiento genérico de los mismos a las reglas del derecho privado. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, atendiendo realista-mente al régimen jurídico sustantivo de los bienes comunales, y siguiendo las orientaciones propuestas por el profesor Nieto, rechazó

³⁶ Véase, en tal sentido, NIETO GARCÍA, Alejandro, *Bienes comunales*, 1964, pgs. 756 y 865. También ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ ha defendido una amplia aplicación de la desamortización a los bienes comunales: cfr. *La propiedad en la formación del Derecho administrativo*, 1983, pg. 165.

³⁷ Cfr, en tal sentido, NIETO, *Bienes comunales*, pgs. 543 y siguientes.

³⁸ Véanse las páginas 219 y siguientes y 848 y siguientes de su obra citada, que es la monografía clásica en tema de bienes comunales. Recientemente, el profesor NIETO ha vuelto a publicar un libro sobre el mismo tema: *Bienes comunales de los montes de Toledo*, Ed. Ayuntamiento de Yebeles Cívitas, 1991, 383 pp.

dichas consecuencias y la misma calificación legal de los bienes comunales como *patrimoniales*. Más recientemente la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local (artículos 79 y 80), inspirándose en el mandato del artículo 132 de nuestra Constitución, ha modificado dicha calificación legal como *patrimoniales* y ha declarado a los bienes comunales como bienes de dominio público. Colom Piazuolo, en una trabajada y reciente tesis doctoral sobre los bienes comunales, ha sostenido genéricamente el acierto de la mencionada reforma legal de 1985 y de su nueva calificación legal de dichos bienes como de dominio público, y ha procurado encajar en una noción amplia de dicho régimen jurídico el peculiar y tradicional régimen jurídico de los bienes comunales³⁹. En el acto mismo de la defensa de esa tesis, dos de los miembros del tribunal calificador, el propio profesor Nieto y el profesor Bocanegra Sierra, ambos autoridades en la materia, manifestaron amablemente al entonces doctorando su discrepancia sobre el acierto o utilidad de la nueva calificación legal de los bienes comunales como bienes de dominio público, enfatizando ambos el carácter peculiar de origen tradicional de dichos bienes.

Pero volvamos al tema de las aguas comunales y situémoslo en el contexto descrito, advirtiendo la proximidad en el tiempo entre las reformas legales del régimen local y de las aguas, ambas llevadas a cabo por leyes del año 1985, pero habiendo entrado en vigor la primera el 23 de abril de ese año y la segunda el 1 de enero del año siguiente.

Las aguas comunales es tema apenas estudiado por nadie pero parece que, en el sentido de lo explicado más arriba, fueron absorbidas o desplazadas, además de por todas las otras razones genéricas que propiciaron el «ocaso» de los bienes comunales, por una noción de dominio público especialmente vigorosa y expansiva en materia de aguas a lo largo del siglo XIX y también en la cristalización de su reforma legal de 1866-1879-1889. Las aguas comunales más que un retroceso o debilitamiento parecen haber padecido en aquella reforma legal casi una desaparición⁴⁰. En particular, no fueron expresamente contempladas en la legis-

³⁹ Véase COLOM PIAZUELO, Eloy: *Los bienes comunales en la legislación de régimen local*, 1994, editado por Tecnos y por el Gobierno de Aragón, 422 páginas.

⁴⁰ Por eso hay una gran parte de verdad en la afirmación de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio, de que *a través del concepto de dominio público, la Ley de 1866 ha convertido en públicas las cosas comunes*; aunque el autor olvide mencionar la disposición transitoria de dicha ley, de sentido tendencialmente contradictorio, como sabemos, al de dicha afirmación general. Véase de este autor *La propiedad en la formación del Derecho administrativo*, Pamplona, 1983, pg. 168 y pgs. 37 y siguientes. En parecido sentido que este autor, véase GALLEGO ANABITARTE, *El Derecho español de aguas*, pgs. 102, 311, nota 160, y 319. Véanse también las notas 189 y siguientes, y texto correspondiente, del capítulo tercero de mi libro de 1996. Y véase también DELGADO PIQUERAS, *Derecho de aguas y medio ambiente*, 1992, pg. 82.

lación reguladora del Registro de la Propiedad, aunque existan algunas inscripciones de aguas comunales y en cuanto tales en el mismo, ni en el Registro de Aguas Privadas creado en 1934, ni en el Registro de Aprovechamientos de Aguas públicas creado en 1901, aunque la normativa reguladora de este último utilizara fórmulas de gran generalidad para describir los derechos inscribibles, que hubieran permitido el acceso a dicho registro de las aguas comunales de los vecinos⁴¹. Con todo, al amparo de la amplísima disposición transitoria de la reforma legal de 1866-1879-1889, y teniendo en cuenta que las aguas originadas o circulantes por terrenos comunales podrán ser en ocasiones –aunque no necesariamente– también comunales, parece plausible pensar que debieron quedar algunas aguas comunales⁴² y el estudio de la jurisprudencia confirma desde luego esta impresión.

Para mejor entender esta última afirmación se hace precisa una mínima reflexión sobre el estado de la cuestión bajo la normativa anterior. Y en este sentido puede pensarse que como el artículo 17 de la Ley de aguas de 1879 atribuía a los pueblos respectivos los lagos, lagunas y charcos situados en terrenos de aprovechamiento comunal, y ésa era la única referencia hecha por el legislador a aguas situadas en dichos terrenos comunales, cabría interpretar, extendiendo por analogía ese artículo 17 y dándole alcance retroactivo, que también las aguas pluviales caídas allí o que brotasen de manantiales naturales allí situados pertenecían como aguas privadas patrimoniales a los pueblos o municipios correspondientes. Y el que los artículos 407 y 408 del Código civil no mencionasen en absoluto las aguas situadas en terrenos comunales hubiera parecido robustecer esa interpretación indicada, coherente también con la calificación como bienes patrimoniales de los bienes comunales que había realizado el propio Código civil (arts. 343 y 344). Pero dentro de esta interpretación, como tampoco hubiera parecido razonable entender que los concretos e individuales derechos de aprovechamiento de los vecinos a las aguas de los terrenos comunales pudieran haberse extinguido en beneficio del municipio al entrar en vigor la Ley de aguas de 1866,

⁴¹ Al menos desde la Orden de 24 de julio de 1963, cuyo artículo 21 se refería a la inscripción de *toda clase de aprovechamientos cualquiera que sea su naturaleza...*

Y por supuesto el art. 1 del Real decreto de 21 de junio de 1861, Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria de 1861, permitía claramente la inscripción en el Registro de la Propiedad de Aguas Comunales al referirse a la inscribibilidad de *cualquiera otros títulos* relativos a derechos reales como los referentes a *... aguas, pastos y otros semejantes*.

⁴² GAY DE MONTELLÁ, en una explicación un tanto dubitativa e insegura, había defendido que para que pudieran existir aguas comunales tenían que nacer o correr por terrenos también comunales, siendo en caso contrario meros derechos de servidumbre de carácter comunal. Cfr. *Teoría y práctica de la Legislación de aguas*, 1925, pgs. 33-34.

parece que hubiera debido entenderse que dichos derechos habrían permanecido, en dicho momento, como derechos de servidumbre o derechos reales en cosa ajena (cfr. art. 550 del Código civil)⁴³.

Pero cabía también defender que se debían presumir comunales y de propiedad de los vecinos las aguas originadas en terrenos comunales (salvo las mencionadas en el artículo 17 de la ley) y que se debían presumir no comunales (privadas, si no eran públicas) las aguas originadas en terrenos privados de los municipios. Entendiéndose en ambos casos que se trataba de meras presunciones, desvirtuables por la prueba del carácter privado o comunal que eventualmente pudiera derivarse de la originaria concesión o constitución del derecho o de la interpretación del título histórico originario. Según esta interpretación se hubieran hecho también comunales, y no privadas y del municipio, las aguas alumbradas en terrenos comunales por un alumbrador extraño no autorizado. Esta interpretación podía llegar a sostenerse, incluso reconociendo alcance retroactivo al artículo 17, razonando desde el art. 257 de la Ley de aguas de 1879 y desde el artículo 424 del Código civil.

El Tribunal Supremo ha reconocido en ocasiones la pervivencia de aguas de aprovechamiento comunal de los vecinos, aunque considerando unas veces al conjunto de éstos como propietario de las aguas comunales y considerando otras veces titular o propietario de las mismas al municipio. En ocasiones el Tribunal Supremo se ha limitado a considerar de aprovechamiento comunal de los vecinos terrenos más o menos extensos que expresamente se reconocía que contenían aguas aprovechables por los propios vecinos o por sus ganados. Otras veces el Alto Tribunal, sin reconocer con claridad el carácter comunal de los aprovechamientos de ciertas aguas, ha reconocido la vigencia actual de antiguos regímenes jurídicos tradicionales o títulos históricos que, por la época en que se iniciaron o concedieron o por otros indicios, dejan una cierta duda sobre si no eran acaso supuestos de aguas de aprovechamiento comunal. En fin, no faltan sentencias en que, habiendo existido una base más o menos clara para haber planteado la posible existencia de aguas de aprovechamiento comunal, el Tribunal Supremo ha declarado, sin

⁴³ En esta dirección parecía ir la explicación de GAY DE MONTELLÁ Y MASSO ESCOFET, para quienes las aguas nacidas en montes pertenecientes a los pueblos, si no habían sido aprovechadas por el ayuntamiento durante el plazo marcado en la ley (quizás se referían al plazo de 20 años fijado por la Ley desamortizadora de 1 mayo 1855), quedaban en disposición de ser concedidas con el carácter de públicas; y si las aguas nacidas en terrenos comunales no habían sido aprovechadas por el común de los vecinos se entendería que las servidumbres comunales no las alcanzaban, pero sí las alcanzarían si hubiesen sido objeto de inmemorial y colectivo aprovechamiento. Cfr. *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, 1949, pgs. 275-276.

embargo, sin mayor reflexión, públicas o privadas las aguas correspondientes⁴⁴.

A la vista de estos precedentes, consideremos ahora el régimen jurídico en que habrán quedado las aguas de aprovechamiento comunal de los vecinos bajo la vigencia de la nueva Ley de aguas de 1985.

Aclarar el régimen jurídico de las pocas aguas comunales que puedan quedar en nuestro país se presenta como cuestión nada fácil a la vista de la regulación de las disposiciones transitorias de la Ley de aguas de 1985, ellas mismas reguladas en forma muy oscura y problemática. Además, el régimen jurídico de los bienes comunales es en sí mismo difícil de precisar y aclarar por su propia heterogeneidad (hay muchas clases de bienes comunales bastante diferentes unas de otras), por las dudas sobre la titularidad de los mismos (que podría pensarse bajo la regulación tradicional que correspondía al municipio, o a cada vecino en particular, o a las sociedades civiles u otros entes que a veces gestionan los bienes comunales, etc.), y aún por el carácter un tanto claudicante de dicho régimen jurídico (cfr. artículos 75 y 78 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local de 18 de abril de 1986). Tratándose de aguas, además, la frontera entre aguas comunales y concesiones «colectivas» de aguas públicas para riego (cfr. art. 188 de la Ley de aguas de 1879) pudo y podrá resultar difícil de trazar en el caso de antiguos títulos o incluso de títulos históricos de concesión de derechos sobre aguas.

Las posibles vías de argumentación para aclarar el régimen jurídico actual de las aguas de aprovechamiento comunal de los vecinos las he expuesto con cierto detalle en mi libro de 1996. En este trabajo más breve y resumido voy a aludir únicamente a la interpretación o argumentación que considero menos mala de entre las varias interpretaciones con que creo que cabe enfrentar esta difícil y ardua cuestión. Se trataría de sostener la pervivencia del régimen jurídico tradicional de dichas aguas, regulado en la vigente legislación de régimen local y por las costumbres y ordenanzas locales, con base exclusivamente en la declaración de pervivencia de los derechos adquiridos *por cualquier otro concepto distinto de los anteriores*, del apartado 31 de la disposición transitoria primera de la Ley de aguas de 1985. Es cierto que el precepto conserva el

⁴⁴ Véase toda esta jurisprudencia citada en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, pgs. 195 a 200. Quizás merece destacarse, entre todas esas sentencias citadas, la de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1921. Hoy quizás podría añadirse la Sentencia de la sección 70 de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, que, para un supuesto anterior a la vigencia de la legislación de régimen local de 1985, acepta la desafectación tácita de unos montes comunales por el transcurso de 25 años y por aplicación del artículo 8-51 del Reglamento de bienes de las corporaciones locales de 1955.

derecho sólo *de acuerdo con lo que se establece en las disposiciones siguientes*, pero podemos prescindir de esa remisión a las *disposiciones siguientes* si pensamos que las aguas comunales no son aguas privadas en sentido sustancial, o incluso si pensamos que las aguas comunales no eran *aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta ley* (apartado 11 de la disposición transitoria 41), puesto que eran calificadas como públicas por la Ley de bases del régimen local de 1985 que fue anterior en poco a la vigente Ley de aguas de 1985. Según esta interpretación aquí propuesta, del apartado 31 de la disposición transitoria primera se derivaría sólo la pervivencia del derecho y nada más, puesto que nada establecerían sobre las aguas comunales las *disposiciones siguientes*.

Las aguas comunales habrían quedado dominializadas o publicadas en la medida en que han sido dominializados todos los bienes comunales por la Ley 7/1985, de 2 abril, sobre bases del régimen local, ley que, precisamente respecto de estos bienes comunales que no son sino un residuo del antiguo régimen, tiene indudable alcance retroactivo, sin que quepa por tanto intentar fijar una excepción de mantenimiento de la privaticidad de las aguas comunales basada en una pretendida remisión implícita del apartado 31 de la disposición transitoria primera de la Ley de aguas de 1985 a la disposición transitoria de la Ley de aguas de 1879 (art. 257) y a los artículos 343 y 344 del Código civil.

Pero siendo todo esto cierto, no alcanzaría a las aguas comunales la dominialización estatalizadora (arts. 1-21 y 2 de la ley) y la genérica retroactividad (aunque atenuada) prevista para la vigente Ley de aguas de 1985 en su disposición transitoria primera, a la que formularía una excepción el mencionado apartado 31 de dicha disposición transitoria primera. El principio general que inspiraría la Ley de aguas de 1985 respecto de las aguas comunales sería, con esa base, el de una irretroactividad genérica, como en el caso de las aguas privadas. De la vigente legislación de régimen local se derivaría, entonces, la dominialización de las aguas comunales y que la titularidad de su dominio corresponde genéricamente al municipio (dominio público municipal y no estatal), pero los derechos de los vecinos, como la titularidad misma del municipio, serían derechos temporalmente indefinidos.

O sea, como las aguas comunales, se puede pensar, no son sustancialmente o materialmente ni públicas ni privadas, no caerían ni bajo la disposición transitoria primera ni bajo la disposición transitoria cuarta, apartado primero. No constituirían las aguas comunales uno de los supuestos subsumibles en la regla general de este último precepto, ni les serían aplicables, por tanto, las limitaciones legales de los números 31 y 41 de las disposiciones transitorias 20 y 30. Esta forma de enfocar el problema entroncaría con la autorizada línea doctrinal que enfatiza la peculiaridad y la carga histórica de los bienes comunales y los concibe como

un *tertium genus* entre propiedad privada y dominio público, o incluso como manifestaciones de la idea de comunidad germánica.

A esta interpretación propuesta cabría objetar que resulta un tanto raro (cfr. art. 132 de la Constitución) que el aliento publicador de la reforma legal de las aguas de 1985 alcance en menor medida a las aguas comunales residuales que a las mismas aguas privadas y, además, que del preámbulo de la Ley de aguas de 1985 parece deducirse que los únicos supuestos que escapan a la general publicación de todas las aguas son los sometidos al *planteamiento opcional de integración en el nuevo sistema que la ley establece*. Sin embargo, piénsese, en cuanto a lo primero, que la objeción quedará un tanto debilitada por la declaración de pertenencia al dominio público de los bienes comunales que ha realizado la Ley de bases del régimen local de 2 de abril de 1985; y, en cuanto a lo segundo, que, según ha quedado dicho, sabemos que los autores de la Ley de aguas de 1985 realizaron una muy escasa reflexión histórica sobre el derecho de aguas.

Por otra parte, cabe todavía aportar algunos argumentos en favor de esta interpretación propuesta sobre el problema de las aguas comunales residuales. En primer lugar, cabe alegar la propia letra del apartado 31 de la disposición transitoria primera, en la que encaja bastante bien nuestro supuesto y que así tendría incluso un objeto específico o exclusivo (sin esta interpretación el precepto sería, en verdad, innecesario)⁴⁵. Obsérvese también que el precepto se refiere exclusivamente a *aguas*, mientras que el apartado 11 de la disposición transitoria 10 se refiere a *aguas públicas* y el apartado 11 de la disposición transitoria 40 se refiere a *aguas calificadas como privadas*. Véase también, en el mismo sentido, la redacción amplísima del apartado 31 de la disposición transitoria 40 de la vigente Ley de aguas de 1985, que perfectamente permite pensar en la obligación de inscribir los derechos sobre aguas comunales⁴⁶. En fin, en mi li-

⁴⁵ El profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO, que no se ha planteado el problema del régimen jurídico de las posibles aguas comunales residuales, ha señalado en efecto la aparente falta de sentido de este precepto del apartado 31 de la disposición transitoria 10 de la Ley de aguas de 1985. Cfr. su *Derecho de aguas*, 1997, pgs. 265-266. Véase también en la página 571, nota 3, una leve alusión del autor a títulos históricos sobre aguas comunales.

⁴⁶ Con arreglo a la interpretación a que me refiero en el texto y que he calificado como la menos mala, parece que las aguas comunales residuales habrían de inscribirse en el Registro de Aguas. Aparte de ello, los derechos sobre aguas comunales residuales deben ser inscribibles en el Registro de la Propiedad también tras la entrada en vigor de la Ley de aguas de 1985 y de la Ley de reforma del régimen local de ese mismo año. Los artículos 64 a 66 del Reglamento hipotecario no contemplan el supuesto pero habría que intentar forzar su interpretación para no dejar fuera del registro únicamente a estas aguas comunales tradicionales hasta que se proceda a la necesaria reforma legal del propio reglamento hipotecario en este punto. Y también cabría invocar los términos amplios del artículo 2-21 de la Ley hipotecaria.

bro de 1996 podrán encontrarse todavía algunos otros argumentos menores y complementarios de los argumentos aquí recordados en favor de esta interpretación que se defiende.

En otro sentido, a la vista de la expansión totalizante que experimentó en materia de aguas en el siglo pasado la idea de dominio público, según ha quedado explicado, creo que podemos hoy afirmar, bajo la vigencia de la nueva Ley de aguas de 1985 y de su artículo 2 muy en particular, que quien pretenda que determinadas aguas sean comunales, y no genéricamente públicas, tendrá que probarlo, con aportación, por ejemplo, de los títulos originarios en ese sentido o de inscripciones en el Registro de la Propiedad, o en el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas instaurado en 1901, con el mencionado carácter de aguas comunales. O también, según admite tradicionalmente el Tribunal Supremo, por prueba de la posesión inmemorial como comunales de las aguas por los vecinos.

7. Subsistencia en nuestro derecho de aguas del excesivo peso de los derechos históricos

Podríamos terminar este trabajo, al igual que hice yo en la similar explicación de este tema en mi libro de 1996, interrogándonos sobre la futura aplicación jurisprudencial de la Ley de aguas de 1985 respecto de los derechos sobre aguas provenientes del antiguo régimen. ¿Prevalecerá una tendencia al olvido a estos efectos de las bastante conservadoras disposiciones transitorias de dicha ley o seguirá dejándose sentir, como hasta ahora, el peso de la *pátina de los pergaminos*?

La jurisprudencia reciente que he recogido en el primer epígrafe de este trabajo más bien podría inclinarnos a pensar que va a seguir siendo muy considerable también en el futuro el peso en el derecho español de aguas de la *pátina de los pergaminos*. La posibilidad de que el excesivo peso de los derechos adquiridos sobre las aguas, y en particular dentro de los mismos de los derechos adquiridos en el antiguo régimen, en nuestro sistema jurídico lastre y dificulte la evolución razonable de dicho sistema es, en mi opinión, seria y digna de consideración, sin que las futuras leyes que hayan de aprobar planes hidrológicos nacionales sean, pese al artículo 43, 1, d) de la Ley de aguas vigente, el instrumento más adecuado para introducir en esto los necesarios reajustes, incluso contando con la gran potencialidad que a dichas leyes planificadoras conferirá su condición de leyes ordinarias⁴⁷. La propia Ley de aguas en su re-

⁴⁷ Existe una curiosa opinión doctrinal, además, que, aunque no creo que llegue verdaderamente a concretarse nunca en la práctica, salvo en lo que la propia voluntad

gulación no transitoria (cfr. arts. 43.1.d., 51.3 y 58.3) propugna, por otra parte, una mayor consistencia y estabilidad de los derechos reconocidos para abastecimiento de poblaciones y para riego, que son los que con mayor frecuencia se basan en antiguos títulos históricos. Junto a la normativa transitoria, la ley vigente aporta nuevas fortificaciones para estos viejos derechos sobre aguas.

El tema del valor de los títulos históricos sobre aguas, aunque haya estado hasta hace poco en nuestro país huérfano de todo tratamiento doctrinal, no carece de importancia. Aparte la abundante jurisprudencia que produce y de la que he dado noticia en este trabajo, se vislumbra su importancia en las más recientes investigaciones económicas⁴⁸ sobre el regadío o sobre consumos de agua, y es tema que, pese a no aparecer en los libros jurídicos, no es desconocido para los profesionales de todo tipo que se enfrentan a problemas reales de la gestión del agua, ni es desconocido para los políticos de ciertas regiones españolas, ni para la Administración hidráulica. Los estatutos de autonomía de algunas comunidades autónomas, como los de Murcia o las Canarias, contienen alusiones a los derechos tradicionales o a sus peculiaridades tradicionales en materia de aguas. Y el temor de la Administración hidráulica al aprovechamiento abusivo que con frecuencia se ha hecho de estos viejos derechos históricos, de cuantía con frecuencia poco precisa o indeterminada, ha dejado también su huella en las exposiciones de motivos o preámbulos de ciertas normas administrativas (cfr., por ejemplo, el Decreto de 30 de diciembre de 1941, o la Orden ministerial sobre comunidades de regantes de 6 de agosto de 1963).

Por otra parte, los problemas que tradicionalmente plantea el ejercicio de los derechos nacidos de viejos títulos históricos se agudizan, evidentemente, en los periodos de sequía, como se pudo comprobar en nuestro país en la última y dura sequía de los años 1990 a 1995. Esa sequía indujo al Gobierno del PSOE a modificar, mediante el Real decreto-ley 6/1995, de 14 de julio, primero, y mediante la Ley 9/1996, de 15 de enero, después, la redacción originaria de 1985 del artículo 63 de la vigente Ley de aguas, relativo a la revisión de concesiones administrativas sobre aguas. La nueva regulación introducida en dicho precepto, y luego mantenida

del legislador futuro determine, tiende a reconocer a la Ley de aguas de 1985, por su supuesta peculiar función constitucional o por su conexión con la Constitución, una cierta primacía o superioridad sobre las futuras leyes ordinarias relativas a aguas, entre las que estarán las de aprobación de los futuros planes hidrológicos nacionales. Cfr. EMBID IRUJO, Antonio, *La planificación hidrológica; régimen jurídico*, 1991, pg. 117.

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, los diversos trabajos (sobre todo, el primero) incluidos en el libro colectivo *La gestión del agua de riego*, editado en 1997 por J. LÓPEZ GÁLVEZ y J. M. NAREDO, con el patrocinio de la Fundación Argentaria y la Editorial Visor, 406 páginas.

por la Ley 46/1999, prevé la posibilidad de que la Administración, con muy livianos requisitos y sin necesidad de que se indemnice al titular, reduzca la cuantía de las concesiones administrativas otorgadas para abastecimiento de poblaciones y para regadíos (o sea, las relativas a la mayor parte del agua del país y las que a veces coinciden con viejos títulos históricos) cuando considere que el consumo de agua por los titulares de esas concesiones es excesivo. Esta nueva regulación produjo en su momento enérgicas protestas por parte de algunas comunidades de regantes asesoradas por juristas sensatos, y ciertamente es una regulación que podría llegar a crear una tremenda inseguridad jurídica. Personalmente, tengo la impresión de que con esta concreta reforma de la llamada Ley de la sequía de 1996 nuestro legislador tomó el rábano por las hojas. Hubiera debido reformar la revisabilidad de los derechos históricos o sólo ciertas concesiones para riego y estableció su nueva y draconiana regulación para un ámbito mucho mayor y extensísimo. Dicha regulación, por lo demás, tal y como quedó redactada, no resulta hoy aplicable, literalmente al menos, a los derechos históricos sobre aguas privadas.

En mi libro de 1996, entre otras muchas propuestas legislativas, realicé la de que por ley se declarasen concesiones administrativas todos los derechos sobre aguas constituidos antes de 1866 y provenientes del antiguo régimen, con lo que se hubiese conseguido al menos que de verdad fueran por fin públicas absolutamente todas las aguas de los ríos⁴⁹. El borrador del Libro Blanco del Agua, que se realizó en la etapa de la ministra Tocino y que se conoció a finales de 1998, abordaba, aunque sin comprender bien el problema, la cuestión del valor jurídico de los títulos históricos⁵⁰. Sin embargo, la Ley 46/1999 de reforma de la Ley de aguas de 1985 omitió toda referencia a los títulos o derechos históricos, con lo que el problema sigue planteándose en los mismos y conservadores términos en que estaba. Esta fue una de las muchas cuestiones importantes necesitadas de reforma legal que no se atrevió a abordar la muy mediocre y raquítica reforma legislativa de 1999 del régimen jurídico de las aguas. ■

⁴⁹ Véase dicho libro de 1996, pgs. 780 y 815. Pienso ahora que quizás se debería añadir en esa futura reforma legal que propuse y que sigo proponiendo, para evitar cualquier futura duda, un precepto legal específico que declarase públicas incluso las aguas de los ríos derivadas por acequias y que hubieran sido declaradas privadas por sentencia firme y con base en títulos históricos anteriores a 1866. Sobre la constitucionalidad de dicha posible reforma legal, sin necesidad de indemnizar a los propietarios de las aguas, véanse el Fundamento jurídico 81 de la Sentencia 149/1991, de 4 de julio, del Tribunal Constitucional, relativa a la Ley de costas de 1988; mi libro sobre aguas subterráneas de 1990, pgs. 162 y ss.; y mi libro de 1996, pgs. 776 y ss.

⁵⁰ Véase el borrador de dicho documento, pgs. 469-470. Los autores de este borrador llegan a mencionar la *pátina de los pergaminos*, pero se quedan lejos de entender el complejo problema jurídico que existe detrás de esta expresión.

DESCENTRALIZAÇÃO GEOGRÁFICA E REGIONAL: BRASIL E EUROPA

Luiz Carlos Bresser-Pereira

Professor de economia da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo

Descentralização é problema central e permanente de todas as organizações, porque, através dela, espera-se dar ao administrador maior autonomia, e à organização burocrática maior flexibilidade e adaptabilidade às condições locais. Assim, a descentralização tem sido a estratégia por excelência através da qual as organizações burocráticas, que são centralizadas por definição, buscam superar as deseconomias de escala que lhe são inerentes. Pode haver eficiência ou baixos custos em uma organização burocrática relativamente pequena, mas quando ela cresce geralmente não tem outra alternativa para se manter eficiente senão descentralizando-se.

O modelo organizacional das grandes empresas norte-americanas – a «organização funcional descentralizada» – foi a estratégia que lhes permitiu crescer sem aumentar custos. Alfred Sloan, nos anos 1910, quando era presidente da General Motors, logrou desenhar um modelo de organização que mais tarde foi também chamado de «organização divisional» e de «organização matricial», no qual se quebrou o princípio da unidade de comando, e se passou a subordinar o administrador funcional descentralizado diretamente ao vice-presidente divisional, mantendo-se, porém, sua subordinação ao seu correspondente vice-presidente na administração central. Alfred Chandler, que fez a análise clássica desse modelo dialético e flexível de organização e descentralização, observou que o mesmo sofria alterações em função da estratégia empresarial utili-

zada.¹ Esse modelo continua até hoje, no início do século XXI, sendo utilizado com sucesso pelas grandes empresas de todo o mundo.²

Independentemente da estratégia adotada, porém, a descentralização nas empresas privadas será sempre uma delegação de autoridade para os níveis mais baixos da organização. Neste breve trabalho vamos ver o problema da descentralização no campo da administração pública, onde essa definição precisa ser modificada. Por que? Porque a administração pública é a administração do Estado, que, como as grandes empresas, é uma organização, mas uma organização diferente e, mais do que uma organização, é também um sistema de instituições ou de leis. O Estado é uma organização ou um «aparelho» porque consiste em um conjunto estruturado de políticos, funcionários e militares. É uma organização diferente, porque o Estado é a única organização que tem «poder extroverso», ou seja, que tem poder para fora dos membros diretos dessa organização: o Estado tem o poder de legislar e tributar toda a população de um determinado território. Terceiro, o Estado é mais do que uma organização porque é também o conjunto de instituições, especificamente de leis, através das quais ele realiza seu poder extroverso, regula toda a vida social, estabelecendo as condições para que os mercados regulem a vida econômica.

O Estado é portanto uma organização extremamente importante. Em cada Estado, o governo –o conjunto de políticos e altos servidores públicos que dirigem o Estado– toma decisões estratégicas para a sociedade. As principais decisões têm a forma de leis, e são definidas pelo Poder Legislativo, de forma que o Poder Executivo, deveria apenas aplicar as leis, e o Poder Judiciário, decidir as questões duvidosas. Na verdade, dada a complexidade dos problemas a regular, e a rapidez das mudanças tecnológicas e sociais, o Legislativo não tem outra alternativa senão delegar ao Poder Executivo em geral, ou a determinadas agências desse poder, o direito de regulação.

Um Estado é democrático quando seu governo é eleito livremente pelo povo, que por ele é representado. Aumentar a capacidade decisória de políticos e administradores públicos, de forma que eles elaborem leis, reformas institucionais, cada vez melhores, e aumentar a eficiência dos serviços prestados pela organização estatal são duas tarefas fundamentais. Aqui estamos apenas interessados na segunda tarefa - a de pensar na organização burocrática pública que seja a mais eficiente possível. Ao discutirmos o problema da descentralização, verificaremos que a organização estatal será em princípio tanto mais eficiente quanto mais puder se

¹ A análise clássica desse modelo foi realizada por Alfred Chandler (1962).

² Ver Prestes Motta e Bresser-Pereira, *Introdução à Organização Burocrática* (1981: cap. 4, «O Processo de Descentralização»).

aproximar da forma de administração das organizações privadas. Entretanto, a administração pública, na medida em que tem o poder extroverso de definir novas instituições, que obriga não apenas os seus membros mas todos os cidadãos, não pode seguir os mesmos princípios que orientam as organizações privadas. O Estado é uma organização política, em que o poder de legislar e tributar está sempre presente. Administrar o Estado não é apenas torná-lo mais eficiente, é também, senão principalmente, definir no plano político, de forma democrática, as leis que regulam a sociedade. Administrar o Estado envolve sempre a política, exige sempre negociações e compromissos, além de objetivos claros. Já a organização privada, na medida em que tem poder apenas interno, sobre seus próprios recursos, é por definição mais autoritária. Se se trata de uma empresa, seus proprietários terão todo o poder. Ou, mais precisamente, quase todo poder, porque mesmo nas organizações privadas o poder é limitado pela aceitação desse poder pelos membros da organização.

Descentralização e Desconcentração

Primeiro, é necessário distinguir descentralização de desconcentração. A descentralização é política, é a transferência de poder de um nível mais alto de governo para um mais baixo: da União para os estados, desses para os municípios. A desconcentração é apenas administrativa, não passando necessariamente pela aprovação do parlamento: é uma delegação de poder dentro de cada nível de governo.

Há diferenças essenciais entre as duas formas, decorrentes de suas definições: a desconcentração é uma estratégia administrativa para tornar a administração mais eficiente, é uma delegação precária de poder, podendo ocorrer a recentralização por uma simples decisão dos dirigentes centrais; tem geralmente caráter cíclico: dado que não há um ponto ideal, descentralização e centralização se sucedem no tempo.

Já a descentralização é o resultado de uma negociação política em torno da divisão do poder entre os níveis de governo, ao invés de uma simples estratégia administrativa dos níveis mais altos em relação aos mais baixos; é relativamente definitiva: uma vez lograda através da lei que resultou da negociação política, dificilmente pode ser revertida.

No Brasil, a centralização e descentralização política também tiveram caráter cíclico, mas isto aconteceu em função de revoluções. Em 1822, com a Independência, iniciou-se um processo de centralização que durou todo o Império, voltado para garantir a unidade nacional. Em 1989, com a República, ocorre o processo de descentralização –o sistema federativo– que dá início à «política dos estados». O federalismo, entretanto, tem como consequência não esperada a recuperação do poder das oli-

garquias locais: do coronelismo. Em 1930, com a revolução liderada por Getúlio Vargas, a organização do Estado brasileiro volta a ser centralizada, descentralizando-se em seguida com o estabelecimento da democracia, em 1945. Através da revolução de 1964 os militares, que haviam sido responsáveis pela descentralização republicana e pela centralização de 1930, recentralizam mais uma vez o país. Finalmente, com a transição democrática, em 1984, e a Constituição de 1988, a organização estatal brasileira volta a descentralizar-se, ganhando os estados federados e principalmente os municípios uma autonomia decisória e financeira nunca antes alcançada.

Entretanto, excluindo-se os momentos revolucionários, é muito difícil lograr recentralizar um Estado nacional que passou por um processo de descentralização, enquanto é relativamente mais fácil concentrar atividades que foram previamente desconcentradas. Dado seu contínuo crescimento, senão em termos relativos –o que pode ser definido pela participação das receitas do Estado na renda nacional–, pelo menos em termos absolutos –pelo total de recursos gastos pelo Estado– o certo é que, como as organizações privadas, Estados modernos tendem à descentralização.

Os princípios que regem a deconcentração são os mesmos que regem a descentralização nas organizações privadas. Já a descentralização política exige uma análise especial.

Descentralização Política

A descentralização parte de um processo inicial de centralização, através do qual se forma o estado nacional, ou país soberano. A centralização inicial é em geral coercitiva, forçada. A exceção clássica à regra é constituída pelos treze estados americanos que formaram os Estados Unidos de forma voluntária. No presente assistimos a um processo de centralização voluntária através da progressiva transformação da União Européia em um país constituído por muitas nações.

No caso da centralização voluntária, centralização e descentralização de poderes são negociadas conjuntamente. Os estados transferem para a União apenas (ou principalmente) as atribuições que não podem realizar com efetividade no seu próprio nível: defesa nacional; representação internacional; tributação sobre renda (embora os estados possam conservar alguma autonomia mesmo nessa área) e sobre comércio exterior; polícia de repressão de drogas e de outros crimes internacionais; política monetária e fiscal, política tecnológica. Como, na verdade, não existe um critério claro e preciso do que pode ser melhor realizado em que nível, muitas atribuições são compartilhadas, e a distribuição de receitas (mais do que a de atribuições) é que determinará que nível fará o quê.

QUADRO I. DIFICULDADE DE DESCENTRALIZAÇÃO

	Centralização voluntária	Centralização Forçada
Regiões	1- Pequena	2- Média
Nações	3-	4-Grande

No caso de centralização voluntária, a preocupação com a manutenção da unidade nacional baixa para segundo plano. Algumas atribuições, que em países de centralização forçada são conservadas no poder central, como as policiais, são mantidas no nível estadual ou mesmo municipal em que originalmente estavam. Nos países em que a centralização foi voluntária, a educação fundamental é sempre uma responsabilidade dos municípios, ou de um conjunto de municípios que nos Estados Unidos são chamados de *counties* (condados) e na Europa, províncias, e grande parte das atividades policiais, inclusive as de caráter judicial como o estabelecimento do inquérito policial, são também municipais ou dos condados.

As centralizações forçadas foram o resultado de um longo processo histórico, em que um Governo Central (ou um candidato a Governo Central) logrou se impor às regiões ou às nações vizinhas. O Brasil é um caso de imposição às regiões vizinhas, o dos países europeus é em geral de imposição às nações vizinhas, entendida aqui «nação» no sentido estrito, como o conjunto de pessoas que partilha da mesma língua, das mesmas tradições, e, com freqüência, da mesma religião.

No caso da centralização forçada, o Governo Central, em um primeiro momento, logra centralizar toda a autoridade. É a única maneira de garantir a unidade do novo estado-nação que está sendo criado. A expressão «estado-nação», que é sinônima de país, foi inicialmente utilizada pelos franceses, como uma arma ideológica para sujeitar as nações em torno da Ile de France: normandos, bretões, alsacianos, etc. Com essa expressão, que os cientistas políticos até hoje usam com mais freqüência do que «país», eles sugeriam que na verdade havia uma única nação francesa, à qual correspondia um único Estado. Os principais países europeus incluem-se nesta categoria.

Quando se parte de uma centralização inicial forçada, a descentralização vai ocorrendo gradualmente, através de um longo processo de negociação política. Ao invés de ser uma estratégia da União para tornar todo o sistema mais efetivo e eficiente, trata-se de uma demanda das regiões/nações por maior autonomia política e administrativa.

Na descentralização forçada é preciso fazer a distinção entre descentralização regional ou geográfica, e descentralização nacional. No caso da regional, as diferenças entre as regiões são essencialmente geográficas e econômicas. Todos os cidadãos sentem-se, em primeiro lugar, cidadãos do estado-nação propriamente dito, embora também identifiquem-se com suas regiões.

Neste caso, a negociação de descentralização de poderes é relativamente mais fácil. Mas como vemos no Brasil, que é tipicamente um caso de descentralização regional, ainda assim ela é difícil, devido à inexistência de um critério claro de descentralização.

A descentralização nacional vem acontecendo principalmente na Europa, onde as regiões correspondem a nações. Os cidadãos sentem-se em diversos graus divididos entre seu estado nacional e sua região nacional.

A negociação política é muito mais complexa, porque a região está sempre desconfiada de estar sendo prejudicada na repartição dos recursos tributários e dos cargos a nível central; os políticos locais sentem-se tentados a aumentar seu próprio poder ao transformar sua regiões em estados-nação; a preocupação do governo central com a manutenção da unidade nacional é muito mais forte.

Vários grupos econômicos e sociais transformados em grupos políticos interessam-se pela negociação. Do lado do governo central interessam-se pelo debate e defendem a unidade do país os habitantes e políticos da região originária ou central, as empresas que contam com um mercado nacional e seus administradores; a burocracia central. Do lado dos governos regionais ou federados, o interesse em descentralizar concentra-se nos políticos locais, nos burocratas locais, e nas empresas (e seus trabalhadores) que produzem apenas para o mercado local.

A Tabela 1 resume essas relações. O quadrante 1 (centralização original voluntária tendo como objeto regiões) é o caso dos Estados Unidos; as dificuldades políticas enfrentadas pelo processo de descentralização são relativamente pequenas. O quadrante dois (centralização original forçada tendo como objeto regiões) é o caso do Brasil: as dificuldades são médias. O terceiro quadrante é vazio, embora esteja sendo gradualmente preenchido pela União Européia, na medida em que esta tende a se tornar um Estado através da união voluntária de nações. O problema da dificuldade de descentralização não se coloca ainda para estes países já que os mesmos estão atualmente no processo original de centralização política. Finalmente, temos o quarto quadrante, típico de diversos países europeus, em que a centralização original foi forçada, tendo como objeto nações. Aqui os problemas políticos enfrentados pela descentralização são sempre grandes.

Critérios Administrativos e Reforma Gerencial

O critério principal para a descentralização é político, e resulta de uma negociação política. Mas não seria possível pensar em um critério administrativo, em um critério baseado na eficiência? Embora não se trate de um critério absoluto, que resolva todos os problemas, esse critério existe. É o princípio da subsidiariedade, que pode ser expresso de maneira muitos simples: aquilo que puder ser feito pelo município não deve ser feito pelo estado; e aquilo que pode ser feito pelo estado não deve ser feito pelo governo central.³ Se existir entre o município e o estado federado um condado ou uma província, basta incluí-lo no princípio: aquilo que pode ser feito pelo município, não deve ser feito pelo condado.

Há certas atividades, como a educação fundamental, que são melhor realizadas pelo município. Já a educação superior é claramente uma responsabilidade dos estados. A polícia, que geralmente fica sob responsabilidade do governo central, na verdade deveria em grande parte ficar por conta do município, como ocorre nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha. Há entretanto municípios muito pequenos ou muito pobres que não podem ou não devem se encarregar da garantia de direitos fundamentais do cidadão, como são a saúde e a educação.

O princípio da subsidiariedade é tão simples quanto de difícil aplicação. Os políticos tradicionais e burocratas clássicos, weberianos, adotam uma atitude centralizadora. Sempre colocam em dúvida a competência dos níveis mais inferiores da federação e dos níveis mais baixos da própria burocracia. Atitude oposta é praticada pelos gerencialistas, que utilizam os critérios que foram adotados, no Brasil, pela Reforma Gerencial do Estado de 1995.⁴

Do ponto de vista estritamente administrativo, a descentralização na administração pública é apenas um aspecto, embora importante, da Reforma Gerencial do Estado, que instaura no país a administração pública gerencial.

³ Devo essa formulação do princípio da subsidiariedade ao falecido André Franco Montoro, brilhante jurista e talvez o mais notável político da segunda metade do século XX no Brasil. Ele não apenas dizia e repetia com frequência esse princípio, como o aplicava na prática sempre que podia.

⁴ A Reforma Gerencial do Estado de 1995 foi definida no início do primeiro governo Fernando Henrique Cardoso, com a aprovação do *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, em setembro desse ano, e o envio para o Congresso Nacional, também nesse ano, da reforma constitucional, popularmente chamada «Reforma Administrativa», que três anos depois seria quase integralmente aprovada. Sobre a reforma, ver Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado- MARE (1995), Bresser-Pereira (1998, 2000a), Bresser-Pereira e Spink, orgs. (1998), e Petrucci e Schwarz, orgs. (1999).

Na história temos três formas de administração do Estado: a administração patrimonialista, a administração pública burocrática, e a administração pública gerencial. Na administração patrimonialista os burocratas não são ainda profissionais, e, em conjunto com os aristocratas no poder, servem um monarca, não distinguindo com clareza o patrimônio público do privado, já que ambos os grupos derivam suas rendas principalmente do Estado, e não apenas os burocratas. Estes, por sua vez, assumem com frequência caráter aristocrático. O Brasil, seguindo uma forte tradição portuguesa, foi durante muito tempo, principalmente no período imperial, dirigido por uma elite patrimonialista, que até hoje conserva algum poder no país.⁵

A administração pública burocrática foi descrita originalmente por Max Weber. Chamamos a transição da administração patrimonialista para a burocrática de Reforma Burocrática ou Reforma do Serviço Público. Foi a primeira grande reforma administrativa na história do capitalismo. Nos países europeus ocorreu no século passado; no Brasil, nos anos 30, com Getúlio Vargas e Simões Lopes.

Desde os anos 80, em diversos países desenvolvidos, principalmente a Grã-Bretanha, os Estados Unidos, a Austrália, a Nova Zelândia, os países escandinavos, começou a ocorrer a Reforma Gerencial, que utiliza os princípios da «Nova Gestão Pública» (*New Public Management*). No Brasil, que está entre os dois primeiros países a iniciar uma Reforma Gerencial (o outro foi o Chile), esta tem início em 1995.

A Reforma Gerencial está fundamentalmente apoiada nas políticas de descentralização e desconcentração, embora seja um fenômeno mais amplo do que o da descentralização. Existem muitas definições. Christopher Hood (1991: 4), por exemplo, em um trabalho pioneiro, lista sete características da nova gestão pública: administração profissional, indicadores de desempenho explícitos, maior ênfase no controle de resultados, divisão das organizações públicas em unidades menores, maior competição entre as unidades, ênfase no uso de práticas de gestão originadas no setor privado, e ênfase em maior disciplina e parcimônia no uso de recursos. Premchand (1998), mais recentemente e de um ponto de vista mais econômico do que político, descreve a administração pública que prevalecerá em torno do ano 2020, com as seguintes características: um Estado com agências estatais menores, mais flexíveis, em que haja separação entre definição e implementação de políticas; padrões éticos públicos bem definidos tanto para burocratas quanto para políticos; transparência, com ampla publicação de estatísticas e resultados;

⁵ O livro clássico sobre o Estado Patrimonial é *Os Donos do Poder*, de Raimundo Faoro (1958/75). Ver adicionalmente meu trabalho sobre a história da administração pública no Brasil a partir do final do Império (Bresser-Pereira, 2000b).

processo orçamentário claro, com perspectiva de médio prazo, detalhamento a curto prazo dos indicadores de desempenho e resultados a serem alcançados; abolição de estabilidade para servidores; pagamento e sistemas de contabilidade pública gerencial totalmente eletrônico.

Na administração pública gerencial, primeiro é preciso distinguir as funções exclusivas de Estado das funções sociais e científicas. As funções exclusivas de Estado, que envolvem o poder de Estado, são menos sujeitas a delegação, principalmente para municípios. Uma função exclusiva que, com certos cuidados, pode ser transferida para os municípios grandes ou às províncias é a polícia, porque nas democracias ela vem mudando de papel: de agente repressivo vem se transformando em serviço social da comunidade.

Segundo, é preciso distinguir com clareza o financiamento da execução dentro do próprio Estado. Os serviços sociais básicos de saúde e de educação fundamental obrigatória podem ser melhor executados a nível municipal, mas seu financiamento deve ser feito pelo governo central à base de um critério *per capita*, de forma a garantir igualdade de tratamento a todos os cidadãos.

Terceiro, é preciso considerar os casos em que a terceirização é recomendável. As funções não exclusivas podem não só ser transferidas para níveis mais baixos de governo, mas também, e principalmente, podem ser terceirizadas para organizações sem fins lucrativos, que não chamo de organizações privadas, mas de «organizações públicas não-estatais». Essas organizações são mais competitivas, mais controláveis, menos rígidas.

A definição de Reforma Gerencial adotada no Brasil a partir de 1995 pode ser resumida em três parágrafos, cada um correspondendo a um de seus objetivos: maior eficiência, melhor qualidade das decisões, e defesa da cidadania.⁶

Em primeiro lugar, a Reforma Gerencial visa aumentar a eficiência e efetividade da organização estatal. Para isto usa das seguintes estratégias:

- (a) descentralização das atividades para os estados e municípios e desconcentração (delegação) das decisões para agências reguladoras e executivas;
- (b) separação dos órgãos formuladores de políticas públicas –que se situam no núcleo estratégico do Estado– das unidades descentralizadas e autônomas, executoras dos serviços;
- (c) controle gerencial das agências autônomas, que deixa de ser principalmente o controle burocrático, de procedimentos, realizado pelos próprios administradores e por agências de controle interno e ex-

⁶ Ver Bresser-Pereira (1998: Capítulo 5).

terno, para ser, adicionalmente, a combinação de quatro tipos de controle: (c1) controle de resultados, a partir de indicadores de desempenho estipulados de forma precisa nos contratos de gestão; (c2) controle contábil de custos, que pode ser também pensado como um elemento central do controle de resultados; (c3) controle por quase-mercados ou competição administrada; e (c4) controle social, através do qual os cidadãos exercitam formas de democracia direta;

(d) distinção de dois tipos de unidades descentralizadas ou desconcentradas: (d1) as agências que realizam atividades exclusivas de Estado, por definição monopolistas, e (d2) os serviços sociais e científicos de caráter competitivo, em que o poder de Estado não está envolvido;

(e) transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos competitivos;

(f) terceirização das atividades auxiliares ou de apoio, que passam a ser licitadas competitivamente no mercado; e,

(g) fortalecimento da burocracia estatal, particularmente da alta administração pública, que é tornada mais autônoma, organizada em carreiras ou 'corpos' de Estado, e legitimada não apenas por sua competência técnica mas também por sua capacidade política.⁷

Em segundo lugar a Reforma Gerencial visa melhorar a qualidade das decisões estratégicas do governo e de sua burocracia. A melhoria da capacidade decisória dos políticos eleitos, que faz parte de uma reforma política mais ampla, da qual a Reforma Gerencial é parte, depende de sua representatividade, e do caráter democrático e amplo do debate público. Dessa forma, o governo e a sociedade civil se tornam capazes de aprender a partir de seus erros. No plano específico da organização do Estado e, portanto, da Reforma Gerencial, o objetivo é melhorar a capacidade decisória dos administradores públicos. Além da seleção e do treinamento profissionais, a estratégia fundamental, que inova em relação a administração pública burocrática, é a garantia de uma autonomia maior dos administradores, tendo como contrapartida sua mais direta responsabilização (*accountability*). Para isto é essencial a delegação de autoridade, pelo Congresso e pelo Presidente da República, de maior autonomia às agências reguladoras e executivas.⁸

⁷ A Reforma Gerencial implica na substituição da administração pública burocrática pela administração pública gerencial. Isto, entretanto, não implica em diminuir o papel da burocracia estatal. Pelo contrário, na medida em que se atribui a ela maior autonomia gerencial, assumirá um papel cada vez mais estratégico na administração do Estado.

⁸ Sobre as decisões estratégicas do administrador público ver principalmente os trabalhos de Dror (1999) e de Crozier e Tilliette (1995).

Finalmente, a Reforma Gerencial visa assegurar o caráter democrático da administração pública, através da implantação de um serviço público orientado para o cidadão-usuário ou cidadão-cliente⁹, ao invés de manter o caráter auto-referido que caracteriza a administração pública burocrática, voltado para a afirmação do poder do Estado e da burocracia estatal. Como a Reforma Gerencial implica em maior descentralização, e, portanto, em maior autonomia para políticos e altos servidores públicos, implica também em maior responsabilidade. O poder na organização burocrática estatal está assim baseado na responsabilização do político e do servidor público. Essa responsabilização é cobrada pela própria sociedade, pelos políticos e pelos órgãos de auditoria do Estado. Pela sociedade, através da imprensa, da opinião pública, e das eleições; pelos políticos, através das comissões parlamentares de inquérito e pela fiscalização dos políticos de oposição; pelos órgãos de auditoria, através dos tribunais de conta, e do Ministério Público, que no Brasil é um quarto poder voltado para a defesa do patrimônio público.

Nesses termos, quando pensamos em descentralização no setor público, devemos levar em conta todos esses fatores. A descentralização é uma estratégia para uma maior eficiência, como na empresa privada, mas só é legítima se a delegação envolvida for decidida pelo parlamento, de forma democrática, e a autonomia lograda for acompanhada de correspondente responsabilização.

Conclusão

Em síntese, a descentralização na administração pública, embora possua aspectos estritamente administrativos, é antes uma questão política. Enquanto a descentralização entre as empresas é decidida em função de uma eficiência maior esperada, na administração pública apenas a desconcentração, que não envolve decisão pelo parlamento, tem esse caráter. A descentralização para unidades sub-nacionais (estados ou municípios) é uma questão política, que deriva da demanda de maior autonomia pelas regiões ou pelos governos locais, e é decidida através de um processo de negociação política.

A descentralização será mais ou menos difícil dependendo da origem do estado-nação ou país que se quer descentralizar. Se a centralização

⁹ Uso essas duas expressões como sinônimas. É possível, entretanto, distingui-las: o cidadão-usuário não paga, enquanto o cidadão-cliente paga pelos serviços recebidos. A distinção pode ser útil para distinguir os casos em que os serviços do Estado são cobrados por envolverem direito universal (ensino básico, por exemplo) daqueles que não o são. É uma tolice supor que o cidadão deva ser sempre usuário, jamais pagando por serviços prestados pelo Estado.

original, através da qual o país surgiu, foi voluntária, como nos Estados Unidos, a descentralização será mais tranqüila do que no caso de centralização original forçada. Por outro lado, é preciso distinguir as unidades descentralizadas: podem ser nações ou meras regiões. Descentralização para nações dentro de um mesmo estado nacional será sempre mais difícil, dado o perigo de secessão envolvido, do que para regiões geográficas.

O princípio administrativo que deve orientar a descentralização política é o da subsidiariedade: tudo o que puder ser bem realizado pela unidade inferior não deverá sê-lo pela unidade superior. Além desse critério, entretanto, deverão ser considerados os princípios da Reforma Gerencial do Estado. Os atuais países foram todos estabelecidos de acordo com os princípios da Reforma Burocrática, que é por natureza centralizada. Nos últimos 20 anos, entretanto, um número crescente de países estão envolvidos em Reformas Gerenciais, através das quais se busca aumentar a eficiência da organização estatal através de um processo de descentralização; especificamente através de se conceder maior autonomia e responsabilidade aos administradores públicos, que passam a ser controlados por resultados, ao invés de por procedimentos. ■

Bibliografia

- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos (1998) *Reforma do Estado para a Cidadania*. São Paulo: Editora 34.
- (2000a) «A Reforma Gerencial do Estado de 1995». Trabalho apresentado ao encontro «Moderna Gestão Pública», patrocinado pelo INA - Instituto Nacional de Administração Pública. Lisboa, 30-31 de março, 2000. A ser publicado na *Revista de Administração Pública*.
- (2000) «Do Estado Patrimonial ao Gerencial». In Paulo Sérgio Pinheiro, Ignacy Sachs e Jorge Wilhelm, orgs. (2000b) *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Companhia das Letras.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos e Peter SPINK, orgs. (1998) *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas.
- CHANDLER, Alfred D. (1962) *Strategy and Structure*. Massachusetts: The MIT Press, 1986. Primeira edição, 1962.
- CROZIER, Michel e Bruno TILLIETTE (1995) *La Crise de L'Intelligence*. Paris: InterEditions.
- DROR, Yehezkel (1999) *A Capacidade para Governar*. São Paulo: Edições Fundap.
- FAORO, Raymundo (1957/75) *Os Donos do Poder*, segunda edição. Porto Alegre/São Paulo: Editora Globo e Editora da Universidade de São Paulo, 1975. Primeira edição, 1957; segunda edição revista, 1975.
- HOOD, Christopher (1991) «Public Management for All Seasons?» *Public Administration* 69(1), 1991.
- MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO -MARE (1995) *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Imprensa Nacional, novembro 1995. Plano aprovado pela Câmara da Reforma do Estado da Presidência da República em setembro de 1995.
- PRESTES MOTTA, Fernando & Luiz Carlos BRESSER-PEREIRA (1980) *Introdução à Organização Burocrática*. São Paulo: Editora Brasiliense.
- PETRUCCI, Vera e Letícia SCHWARZ, orgs. (1999) *Administração Pública Gerencial: A Reforma de 1995*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília.
- PREMCHAND, A. (1998) «Themes and Issues in Public Expenditure Management». Washington: Fundo Monetário Internacional, cópia. Trabalho apresentado ao seminário «Hacia el Rediseño del Estado». Bogotá, Departamento de Planejamento do Ministério das Finanças, abril 27-29 1998.

PRECIOS DEL AGUA Y POLÍTICA AMBIENTAL¹

Ramón Martín Mateo

Catedrático de derecho administrativo
Universidad de Alicante

1. Objetivos generales

Es claro que la humanidad no está satisfecha con las actuales características del ordenamiento de los recursos de agua potable, como atestiguan los múltiples foros internacionales convocados al efecto², lo que implica a mi juicio la reformulación de la política de suministros de caudales y de su utilización, con base en criterios fundados en la mejora de las técnicas gestoras y en la búsqueda tanto de la eficiencia ambiental como económica, todo ello en un contexto de toma de decisiones que debe tener en cuenta otras demandas socialmente percibidas como prevalentes.

¹ El presente trabajo tiene carácter provisional especialmente en lo que respecta al Plan hidrológico nacional.

² CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS HÍDRICOS, Valencia, diciembre 1998, *Os novos desafíos ambientais: as respostas do Direito Universidade Católica do Porto*, 14-15 marzo 1997, p.11, II FORO MUNDIAL DEL AGUA, marzo 2000, entre otros.

1.1. Garantía de los aprovisionamientos

El objetivo básico de toda política de aguas consiste evidentemente en conseguir que este vital recurso esté disponible para su utilización final por parte de los sujetos que lo demandan, lo que supone que existan recursos naturales suficientes al alcance directo de los usuarios o de los administradores responsables de hacérselos llegar.

En estos momentos no está ni mucho menos garantizado que se den estas circunstancias para toda la humanidad pero lo que es peor, las condiciones tienden inevitablemente a empeorar por razones socioeconómicas y ambientales.

Aunque el agua sea el recurso más abundante en el planeta, su disponibilidad para satisfacer necesidades humanas es palpablemente limitada, tal como año tras año recuerdan las Naciones Unidas con ocasión del Día mundial del agua en el que se reitera tercamente que «más de mil millones de personas carecen todavía de acceso al agua limpia y salubre y 1700 millones no disponen de redes para sanear adecuadamente sus aguas fecales. Una tercera parte de las muertes del mundo se debe a estas carencias»³.

Por todo ello se ha reclamado, razonablemente, que más allá de las exigencias puramente economicistas a que más adelante nos referiremos, se considere el suministro de agua «un derecho humano y social básico»⁴.

Es cierto que en el II Foro mundial celebrado en La Haya en marzo de 2000 con asistencia de 3500 delegados de 150 países, no se reconocieron estos derechos de los que carecen millones de personas, aunque sí afloraron los propósitos de varios países en vías de desarrollo como China, Brasil y Túnez de abordar grandes trasvases.

1.2. Eficacia económica

Una cosa es que se garantice, vía Administración, el acceso de todos los ciudadanos a bienes básicos, como es el caso del agua potable, y otra que los servicios correspondientes se presten de forma ineficiente con arreglo a pautas burocráticas inadecuadas. La concesión de estos servicios públicos, puede facilitar tales propósitos si se sigue manteniendo su contenido esencial, aunque la gestión sea privada si bien, controlada a través de organizaciones públicas *ad hoc*⁵.

³ R. Ruíz, *Para beber, regar y vivir «Estrella»*, octubre 1998, p. 12. También P. GLUCK, ed. *Water in Crisis. A Guide to the World's Fresh Water Resources*, Oxford University Press. Una aportación a este tema es el decisivo documento de R. PETRELLA «Manifiesto del Agua. Por un Contrato Mundial», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònoms*, núm. 24/1998, separata, p. 29.

⁴ Danielle MITTERAND, Mario SOARES, Ricardo PETRELLA en *El País* 22-3-2000 p.15.

⁵ Me remito a mi obra *El marco público de la economía de mercado*, Trivium, Madrid 1999.

Aún antes de la generalización de las técnicas de mercado y de su aclimatación en algunos segmentos del sector público, ya se hizo constar que para el agua, concretamente, era nefasta la aplicación de paradigmas, como los derivados de ciertos credos religiosos, que predicaban la gratuidad de los dones de la naturaleza.

El agua es un bien económico y debe pagarse por él si los usuarios tienen recursos suficientes, otra cosa será que individuos o pueblos carezcan de medios y deban ser subsidiados con arreglo a principios solidarios, pero aún así, es inexcusable precisar los costos, sabemos sin embargo que no es nada fácil determinar el valor de los recursos naturales⁶.

Para conseguirse, con un cierto convencionalismo, el montante monetario de los recursos hídricos, debe adicionar al valor inicial y a los costos adicionales incorporados hasta que el líquido fluye en los hogares, en las fábricas o en los campos de cultivo⁷.

El costo final del agua servida debe interiorizar valoradamente, todos los insumos precisos para que el abastecimiento se realice en condiciones satisfactorias, lo que incluye para el agua potable, en su caso, la construcción del embalse, la interiorización de los daños ambientales, la infraestructura de la red primaria de transporte, los costos de impulsión, los de almacenamiento en destino, la potabilización de los caudales para el consumo humano o industrial, la creación y la construcción y mantenimiento del alcantarillado y de la distribución⁸.

Estos planteamientos sintetizados en las siglas anglosajonas FCR (*Full Cost Recovery*) y EWRM (*Integrated Water Resource Management*) han sido recogidos en un proyecto de directiva del agua de la Unión Europea recientemente matizada, que encontró en su inicial redacción una cerrada y comprensible oposición por parte de los países del sur de Europa, aunque ello no debe significar que la alternativa sea la pasividad ante el despilfarro.

En España el precio medio del agua potable sería según algunas fuentes de 103,22 pts/m³ y de 1 sola peseta el pagado por los regantes a las

⁶ Me remito a mi trabajo reciente para la Procuraduría de Costa Rica *La reparación de los daños ambientales*, Alicante, 2000. Entre nosotros deben mencionarse las aportaciones pioneras de J. NAREDO, *Economía en evolución*, Siglo XXI, Madrid, 1987, que parece por cierto ha adelantado recientemente criterios para la valoración del agua y de F. AGUILERA KLINK, *Economía del Agua*, Ministerio de Agricultura, Serie Estudios, núm.69, Madrid 1992.

⁷ Ejercicio teórico al que me entregué hace algún tiempo, tanto que he extraviado el ejemplar de mi trabajo que tampoco se encuentra en las bibliotecas que he consultado. Me refiero a mi artículo «El agua un elemento raro. Lo que vale un vaso de agua», en *Ciencia Urbana*, núm. 1 Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1969.

⁸ Según información que tomo de J. VERGES, *Una política económica para el agua*, Círculo de Empresarios, Madrid, 1998, pp.134 y 130.

confederaciones, salvo el caso del trasvase Tajo-Segura 13,5 pts. Por comunidades autónomas el abanico parte de 60 pts en Galicia a 198 en Cataluña.

Hace tiempo, cuando aún no se pensaba en privatizaciones, advertí en un encuentro internacional⁹ que había que cobrar a todos el agua de consumo en América Latina, de lo que nuevamente se ha tratado en el II Foro mundial del agua de marzo de 2000, aunque obviamente con radicales desacuerdos, ya que evidentemente es a veces duro el admitir que haya que tenerse en cuenta todos los desembolsos precisos para conseguir suministrar el agua. Además debe convenirse que la mejor forma de atender el servicio público de abastecimiento urbano no es ciertamente la gestión retenida tradicional, con arreglo a fórmulas burocráticas, sino su concesión a una empresa privada especializándose en el control por la Administración, desde la óptica de lo que hoy se denomina servicio universal.

En la política del agua deben incidir consideraciones adicionales como la ambiental no estrictamente solapada con el *desiderátum* económico y la social y cultural, con propios y prevalentes determinantes.

1.3. La eficacia ambiental

La política ambiental y la económica, en el agua como en otros sectores, están estrechamente imbricadas¹⁰, no olvidemos que en el origen de todos los problemas ambientales está la búsqueda egoísta de alternativas por ciertos agentes del mercado para no interiorizar los costos correspondientes a los bienes comunes apropiados.

La política del agua es inseparable de la ambiental, y debe animar por tanto la planificación hidrológica¹¹, en este sentido un indicador valiosísimo para conectar los costos económicos con los ambientales, es el que suministra el balance energético, ya que la medición del consumo de energía en sí, supone no sólo una valoración muy expresiva en términos monetarios de los recursos necesarios, sino también de los impactos ambientales, puesto que la transformación de la energía, implica entropía,

⁹ *Administración de los recursos hídricos. Aspectos institucionales y modalidades gestoras. Naciones Unidas*, CIDIAT, Mérida, Venezuela, 3-7 diciembre 1990.

¹⁰ Vid. entre otras aportaciones F. DELGADO PIQUERAS, *Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales*, Tecnos, Madrid 1992 y del mismo *Gestión del agua y medio ambiente*, Tecnos, Madrid, 1993.

¹¹ Vid. J. BERMEJO, Director, *Constitución y planificación hidrológica*, Civitas, Madrid, 1995 y J. OLIVÁN quien recuerda en esta obra que los planes de cuenca según la Ley de aguas deben proponer la conservación o recuperación del medio natural, racionalizando el uso de estos recursos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales, p. 131 y 132.

contaminación, afectando a nuestro sistema ambiental más valioso, la atmósfera, alterada por exceso de gases invernadero.

Posiblemente el polémico y a veces pasional tema de los grandes trasvases, se resolvería pacíficamente por estas vías si se analizasen comparativamente¹² los costos energéticos de las distintas alternativas, incluyendo las analizadas también en el presente trabajo: desalación y reutilización.

1.4. El balance social

La elección de la óptima solución para la política hidráulica es particularmente intrincada en cuanto que debe previamente asumir determinadas prioridades que contrarrestan o postergan, consideraciones de base puramente económica, o de eficacia gestora, lo que implica además la selección del espacio administrativo idóneo «para proponer acciones dirigidas a obtener la máxima eficiencia y la óptima asignación de recursos a necesidades de forma técnicamente adecuada, económicamente viable, legalmente pertinente, socialmente aceptable y políticamente consistente»¹³.

F. Aguilera¹⁴ asume explícitamente la tesis de J. Naredo¹⁵ de que «no hay una buena asignación de recursos o un óptimo económico a descubrir, sino muchos, según cuáles sean los presupuestos éticos, institucionales y en general ideológicos de que se parta» lo que encaja perfectamente en la consideración ya apuntada del derecho al abastecimiento de agua como un derecho fundamental y a su reconocimiento de este insumo como bien patrimonial de la humanidad¹⁶.

La trascendencia sociocultural de las distintas opciones sobre el agua explica la alta emocionalidad que acompaña a la selección de determinadas alternativas, como es el caso de los trasvases. Es significativo que el principal opositor al trasvase de aguas del Ebro a Cataluña hayan sido intelectuales rigurosos como P. Arrojo¹⁷ que han hecho a este tema en ge-

¹² Como ha propuesto sin éxito reiteradamente el Instituto del Agua de la Universidad de Alicante.

¹³ Me remito a mi estudio «Aportaciones legislativas a la resolución de los conflictos hídricos», en *Revista de Administración Pública*, núm. 149/1999, pp.8 y ss. También «El agua: bases institucionales», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic*, núm. 24/1998, con base en W. WALTON, *Water Mangement. Basic Issues*, OCDE, París 1972.

¹⁴ «Agua, economía y medio ambiente: interdependencias físicas y la necesidad de nuevos conceptos», *Revista de Estudios Agro Sociales*, núm. 169/1994, p.121.

¹⁵ *La economía en evolución*, Siglo XXI, Madrid, 1987, pp.261.

¹⁶ Vid. R. PETRELLA, «Manifiesto del agua», en *Revista Valenciana d'Estudis Autònomic*, núm. 24/1998, separata, pp. 29.

¹⁷ Vid. de este autor entre otros *El agua a debate desde la Universidad*, pp. 25 y 291, Congreso ibérico sobre planificación y gestión de aguas, 14-18 julio 1998, Zaragoza. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Planificación y nuevos regadíos. Problemas jurídicos de la cuenca del Júcar*, Albacete, 1994.

neral aportaciones teóricas meritorias, de indudable racionalidad, que no han podido substraerse a estos sentimientos, que también se han manifestado en otras regiones. Todo ello explica que ciertos líderes hagan del aprovechamiento de los cursos que nacen o cruzan su territorio, una bandera de gran atractivo político, que quizás no se sustenta en estrictos términos económicos, que reclaman la creación de nuevos regadíos en climas fríos y para productos de escaso valor añadido y menor demanda en los mercados.

Esta opción, como la que postula, y a la que me adhiero, la necesaria subvención de la UE a la agricultura del sur de Europa, está pensando en el bienestar de los campesinos, en su enraizamiento en el medio, en la conservación del «folklore», de las raíces culturales en suma, de colectividades hoy predominantemente urbanas. Análogas consideraciones predominan, quizás sólo subliminalmente, en la crítica de nuevos trasvases críticamente contestadas, por parte de observadores asépticos y racionalistas, para quienes teóricamente podría parecer ininteligible, la insistente demanda de ampliación de zonas regables carentes de perspectivas económicas, sobre todo si los usuarios tienen que pechar con precios que recojan el coste integral del agua tras interiorizar el de las obras que han sido necesarias para que esta llegue a los nuevos terrenos regables.

2. Trascendencia del proyectado Plan hidrológico nacional

La Ley de aguas de 1985 prevé la aprobación de planes hidrológicos de cuenca y de un plan nacional que les preste cobertura básica y sienta los criterios comunes. En 1993 se intentó llevar a la realidad estas previsiones pero pese a que probablemente en el Consejo Nacional del Agua se contaba con votos suficientes, el Gobierno de entonces no siguió adelante ante la oposición rotunda de las comunidades autónomas que tenían agua, a cederla a las que carecían de recursos suficientes, para lo que se utilizó el pretexto, a todas luces farisaico, de que se debían conocer previamente las necesidades en origen, plasmadas en los planes de riego para las respectivas comunidades¹⁸, con el larvado propósito de agotar en la cuenca de procedencia todas las disponibilidades existentes.

Posteriormente, el actual Gobierno con la tranquilidad y autórta democrática que le proporciona su mayoría parlamentaria, ha procedido a impulsar el proyecto de Plan hidrológico nacional, que prevé unas inver-

¹⁸ Criterio éste que se plasma visualmente en la conocida metáfora del «carro y los bueyes» y que fue adoptada por el Consejo Nacional del Agua, al que asistió en calidad de representante de las universidades, en que éste escribe.

siones del orden de 3 billones, de los cuales un tercio corresponde a modernización de regadíos en Andalucía y Aragón.

El plan que comprende, con centro en Tortosa, un eje Barcelona-Almería, va acompañado de un proyecto muy elaborado de trasvase desde el delta del Ebro-Almería de 4000 hectómetros cúbicos, y al que nos referiremos aquí sumariamente en relación con los siguientes aspectos:

Económicos

Es razonable que el agua disponible se lleve a las zonas donde su rentabilidad es mayor, caso del área mediterránea donde por una parte se asienta una densa comunidad turística, y de otro se practica una agricultura, fuera de temporada, de gran aceptación en Europa.

Sociales

El Plan hidrológico, en los términos que hemos postulado para la política europea del agua, no se decanta por un puro economicismo que abandonaría a su suerte a los agricultores que cultivan en condiciones menos propicias. Como hemos visto se prevé la modernización de la mayoría de los regadíos interiores y sobre todo en el proyecto se cuenta con que los regantes con agua de nuevos trasvases paguen a las comunidades de origen un 10% de las tarifas abonadas por los regantes.

Ambientales

Toda acción humana y más aún una obra de las características de las que analizamos, tiene una trascendencia ambiental evidente. En nuestro caso está el tema de los embalses cuya negativa trascendencia ambiental es conocida, en término de irrupción de cursos, ocupación de valles, alteración de ecosistemas, etc. Parece que en los nuevos proyectos están implicados 114 embalses, aunque sólo 70 serán los realmente construidos, lo que no es poco. Menor importancia tiene la intrusión salina del Delta donde se hace la toma.

Debe recordarse que no todo son perjuicios de esta índole, el agua es vida y la retención de la que de otra forma iría directamente al mar, es enormemente positiva para territorios áridos como son la mayoría de los peninsulares. Las presas pueden además evitar grandes catástrofes ocasionadas por desbordamientos y riadas y regular positivamente el uso del agua. Recordemos que el agua se integra en un ciclo constante que incluye al mar como destinatario final y máximo regulador.

El precio resultante

Además de las consecuencias generales de carácter económico de las nuevas andaduras de la ordenación del agua, es importante conocer el montante de los precios finales. De las informaciones que de momento

se manejan¹⁹ resulta que el coste de la operación se cifra en 700.000 millones de pesetas de los cuales 300.000 aportados por los usuarios, 200.000 por la UE y 200.000 por privatizaciones, aunque no sabemos bien cómo se materializarán estas últimas aportaciones.

El precio medio del agua puesta al comienzo de la red en cada zona sería, según las indicadas fuentes, de 50 pts m³ cuyos rendimientos se aplicarían aproximadamente el 50% a gastos de amortización al 4% en 50 años, 10% gastos de administración, 5% compensación a otras cuencas. El resto supone la factura energética.

Los costes manejados, intuitivamente, se nos antojan conservadores y aventurados dado el dilatado e imprevisible período de materialización de la obra, pero aun así los usuarios tendrán que pagar además de la tarifa que vienen satisfaciendo por el agua, una media de 72 pts metro cúbico, el coste saldría, según el indicado informe a 122 pts lo que no podrán asumir los regantes, por lo que las fuentes del Ministerio de Medio Ambiente que han hecho estas evaluaciones reconocen resignadamente, que las tarifas para usos no domésticos «tendrán forzosamente que recibir subvenciones», lo que no gustará mucho a los partidarios de una nueva ética de los usos del agua²⁰ y a la propia Unión Europea partidaria de la recuperación integral de los costes.

3. Dos nuevas coordenadas tecnológicas: reutilización de aguas residuales y desalación de aguas marinas

Creemos que las regiones con escasos recursos hídricos propios, pero con una climatología térmicamente grata, pueden proceder a su obtención, vía artificial, con costos más elevados, pero que pueden ser asimilados por las actividades que así se abastecen, de alto valor añadido: cultivos fuera de temporada y turismo también invernal.

Estas posibilidades que merecieron la atención de nuestros más perspicaces hidrólogos²¹ se complementan con otras medidas obvias, como la mejora de la infraestructura de distribución del agua para el abasteci-

¹⁹ Tomadas de *El País* en el, excelente por cierto, informe elaborado por I. G. MARDONES, «El reparto del Agua», Madrid, 5 de septiembre 2000 p. 26.

²⁰ Me remito a las notas de R. LLAMAS sobre el artículo «La gestión privada del agua», *Cauces*, núm. 98 mayo-junio 2000.

²¹ Vid. R. LLAMAS, «El agua urbana en el siglo XXI: Futuros problemas y posibles soluciones», en *Revista de Obras Públicas*, núm. 3358/1996 y F. AGUILERA KLINK, «Agua, economía y ambiente: interdependencias físicas y la necesidad de nuevos conceptos» en *Revista de Estudios Agro-Sociales*, núm. 167/1994, pp. 125.

miento urbano, incluido su control por contadores y sobre todo mediante el ahorro en regadíos, destino este que como es sabido absorbe el 80% de los recursos empleados.

Con ello podría obviarse, parcialmente, la tediosa polémica sobre nuevos trasvases haciendo más fácil la aprobación de los sucesivos planes hidrológicos, nacionales y de cuenca, y sobre todo se contaría con un equipamiento adecuado para afrontar los desequilibrios hídricos que con toda seguridad se van a producir en el futuro, lo que ratifican definitivamente los ahora detectados cambios en los casquetes polares²², del cambio de clima producido por el efecto invernadero.

Ello no quiere decir que haya que prescindir de la valoración de los trasvases ya en funcionamiento, y de las ampliaciones previstas mediante captaciones próximas a la desembocadura de algunos ríos, caso del Júcar y del Ródano, o en estos momentos el Ebro.

Indudablemente que el cambio del sistema propuesto supondrá costos adicionales para los usuarios, pero estos, se supone, que no tendrán inconveniente a pagar una cantidad adicional por la seguridad en el suministro, que podrían recargar en el precio del agua, en el caso del agua de consumo industrial y doméstico, en aplicación del principio contaminador pagador, y el del riego por las ventajas adicionales que supone la utilización de agua con menor grado de salinidad, en este último caso, partiendo de que en las explotaciones más rentables, bajo plástico y con goteo, los consumos se reducen considerablemente.

3.1. La reutilización de aguas residuales

Para poder aprovechar nuevamente estas aguas, es decir aquéllas que han sido previamente empleadas para usos domésticos o industriales, es preciso sanearlas adicionalmente, lo que en estos momentos no tiene límites técnicos sino económicos.

a) Aspectos técnicos

El agua más contaminada que pueda imaginarse, es susceptible de depuración integral, a través quizás de un proceso simple, su evaporación y licuefacción posterior, más compleja pero no menos efectiva que es la alternativa de la osmosis inversa aquí defendida.

Aunque el tratamiento de las aguas usadas es rigurosamente contemporáneo y va de la mano de los progresos en la ingeniería sanitaria, su recogida por medio de colectores se practicó ya en la época de Roma, la

²² Vid. M. ASENSIO, «El deshielo de los polos afecta al clima global» en *Crónica del medio ambiente*, NOVARTU, 1999 pp. 71 y ss.

cloaca máxima de la capital del Imperio aún está en servicio y tuvo como cuestor a Plinio el Joven.

Desde finales del siglo XIX se ha venido prosperando en las técnicas de depuración pero rara vez se ha pasado del tratamiento biológico secundario al terciario y quizás cuaternario, osmosis inversa ya aludida, que permitiría sin riesgos sanitarios el consumo humano, lo que no tiene interés económico por el momento.

La problemática de la utilización del agua se reconduce a la postre como se ha adelantado, a planteamientos energéticos, es decir, si el hombre no puede aprovecharse directamente de los sistemas naturales que se utilizan para los desplazamientos hídricos, vía energía solar o cinética, debe sustituir estos insumos por otros equivalentes pero costosos. Es por ello por lo que en buena lógica se trasladan al agua proposiciones largamente aceptadas, detectándose como tónica generalizada el especial énfasis en la conservación y en los cuidadosos usos de los recursos, que aunque en algún país puedan aparecer con generosa profusión, no son tan abundantes si se tienen en cuenta las operaciones técnicas implicadas y el logro y mantenimiento de la calidad necesaria para su utilización.

La conservación del agua como la de la energía implica la modificación de ciertas pautas sociales e individuales de comportamiento y la alteración de algunos dispositivos tradicionales al objeto de conseguir disminuir la demanda, restringiendo el consumo bruto, pero manteniendo el mismo nivel de satisfacción, o si es necesario, rebajando también cuantitativa y cualitativamente las aplicaciones. Se trata en definitiva, de obtener eficiencia y ahorro en la disposición de este precioso líquido.

Lo que realmente se plantea en estos momentos con la reutilización del agua es hacer posible su empleo para riego sin que ello implique riesgos sanitarios para los futuros consumidores de los productos regados: hortalizas, verduras de consumo fresco, o como insumo de otras actividades, golf sobre praderas regadas con estas aguas, plantación y conservación del arbolado.

Los primeros intentos de aprovechamiento de las aguas residuales se van a dar en California donde se concitan las condiciones idóneas ya enunciadas para este tipo de experiencias: actividades económicas de gran valor añadido y precipitaciones escasas, a lo que se ha sumado posteriormente el hecho de haber resultado inviable la ampliación de los recursos, ante la oposición ecologista a los trasvases desde la zona de Nevada, y la adhesión de la población al rechazo, perdiéndose un referéndum convocado por los partidarios de la continuidad en esta política.

Lo que hoy se plantea mundialmente es la intencional aplicación de las aguas con vistas a su inmediata reutilización, dando a los mismos volúmenes físicos, el mayor número de vueltas posibles. Teóricamente, como ha demostrado la NASA, es factible recircular al máximo los sub-

productos hídricos recuperándolos, para los mismos, u otros usos, sin más mermas que las naturalmente derivadas de la evo-transpiración y fijación, pero es claro que hay un límite económico a estas posibilidades²³.

Antes de profundizar, siquiera sea someramente en este tema, conviene hacer algunas precisiones terminológicas.

■ *Reutilización*. También calificada como reúso, remite sin más al ulterior aprovechamiento de un agua que habría sido previamente consumida según la filosofía convencional. No prejuzga la calidad del agua aunque normalmente ésta será la adecuada a los requerimientos del nuevo uso.

■ *Reciclaje*. Se alude con ello habitualmente a la reutilización del agua para el mismo uso, en el contexto de una industria o de una instalación energética. El ejemplo más significativo es el aprovechamiento en circuito cerrado del agua empleada para refrigeración.

■ *Recuperación*. Supone la obtención de un agua de superior calidad a la resultante de su uso previo. La recuperación tiene presente los requerimientos que desde el punto de vista sanitario o industrial se derivan del nuevo uso, bien se pretenda obtener agua potable directamente, o agua empleada para el riego cuyos componentes se incorporarán a la cadena trófica.

En EE.UU. la conservación del agua, se planteó oficialmente como preocupación federal a partir de la Directiva del presidente Carter al Congreso en 1978, estimándose que el agua reciclada podía dejar 3.276 millones de m³ directos y la recuperada 17 millones²⁴. Dentro de USA, fue en California, como puede esperarse, donde había más expectativas al respecto, pretendiéndose conservar por estas vías en el año 2000, tres mil millones de m³ al año, de los cuales 740 procedentes de aguas residuales urbanas.

Antes, en 1971 el Gobierno de este Estado creó un centro de evaluación de tratamientos y en 1980 estableció un fondo especial para financiar las investigaciones, sin que los logros fueran convincentes. La experiencia de la Universidad de California es aún más dilatada y se remonta a enero de 1952, fecha en que se instalaron los laboratorios de conversión del agua del mar, tampoco sin espectaculares avances, consistentes básicamente en la incorporación de algunas mejoras en los procesos ya conocidos de desalinización por evaporación.

La decisión viene además determinada por las circunstancias ambientales de las zonas donde se proponen este tipo de operación. Donde

²³ Vid. MARTÍN MATEO, «El agua. Bases institucionales» en *Revista Valenciana de Estudios Autonómicos*, núm. 1/1985, pp. 24 y ss.

²⁴ MADACY, 1981.

exista abundancia de recursos hídricos puede prescindirse de la reutilización *per se* por el contrario la meteorología es adversa y la demanda rígida será aconsejable recurrir a estas prácticas.

Este es el caso de Israel donde el 95% de los recursos están ya aprovechados y es inviable la ampliación del agua disponible, por lo que ya se viene haciendo uso sistemático de aguas previamente utilizadas, recicladas o no, según el destino²⁵.

b) Régimen jurídico. Situación precedente

Según el Reglamento de dominio público hidráulico de 1986, artículo 272/2, se entiende por reutilización directa de aguas la que incide sobre las que habiendo sido ya utilizadas por quien las derivó y antes de su devolución a cauce público, son aplicadas a diferentes usos sucesivos.

La reutilización de las aguas residuales no se planteaba en cuanto tal por la legislación anterior a la Ley de aguas 29/1985 que únicamente afrontaba, polémicamente por cierto, la definición de la propiedad de las aguas sobrantes de las cloacas y establecimientos públicos que serían de titularidad municipal según la Ley de aguas precedente y del dominio público según el Código civil, artículo 417. La jurisprudencia en épocas ya más recientes había venido sosteniendo, el carácter público de estas aguas²⁶ lo que no se discute, aunque ello no quiere necesariamente decir que sean del dominio público estatal²⁷, como ha venido insistiendo el MOPU enfrentándose, en el Levante precisamente, con la oposición de los ayuntamientos que reclamaban la disponibilidad de las aguas por ellos tratadas.

Particularmente me he adherido a las tesis municipalistas por entender que el agua depurada es un producto de la industria y no de la naturaleza y además en nuestro caso una consecuencia inseparable de un servicio público local, lo que responde a supuestos muy distintos de la obligación de devolver a los cauces aguas de aceptable calidad que afecta a los concesionarios de los aprovechamientos²⁸.

La Ley de aguas en su versión precedente zanjaba con aparente rotundidad esta polémica al establecer que en el caso de que la reutilización se

²⁵ Vid. KNEESE, «Israel Water Policy», en GOLANY, *Arid zone settlement Planing. The Israel Experience Pergamon*, Nueva York, 1979.

²⁶ Sentencias de 10 de octubre de 1960, 26 de febrero de 1964 y 13 de mayo de 1969.

²⁷ T. RODRÍGUEZ PARADINAS, «La contaminación del agua» en *El Campo*, núm. 96, 1986.

²⁸ Vid. sobre la reutilización como servicio público local. C. González-Antón, *Los servicios públicos locales de agua. Régimen jurídico de su gestión integrada*. Caja España, León, 1997, pp. 133 y ss.

lleve a cabo por personas diferentes del primer usuario se considerarán ambos aprovechamientos como independientes y deberán ser objeto de concesiones distintas²⁹. Este posicionamiento que entendemos no debería afectar a los aprovechamientos previamente existentes y a los derechos de reutilización ya reconocidos, puede dar lugar a situaciones de injusticia notoria e incluso producir resultados contrarios a los pretendidos por la ley al abandonarse depuraciones tendentes a obtener agua de más calidad, ante la imposibilidad de recuperar los costos.

Es decir los municipios o los urbanizadores podrán emplear para riego de jardines por ejemplo el agua por ellos depurada, pero no cederla a agricultores mediante precio, tal como se venía haciendo en algunas zonas del país, abaratándose así la depuración.

La ley preveía no obstante que «los titulares concesionales podrían incorporar las condiciones para la protección de los derechos de ambos usuarios».

Una comprensión más generosa de lo que se considera reutilización por el primer usuario, permitiría que los municipios, lo que parece lógico, utilizaran aguas residuales procedentes de caudales por ellos tratados para suministros a sus vecindarios, para usos distintos del consumo humano, lo que incluiría también, dentro del término, el abastecimiento para riegos.

La solución de estos problemas podía venir de la mano de la concesión al propio municipio de las aguas por él depuradas que a su vez las vendería a los usuarios finales, mejor quizás a través de una sociedad interpuesta. De todas formas, aunque desde luego tales posibilidades deban contemplarse en los planes, no se justificaba el que aguas obtenidas mediante procesos artificiales y que no se devuelven a su cauce, deban tener un régimen estricto de dominio público estatal. Recordemos las competencias autonómicas sobre las aguas que discurren en su territorio por cauces artificiales.

La ley determinaba además, lo que parecía razonable, que el Gobierno establecería las condiciones básicas para la reutilización directa de las aguas, es decir cuando estas no vuelven a un medio acuático natural del que pueden ser nuevamente captadas, en función de los procesos de depuración, de su calidad, y de los usos previstos.

La meta ideal, teóricamente, debería ser, a partir del tratamiento decidido, conseguir aguas de pureza aceptable para ser utilizadas directamente. En algún caso se han conseguido tales objetivos, pero aunque se trabaja en esta dirección, parece que no existe una tecnología de tratamientos terciarios sofisticados que permita resultados económicamente

²⁹ Artículo 101 de la ley y 272 del reglamento.

viables³⁰. Algunos intentos como los llevados a efecto en naciones como el Japón, con gran déficit de agua y elevados niveles de polución, para reutilizar aguas tratadas por algunos procesos industriales que exigen refrigeración, no han dado resultado satisfactorio por los deterioros del utillaje, si bien en Inglaterra se consiguieron progresos en este sentido considerándose la eventualidad de que ante la elevación del coste del agua se emprendan más amplios y completos programas para su recuperación y reciclaje.

Si las aguas tratadas se vierten nuevamente a los cauces, donde se operará el proceso adicional natural de recuperación, pueden entonces ser aprovechadas para el abastecimiento industrial o doméstico, bien directamente aguas abajo, bien a través de filtrados y ulteriores tratamientos. En ese sentido son de destacar los procesos históricos seguidos para el abastecimiento de aguas de la zona del Rhur, siguiendo la lógica estricta del ciclo, partiendo de la unidad hidráulica, lo que permitía captar los caudales necesarios a partir de bombeos del manto subálveo alimentado por aguas someramente tratadas³¹.

El Reglamento de dominio público español establece que «En todos los casos de reutilización directa de aguas residuales se recabará por el organismo de cuenca informe de la autoridad sanitaria que tendrá carácter vinculante»³².

Personalmente he prestado escasa atención a este precepto ya que en lo que respecta al empleo de estas aguas para riego, que es la aplicación principal, o más bien la única de una cierta entidad y continuidad, dudo que estos controles tengan la continuidad necesaria, no valdría el que de una vez por todas se practicasen análisis por las oficinas de farmacia u otros centros sanitarios, ya que las condiciones son cambiantes. Además la calidad exigida depende del tipo de cultivos y debería tener presente también los efectos previsibles para concretas plantas y árboles³³.

³⁰ Vid. históricamente sobre este tema ALEXANDRE, *De l'eau potable a partir des eaux urbaines, en Nuisances et Environnement*, junio 1974, pp. 27 y ss. Por algún especialista se había llegado, no obstante, a afirmar que ya no se vuelve hacia la reutilización de las aguas después de ciclos sucesivos en la industria, DUBOIS, *Esquema regional de lucha contra la contaminación, en Contaminación y Prevención*, núms. 8-9, 1973, pp. 37.

³¹ Vid. KOENING, RINCKE, IMHOFF, *Water Refuse in the Rhur Valley with Particular Reference to 1959 Drought Period*, Fifth International Conference on Water Pollution Research, San Francisco, 1960.

³² Artículo 272-3 del Reglamento de dominio público hidráulico de 1986.

³³ En general sobre la reutilización de aguas residuales me remito a mis trabajos. *La ordenación hídrica en Alicante*, MARTÍN MATEO, C. JUÁREZ, C. BRU, *El reto del agua*, Diputación de Alicante, 1989, pp. 203 y ss. y *Tratado de Derecho Ambiental vol. II*, Trivium, Madrid, 1992, pp. 77 y ss.

Desgraciadamente, las aguas que se devuelven a los cauces, aunque como es el caso español, exista una legislación suficiente y exigente, no siempre están en un estado admisible pese a los dictados de la Directiva 91/271 del Consejo de 21 de mayo y la aprobación en febrero de 1995, del Plan nacional de saneamiento y depuración³⁴ y a que la normativa española, estatal y autonómica, encabezada por el Real decreto-ley 11/1995 de 28 de diciembre que traslada la directiva citada³⁵ constituye un cuadro normativo, satisfactorio, impecablemente ordenado por cierto por T. Quintana López³⁶.

No creo que sea una excepción aislada la catastrófica situación del Segura, que es el río que mejor conozco que ha determinado la creación de una Comisión Pro Río que trabaja por su nada fácil regeneración, lo que se trata de evitar con análisis sospechosamente optimistas, pese a lo palmaria de su contaminación, que produce olores insoportables a su paso por algunas localidades como Orihuela³⁷.

En cuanto al resto de la Comunidad Europea se constata que el 30% de la carga contaminante se vierte sin cumplirse con la directiva³⁸. Aunque ello no suponga ningún consuelo sino todo lo contrario, en otros medios la situación es dramáticamente peor, así 3 millones de personas mueren al año en los países menos desarrollados por la insalubridad de las aguas, y 1200 millones carecen de agua potable³⁹, la malaria y el cólera han reaparecido en los países del este de Europa por la mala calidad del agua⁴⁰.

c) *La reutilización en la Ley 46/1999 de 13 de diciembre de modificación de la de aguas 29/1985*

La Ley de reforma de la vigente normativa de aguas, apuesta definitivamente desde su exposición de motivos, por las nuevas coordenadas aquí asumidas, expresando que: «La experiencia de la intensísima sequía, padecida por nuestro país en los primeros años de la década final de este

³⁴ Por acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de febrero de 1995.

³⁵ Operación ésta en la que personalmente he participado como experto, si bien no se atendió mi propuesta de no respetar la literalidad de la expresión francesa, que allí tiene tradición, «aglomeraciones urbanas».

³⁶ De este autor «Aproximación a la regulación sobre saneamiento de las aguas residuales», en *La Ley*, núm. 4371/11 de septiembre 1997.

³⁷ Según la prensa local la Confederación reconoce ante el juez menos de 50 vertidos mientras que el Plan de cuenca del Segura contabiliza 880. En el año 1962 esta cifra era de 1538, *Información*, 2 de marzo 2000, pp. 17.

³⁸ *El País*, Comunidad Valenciana, 27 de marzo de 2000, pp. 3.

³⁹ *El País*, 17 de marzo de 2000, pp. 38.

⁴⁰ *El País*, 20 de marzo de 1999, pp.22.

siglo, impone la búsqueda de soluciones alternativas, que, con independencia de la mejor reasignación de los recursos disponibles, a través de mecanismos de planificación, permitan, de un lado, incrementar la producción de agua mediante la utilización de nuevas tecnologías, otorgando rango legal al régimen jurídico de los procedimientos de desalación y de reutilización».

Pero pese al transcrito alegato el régimen precedente de la reutilización no cambia substancialmente, se mantiene prácticamente el primer párrafo del artículo 101, que dice así: «El Gobierno establecerá las condiciones básicas para la reutilización de las aguas, precisando la calidad exigible a las aguas depuradas según los usos previstos», añadiéndose que «La reutilización de las aguas procedentes de un aprovechamiento requerirá concesión administrativa como norma general».

La flexibilización introducida por el segundo párrafo del mismo artículo en cuanto prevé excepciones a la regla general concesional permite mantener, o reformar, el casuismo que recogen los artículos 272 y 273 del actual Reglamento de dominio público hidráulico reforzando los derechos de los ayuntamientos que son los que han sufragado los gastos de la depuración y parece lógico que se resarzan en parte de sus desembolsos con la venta del agua depurada, tal como he venido solicitando personalmente⁴¹.

La nueva redacción introducida en los párrafos del artículo 101 de la ley posibilita que los municipios mediante autorización administrativa, asuman la reutilización de las aguas por ellos depuradas. Esta novedad ha sido acogida con alborozo por la doctrina, al constatarse que es de extraordinario interés para los ayuntamientos, en cuanto que además de las ventajas económicas así obtenidas se cierra el ciclo integral del agua: «captación, potabilización, distribución, alcantarillado, depuración y reutilización». Sin embargo la disponibilidad municipal del agua resultante puede quedar teóricamente recortada por las limitaciones del mercado que establece ahora la Ley de aguas, vía control de transferencias.

Además por vía contractual, y autorización administrativa, inversamente, los reutilizadores se pueden hacer cargo de la depuración, lo que permitiría adaptar técnicamente ésta a las demandas de los regantes, por ejemplo, aunque se mantienen las reservas antes apuntadas.

Se parte, entendemos, del concepto de la reutilización directa del Reglamento de dominio público artículo 272.2 que considera como tal la que partiendo de aguas utilizadas ya por el que las derivó y antes de su devolución al cauce, fueran aplicadas a otros diferentes usos.

⁴¹ Vid. A. FANLO, «La reforma de la Ley de Aguas y las Entidades Locales: especial referencia a la articulación de competencias concurrentes» en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 16, 2000, pp. 344.

La clarificación definitiva de esta normativa sólo se producirá cuando el Gobierno dicte, en el plazo de un año, el real decreto legislativo previsto en la disposición final segunda de la Ley 46/1999.

3.2. Potabilización del agua del mar y de las aguas salobres interiores

Teóricamente la transformación del agua del mar, lo que es extensible a las aguas salinizadas interiores, en agua potable, o al menos relativamente potabilizada, acabaría con todos los problemas dada las prácticamente ilimitadas posibilidades de recursos que por aquí se obtendrían.

Esta alternativa ofrecía hasta hace poco grandes inconvenientes debido a los costos implicados tanto en energía como en equipo e instalaciones, por lo que incluso en países con apremiantes necesidades hídricas como Israel se llegó a la conclusión de que en términos económicos era preferible la reutilización, habiéndose avanzado que no sería previsible que en esta centuria la desalinización se incluyese en el balance hídrico⁴², al no existir a la vista nuevas tecnologías que puedan influir en el abaratamiento de estas operaciones.

Estas pesimistas anticipaciones han sido desautorizadas, felizmente, por los progresos tecnológicos, especialmente mediante la utilización de los sistemas basados en la osmosis inversa, es decir empleando membranas especiales que posibilitan la inversión del sentido natural de la osmosis.

El principal inconveniente de esta tecnología es su alto consumo energético, lo que ha hecho que en Las Palmas, donde el abastecimiento urbano se realiza mediante desaladoras desde 1970, la empresa concesionaria prefiera comprar agua para riego, lo que ha afectado duramente a la agricultura. Pero este inconveniente es artificial, derivado de la existencia de un cuadro concesional inadecuadamente rígido, que impide la efectividad del funcionamiento real del mercado.

Uno de los más importantes expertos en la materia⁴³ cifraba el coste medio actual para el m³ de agua marina desalada por este procedimiento, en 135 pts, bajando a 30-40 pts m³ si se trata de agua salobre. Estos costos son perfectamente asumibles para cultivos de primor, fuera de temporada y también para abastecimientos turísticos y urbanos en general.

En cuanto a los costos ambientales, aunque faltan estudios concretos, parece razonable estimar que la energía empleada será menor que la re-

⁴² KNEESE, «Israel Water Policy» en GOCANY: *Arid Zone Settlement Planning, The Israel Experience*, Pergamon, New York, 1979.

⁴³ Me remito a las investigaciones llevadas a efecto por el director del Instituto del Agua de la Universidad de Alicante, Daniel Prats sobre *Actuaciones posibles para incrementar los recursos de agua con independencia de los trasvases*, Alicante, abril, 2000.

querida para la construcción de la infraestructura necesaria para los trasvases, más la impulsión del agua.

El principal problema ambiental es el de los rechazos producidos, es decir, las sales separadas obviamente deben devolverse al mar de donde salieron cuando la materia prima es agua marina. En mares muy batidos no hay problema de dilución, lo que tardará en producirse en el Mediterráneo, pero a la larga estos residuos se reintegrarán a su medio de origen, lo que por cierto sucederá también con el agua desalada, dadas las conocidas características del ciclo hidrológico. Quizás en algunos casos sea aconsejable distanciar los vertidos de la costa mediante emisarios submarinos.

Un problema local adicional es el de vertidos producidos en áreas ocupadas por plantas marinas de alta estima como las poseidonias, aunque éstas viven ya en medios de alta salinidad, la que en principio no debería ser un obstáculo insalvable pero debe reconocerse que no hay aún estudios al respecto.

En cuanto a la desalinización de acuíferos interiores salinizados, el destino normal de las sales separadas debe ser también el mar, para lo que habría de construirse una red adecuada de «salmueraductos».

La desalación, en condiciones geográficas favorables es una técnica sólidamente implantada, aunque desigualmente. El 61% de los volúmenes producidos está en el Oriente Medio, el 16% en EEUU y el 7% en los países árabes mediterráneos.

En España hay en construcción 2 plantas en Canarias con 55.000 m³ día, una en Palma de Mallorca de 42.000, m³/día, Almería 50.000 m³/día, Cartagena 65.000 m³/día, Alicante 50.000 m³/día, Melilla 15.000 m³/día y Jávea 20.000 m³/día⁴⁴.

a) Régimen jurídico

La primera disposición adoptada en este ámbito de actividades ha sido el Real decreto 28-7-1995 núm. 1327/1995 del Ministerio de la Presidencia, una norma de escaso soporte tecnológico, marcada por la desconfianza y el intervencionismo estatal ignorando las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas en materia de tutela ambiental.

Con arreglo a este real decreto se requiere en todo caso concesión administrativa para la desalinización, lo que corresponderá a los organismos de cuenca cuando se pretende obtener una producción de menos de 500.000 m³ y al Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, si es superior a 500.000 m³, cifra ésta por cierto muy modesta, re-

⁴⁴ Información que tomo de D. PRATS, *Actuaciones posibles cit.* El número de instalaciones en construcción sigue creciendo.

cordemos que las plantas hoy en construcción pueden conseguir este volumen en sólo días de funcionamiento.

El decreto ley mencionado puede considerarse virtualmente derogado por la Ley 46/1999 de reforma de la Ley de aguas que parte de un principio totalmente opuesto a saber el de la libertad de desalación de aguas marinas, creándose al respecto un nuevo capítulo, en el título I rubricado: *De las aguas procedentes de desalación* y adicionándose un nuevo artículo 12 bis que dice así:

«Cualquier persona física o jurídica podrá realizar la actividad de desalación de agua de mar, previas las correspondientes autorizaciones administrativas respecto a los vertidos que procedan a las condiciones de incorporación al dominio público hidráulico y a los requisitos de calidad según los usos a los que se destine el agua.»

«Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales que sean precisas de acuerdo con la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, y las demás aplicable si a la actividad de desalación se asocian otras actividades industriales reguladas, así como las derivadas de los actos de intervención y uso del suelo.»

A efecto de la intervención administrativa procedente debe por tanto distinguirse entre desalación de aguas marinas y de aguas salobres, captación de las aguas correspondientes y vertido de las salmueras resultantes.

La captación de agua del mar para su desalación no está sujeta a restricción volumétrica alguna, lo que es lógico, la abundancia de este recurso hace innecesario tener mayores cautelas. Otra cosa será que para su extracción del mar deban ser situados sobre el dominio público equipos e infraestructuras que requieran autorización de acuerdo con lo previsto en la Ley de costas.

El liberal y sensato talante, que anima la redacción dada por la Ley 46/1999 artículo comentado podría quebrar estrepitosamente con una interpretación literal de la adición de un nuevo apartado e) al artículo 2 del Reglamento de dominio público hidráulico que dice así:


«Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar una vez que, fuera de la planta de producción, se incorporen a cualquiera de los elementos señalados de los apartados anteriores».

Estos elementos son: «las aguas continentales superficiales y subterráneas renovables, los cauces y los lechos con los que, a la postre, las aguas así obtenidas pasarían al dominio público.»

Es evidente que la salida de la planta de las aguas desalinizadas no las transforma sin más en aguas continentales, habrá que esperar a su primera utilización para poder detectar una real incorporación al ciclo, y aún así puede que ello no se produzca si se reciclan por sus destinatarios, recordemos las reservas expresadas al respecto sobre la reutilización. La

misma conclusión vale para el caso de que se consuman en su totalidad, incorporándose a un ciclo industrial, que genera vapor, lo que sucederá también con el agua embotellada acondicionada para el consumo humano o formando parte de otros productos, bebidas por ejemplo. Sólo después que estas últimas aguas transiten por los organismos biológicos de sus consumidores, la incorporación prevista se producirá, lo que es predicable también de las aguas absorbidas por las plantas regadas.

En cuanto a las salmueras generadas, si éstas vuelven al mar no precisarán de otra autorización que la que corresponde a las comunidades autónomas, competentes para intervenir los vertidos al mar en el ámbito de las aguas interiores, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 de 4 de julio sobre la Ley 22/1988 de 27 de julio de costas.

Está sometido al régimen concesional ordinario la captación y en cuanto a la autorización para el vertido, el proceso de desalación de aguas interiores salobres, siendo competentes al respecto las confederaciones hidrográficas. Recordemos que para la cuenca del Segura rige lo establecido por el Real decreto 3/1986 de 30 de diciembre sobre medidas urgentes para la ordenación de aprovechamientos hidráulicos, declarándose reservados los recursos potenciales de aguas subterráneas hasta la aprobación del plan hidrológico correspondiente, salvo que no se sobrepasen los 7.000 metros cúbicos anuales. 

PRINCIPIOS Y FUNCIONAMIENTO DE LA LEY DE ARBITRAJE

Luis Felipe Ragel Sánchez

Catedrático de derecho civil
Universidad de Extremadura

1. El arbitraje como alternativa al ejercicio judicial de los derechos

Hace muchos siglos que los gobernantes se dieron cuenta de que resultaba muy peligroso que los particulares ejercieran extrajudicialmente sus derechos, pues, a la postre, eso venía a consagrar la ley del más fuerte, efecto pernicioso que la balanza del derecho trata de contrapesar. El ejercicio judicial de los derechos se considera, por lo tanto, desde hace tiempo, como una muestra del progreso de la civilización. De ahí que nuestro texto constitucional le dedique el importantísimo art. 24 y el también relevante art. 117.3.

Sin embargo, el ejercicio judicial de los derechos tiene importantes inconvenientes. Podemos sintetizarlos en dos:

1º) Su elevado coste económico, pues, aunque se haya eliminado hace unos años en nuestro país el pago de las tasas judiciales, son muy altos los honorarios de los profesionales que intervienen en un procedimiento (abogados, procuradores, peritos, depositarios, etc.), como también lo son otros gastos que generalmente suelen acompañar a los procedimientos civiles, en fase de ejecución de sentencia (anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad, publicación de edictos, etc.).

2º) Su excesiva duración. La lentitud de los procesos judiciales es un mal que existe desde hace siglos. Ya se lamentaba de él Leonardo da Vinci, y nuestro Felipe II trató en vano de ponerle remedio. Las leyes procesales suelen imponer plazos inflexibles a las partes, pero no a los órganos judiciales. De ahí que sea perfectamente posible que un procedimiento civil tarde varios años, con sus recursos correspondientes, hasta que se consiga la firmeza de la sentencia.

Las alternativas al ejercicio judicial de los derechos son varias¹.

La primera es la *autotutela*, que consiste en la posibilidad de que una persona, designada por una norma jurídica concreta, pueda defender sus derechos, otorgando plena eficacia a su declaración de voluntad y permitiendo en ciertos casos incluso el uso de la fuerza para mantenerla. Los límites para el ejercicio de la autotutela serán marcados en cada caso por la norma –como sucede en el derecho de retención (art. 1600 del Cc.) o con la resolución extrajudicial de la compraventa de inmuebles (art. 1504 del Cc.)– y, a falta de tal norma, deberán asimilarse a los de la legítima defensa penal.

La segunda es la *transacción*, contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado (art. 1809 del Cc.).

Pero puede suceder que las partes no quieran realizar los recíprocos sacrificios que exige la transacción y pretendan únicamente que otra persona, distinta del juez, resuelva la controversia de una manera más rápida y, si fuera posible, más económica. Surge así la figura del *arbitraje*, regulado actualmente por la Ley de arbitraje de 5 diciembre 1988 (en adelante, ley) y por el Real decreto de 3 mayo 1993, referente al arbitraje de consumo (en adelante, real decreto).

Según la Sentencia del T.S. de 26 abril 1999, el fundamento de la Ley de arbitraje es conseguir un laudo que signifique una *pronta y económica solución de una concreta contienda*.

Establece el art. 1 de la ley: «Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición conforme a derecho».

En esta definición está el germen de nuestra exposición, los principios y el funcionamiento de la Ley de arbitraje. Dedicaremos los apartados posteriores a glosarla.

¹ Sobre este tema, véase SILVESTRI, «Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie», RTDPC-1999, pp. 321 ss.

2. Los principios de la Ley de arbitraje

El arbitraje, como alternativa al ejercicio judicial de los derechos, se asienta en los siguientes principios:

- 1º) El procedimiento arbitral se rige, al igual que el proceso judicial al que sustituye, por los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes².
- 2º) La libre disposición de la materia objeto del procedimiento.
- 3º) El amplio margen a la autonomía de la voluntad de los contendientes, en cuanto a la designación de los árbitros y las reglas del procedimiento arbitral.
- 4º) La regla de subsidiariedad de la voluntad de los árbitros para el establecimiento de las reglas del procedimiento distintas de la obligación de dictar el laudo.
- 5º) La posibilidad que tienen los contendientes de abandonar el arbitraje y litigar en la vía judicial.
- 6º) La garantía de la legalidad del procedimiento arbitral a través de los órganos judiciales.

3. La libre disposición de la materia sometida a arbitraje

¿Puede someterse a arbitraje todo tipo de relación jurídica?

Aunque el art. 5.1 de la ley permite que el arbitraje pueda resolver cuestiones no contractuales, entre las que se encuentran las controversias entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (art. 7 de la ley), aclara el art. 1 de la ley que las cuestiones que admiten arbitraje son las *materias de su libre disposición* conforme a derecho, es decir, materias en las que la autonomía de la voluntad no está limitada por la ley imperativa o el orden público (art. 1255 del Cc.). En análoga dirección, el art. 19.1 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil establece un criterio amplio de permisión del sometimiento a arbitraje de los litigantes, pues sólo se impide cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero.

Para comprender el alcance de estos preceptos, hemos de partir del mandato contenido en el art. 117.3 de la Constitución, que establece: «El

² ÁLVAREZ ALARCÓN (*El sistema español de arbitraje de consumo*, Jerez de la Frontera, 1999, p. 21) se refiere a los principios de audiencia, contradicción e igualdad, mencionados en el art. 21 de la L.A., pero señala que existen otros, como el principio dispositivo (*ob. cit.*, pp. 89 a 92) y de preclusión (*ob. cit.*, pp. 95 a 97).

ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*».

La Ley de arbitraje de 1988, que derogó a la anteriormente vigente, de 22 diciembre 1953, no va en contra con esta directriz constitucional³. Su preámbulo ni siquiera se preocupa de justificar su constitucionalidad, que se da por supuesta⁴. Y es que es precisamente una ley, la de arbitraje, la que permite el conocimiento de ciertas materias por los órganos no jurisdiccionales⁵, a los que habilita.

La constitucionalidad de la posibilidad de resolver controversias a través del arbitraje nunca ha sido puesta en duda. Lo que se ha cuestionado ha sido si la ley reguladora del arbitraje había de ser necesariamente estatal o podía ser autonómica. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 marzo 1991, declaró que «el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989 FJ 9b, es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1.5 y 6».

Téngase en cuenta, por otra parte, que los órganos judiciales no quedan totalmente postergados si los particulares eligen la vía arbitral, pues conservan su carácter de garantes del procedimiento y tienen asignadas las funciones revisoras y ejecutivas de los laudos arbitrales.

³ Para ÁLVAREZ ALARCÓN (*ob. cit.*, p. 31), el arbitraje «constituye una excepción al principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 y 4 CE y 2.1, 3.1 y 9.1 LOPJ y 51 LEC, afectando al principio de improrrogabilidad de la jurisdicción (9.6 LOPJ) y a la indisponibilidad de la competencia objetiva y funcional (54 y 61 LEC)».

⁴ Pone de relieve ÁLVAREZ ALARCÓN (*ob. cit.*, p. 27) que el derecho al arbitraje de los conflictos intersubjetivos no ha obtenido hoy el mismo reconocimiento constitucional que tuvo en épocas pasadas, como aconteció con la Constitución de 1812, en cuyo art. 280 se dispuso que «no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes». Sobre este tema, véase MERCHÁN ÁLVAREZ, «La jurisdicción arbitral en la Constitución de Cádiz», *Actas del Congreso Histórico sobre el 175 aniversario de la Constitución de 1812*, Cádiz, 1987.

⁵ Cf. ÁLVAREZ ALARCÓN, *ob. cit.*, p. 27: «es por efecto de la ley que se alcanza el valor que tiene: el de cosa juzgada, el de ser un equivalente jurisdiccional»; y más adelante (*ob. cit.*, p. 68), reitera: «El valor que se le quiere conceder a la decisión del árbitro, para que sea laudo, para que sea cosa juzgada y ejecutable, proviene de una autorización legal». En contra, RIVERO («Naturaleza (eminente) privada del arbitraje en la Ley de 1988», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, Zaragoza, 1992, pp. 713 ss.; en concreto, p. 718) cree que el argumento de basarse en la ley constituye una petición de principio y una afirmación un tanto gratuita, que no se compadece bien con la realidad de los hechos. Para este autor, el árbitro no tiene poder jurisdiccional ni *potestas*, no es un poder del Estado, no lo representa (*ob. cit.*, p. 719).

El procedimiento arbitral es un *sustituto de la fase declarativa* del proceso judicial⁶, pues produce efectos idénticos a la cosa juzgada (art. 37 de la ley). En esta misma línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 octubre 1993 sostuvo que el arbitraje «es un *equivalente jurisdiccional*, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada». También en la misma dirección, la Sentencia del T.S. de 20 abril 1999 expresó que el contenido de la jurisdicción comprende dos manifestaciones básicas, la actividad declarativa y la actividad ejecutiva⁷, pero respecto de la primera se hizo la matización de que, en cuanto versa sobre materias disponibles, cabe confiarla a la decisión de los árbitros.

En concreto, el art. 2.1 de la ley señala ciertas materias en las que *no cabe* arbitraje:

- a) Las cuestiones sobre las que haya recaído *resolución judicial firme* y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución. Por esta razón, cabe arbitraje para liquidar la sociedad de gananciales disuelta por una sentencia de separación, nulidad o divorcio. El procedimiento arbitral es un sustituto de la fase declarativa del procedimiento judicial y no cabe sustitución cuando esta fase ha finalizado.
- b) Las materias *inseparablemente unidas* a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición⁸.
- c) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el *Ministerio Fiscal* en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.

⁶ Cf. ÁLVAREZ ALARCÓN, *ob. cit.*, p. 22: «actividad que produce un equivalente jurisdiccional». Aclara RIVERO (*ob. cit.*, p. 719) que existen diferencias entre el procedimiento arbitral y el proceso judicial: el primero tiene carácter privado, al arbitraje se va voluntariamente y el árbitro no tiene *potestas* o poder coercitivo; por el contrario, el segundo tiene carácter público, el sometimiento a la jurisdicción ordinaria puede ser impuesto y el juez tiene *potestas*. El auto del Tribunal Constitucional de 20 julio 1993 expresó que la función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasijurisdiccional; sería jurisdicción plena si no careciera de esa *potestas* o poder.

⁷ Cf. ÁLVAREZ ALARCÓN, *ob. cit.*, p. 31: «aunque el art. 117.3 CE hable de «juzgar y ejecutar lo juzgado», no significa que la ejecución sea contenido esencial de la jurisdicción, sino que cuando se reconoce la ejecución al órgano jurisdiccional, esta labor también es verdadera actividad jurisdiccional. Recuérdese que en el contencioso-administrativo la ejecución corresponde a la administración».

⁸ Así, por ejemplo, RIVERO (*Elementos de Derecho civil, II*, de J. L. LACRUZ, Derecho de obligaciones, vol. segundo; Barcelona, 1995, pp. 391 ss.; en concreto, p. 393) piensa que es separable la acción civil respecto de la penal, que es indisponible.

De todos modos, en los puntos conflictivos o dudosos no habrá más remedio que interpretar la norma que regula un determinado supuesto de hecho para comprobar si se trata o no de un precepto de *ius cogens* o imperativo, o tener en cuenta si es una materia afectada por el orden público, lo que exige tener en cuenta fundamentalmente la interpretación sistemática, a la luz de la Constitución⁹.

Si los particulares que mantienen una determinada controversia pueden negociar sobre la misma y establecer los pactos que la diriman, que serán unos pactos vinculantes si no infringen los límites establecidos en el art. 1255 del Cc., es igualmente factible que, *en lugar de decidir la cuestión, deleguen en un tercero*, el árbitro, la toma de esa decisión¹⁰.

Por esa razón, al tratarse de dos vías diferentes que procuran el mismo fin, evitar el pronunciamiento judicial, para determinar qué materias son disponibles y, por lo tanto, susceptibles de arbitraje, puede ser muy útil la *aplicación analógica de las reglas de la transacción*¹¹, y en concreto del art. 1814 del Cc., precepto que enumera las materias que no pueden sustraerse al conocimiento judicial: estado civil de las personas¹², cuestiones matrimoniales y alimentos futuros.

⁹ Sobre esta importante cuestión del orden público como límite de la autonomía de la voluntad, véase Ragel Sánchez, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Obligaciones y contratos*, Madrid, 2000, pp. 172 a 178.

¹⁰ Piensa RIVERO (*Elementos...*, *cit.*, p. 392, nota 2) que «la actuación arbitral se aproxima mucho a (si no se identifica con) una especie de legitimación indirecta conferida por los interesados a los árbitros para la heterocomposición de intereses disponibles de aquéllos; pues eso significa la legitimación indirecta: posibilidad jurídica de que una persona pueda actuar válidamente en la esfera jurídica ajena, disponiendo de sus intereses y derechos: la tiene el representante con poder suficiente, y también el árbitro para la solución de la cuestión litigiosa que se le encarga (en cuyo cometido va a disponer de intereses de las partes). En razón de ello, la decisión arbitral dada con ese fin no puede exceder el ámbito objetivo de tal legitimación, y lo resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión es ineficaz (no nulo, art. 45.4 L.A.)».

¹¹ Cf. RIVERO, *Elementos...*, *cit.*, p. 392: «Su facultad de decidir deriva de la facultad de disponer de las partes sobre el objeto de la controversia (igual que en la transacción)». Con toda claridad se expresa ÁLVAREZ ALARCÓN (*ob. cit.*, p. 71), al excluir del arbitraje: «En definitiva, las materias que no pueden ser objeto de transacción». LETE DEL RÍO (*Derecho de obligaciones*, vol. III: Contratos en particular, Madrid, 1995; en concreto, p. 281) da la razón a O'CALLAGHAN y critica que la solución sea semejante a la establecida en la transacción, cuando en este último contrato hay disposición de derechos (recíprocas concesiones) que no se producen con el convenio arbitral.

¹² Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 1989, p. 502) consideran que está excluido del arbitraje el estado civil y, en consecuencia, toda cuestión en la que haya de elucidarse previamente una materia de esa índole.

4. Amplio margen a la autonomía de la voluntad de los contendientes, en cuanto a la designación de los árbitros y las reglas del procedimiento

Para que tenga lugar el arbitraje, es preciso, en primer lugar, que las partes o, en su caso, el testador, convengan previamente que se resuelva el conflicto por el arbitraje de un tercero; en segundo lugar, que los árbitros designados acepten el encargo; y, en tercer lugar, que se lleve a cabo el procedimiento arbitral.

El *convenio arbitral* deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas *determinadas*, sean o no contractuales, a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión (art. 5.1 de la ley)¹³.

El precepto transcrito excluye el convenio arbitral para la solución de controversias indeterminadas (vgr., «todas las controversias que surjan entre A y B se resolverán por arbitraje»). Se requiere, por tanto, que el convenio arbitral se refiera a una *concreta relación jurídica* (vgr., «todas las controversias que se susciten en la aplicación del presente contrato de arrendamiento se resolverán por arbitraje»).

La jurisprudencia (sentencias del T.S. de 1 junio 1999 y 11 diciembre 1999) considera redundante y, por tal razón, innecesario que el convenio contenga la manifestación de que las partes «se obligan a cumplir la decisión arbitral», pues esa voluntad va implícita e integrada en el consentimiento¹⁴.

Aunque la Ley de arbitraje no se refiere con precisión a la capacidad para convenir en esta materia, al referirse al poder de disposición (art. 2), parece exigir la plena capacidad de obrar y la plena legitimación para disponer sobre la materia sometida a arbitraje.

El convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje en el convenio, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria (art. 11.1 de la ley).

El arbitraje puede instituirse fuera del convenio arbitral, ya que el art. 7 de la L.A. establece que, excepcionalmente, será válido el arbitraje ins-

¹³ En el arbitraje de consumo, debe distinguirse según que el empresario esté o no adherido voluntariamente al sistema arbitral de consumo. En el primer caso, el convenio arbitral se produce por la solicitud de arbitraje del consumidor, pero en el segundo caso, esta solicitud sólo tiene carácter de oferta de convenio arbitral, que requiere la ulterior aceptación del empresario (art. 5 del real decreto).

¹⁴ En contra, piensa RIVERO (*Elementos...*, cit., p. 397) que «es opinión mayoritaria que la omisión de una y otra «expresión» acarrearía la nulidad del convenio arbitral».

tituido *por la sola voluntad del testador* que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (arbitraje testamentario)¹⁵.

Señala el art. 3.1 de la ley que, para ser válido, el arbitraje deberá ajustarse a las prescripciones de esta ley. En concreto, las partes deberán pactar que las controversias que surjan de relaciones jurídicas determinadas se resolverán por arbitraje. Ése es el *contenido mínimo* del convenio arbitral.

Pero lo cierto es que la ley introduce muy pocas reglas imperativas y permite un amplio margen a las partes para que incluyan en el convenio arbitral o en otros pactos posteriores una serie de decisiones. *A través de estos pactos pueden conseguir las partes que el procedimiento sea mucho más breve* que el proceso judicial.

Entre las diversas decisiones que pueden adoptar las partes, podemos mencionar:

- a) La designación concreta del árbitro o árbitros y la determinación de las reglas de procedimiento. Si las partes no hubieren pactado sobre estos extremos podrán completar, en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, el contenido del convenio arbitral (art. 9.1 de la ley).
- b) Deferir a un tercero, ya sea persona física o jurídica, la designación de los árbitros (art. 9.2 de la ley)¹⁶. El art. 10 de la ley desarrolla esta posibilidad de encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a corporaciones de derecho público, asociaciones y entidades sin ánimo de lucro. Se dice entonces que estas entidades son *administradoras* del arbitraje¹⁷.
- c) El número de árbitros y las reglas para el nombramiento del presidente del colegio arbitral, en el caso de ser varios (art. 13 de la ley).
- d) El lugar donde se desarrollarán la actividad arbitral y cualquier actuación concreta (art. 24.1 de la ley).
- e) El idioma en que haya de desarrollarse el procedimiento arbitral (art. 24.2 de la ley).

¹⁵ Sobre este tema, cf. ALBALADEJO («El arbitraje testamentario», AC-1990.1, pp. 77 ss.) y GARCÍA PÉREZ (*El arbitraje testamentario*, Valencia, 1999).

¹⁶ La Ley de arbitraje de 1953 prohibía deferir a otro el nombramiento de árbitros. OGAYAR AYLLÓN (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO; t. XXII, vol. 2º; Madrid, 1979, pp. 184 y 185) consideraba que la designación personal de los árbitros era la esencia de la institución arbitral.

¹⁷ Sobre este tema, cf. ALBALADEJO, «El sedicente arbitraje de personas jurídicas», AC-1990.1, pp. 93 ss.

f) Los plazos determinados para el desarrollo del arbitraje (art. 25.1 de la ley) y señalamiento de plazo para dictar el laudo arbitral (art. 30.1 de la ley).

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen, desde su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 12.1 de la ley). Cuando la cuestión litigiosa haya de decidirse con arreglo a derecho, los árbitros habrán de ser abogados en ejercicio (art. 12.2 de la ley)¹⁸, determinación legal que ha sido objeto de duras críticas¹⁹.

Se establecen prohibiciones para que una persona pueda ser árbitro cuando la relación que tienen con las partes o con la controversia origina un supuesto de abstención y recusación (art. 12.3 de la ley), cuando pertenece a una profesión determinada como juez, magistrado y fiscal en activo, o ejerce funciones públicas retribuidas por arancel (art. 12.4 de la ley)²⁰. Los arts. 17 y 18 de la ley contemplan la posible recusación de los árbitros.

Los arts. 13 a 15 de la ley regulan el nombramiento de los árbitros, la comunicación fehaciente del mismo y la aceptación por los designados²¹. Por su parte, el art. 19 prevé la sustitución de un árbitro y el nombramiento de uno nuevo, por el mismo procedimiento por el que fue designado el sustituido.

¹⁸ Cf. RIVERO, *Elementos...*, cit., p. 398: «Es discutible si ese abogado ha de estar colegiado y ejercer en el lugar donde se realice el arbitraje (la S. 24 abril 1989 entendió que sí, aunque en pronunciamiento *obiter dictum*)». OPINA GIL RODRÍGUEZ («El arbitraje institucionalizado y el nombramiento de árbitros en la Ley 36/1988», *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2º, Zaragoza, 1993, pp. 1437 ss.; en concreto, pp. 1453 y 1454) que los catedráticos de universidad en materia jurídica sólo podrán intervenir cuando el arbitraje haya de resolverse en equidad.

¹⁹ LASARTE (*Principios de Derecho civil*; Tomo tercero: Contratos; Madrid, 1996, p. 389) pone de relieve que la norma no encuentra parangón en ninguna de las leyes de arbitraje de los países de nuestro entorno y responde sencillamente a la presión ejercida en su momento por D. ANTONIO PEDROL RIUS, mereciendo ser derogada a la mayor brevedad posible; a este autor le parece que muchos otros profesionales del derecho tienen más cualificación técnica que la mayor parte de los abogados en ejercicio.

²⁰ Amparándose en el art. 474 de la Ley orgánica del Poder Judicial, considera GIL RODRÍGUEZ (*ob. cit.*, p. 1455) que los secretarios judiciales son incompatibles para cualquier tipo de arbitraje.

²¹ Para GIL RODRÍGUEZ (*ob. cit.*, pp. 1448 y 1449), los cauces para la designación de los árbitros son: 1º) Designación directa por acuerdo de los futuros contendientes, *nominatim* o por referencia al cargo (art. 9.1). 2º) Deferencia de la designación a un tercero, asimismo *nominatim* o por referencia (art. 9.2). 3º) Encomendar, además de la administración del arbitraje, la designación a las corporaciones de derecho público o asociaciones y entidades arbitrales (art. 10.1). 4º) A través de la formalización judicial del arbitraje, cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación o no la haga el tercero al que se defirió el encargo.

Cabe la posibilidad de que los árbitros puedan nombrar un secretario, si existe acuerdo con las partes (art. 20 de la ley).

El convenio arbitral deberá *formalizarse* por escrito y podrá incorporarse como cláusula a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo (art. 6.1 de la ley)²². Se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también, cuando resulte de intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (art. 6.2 de la ley)²³.

Las partes pueden pactar válidamente otra forma *distinta* de intervención dirimente de uno o más terceros, cuando acepten expresa o tácitamente su decisión, *después de emitida* (art. 3.2 de la ley). Obsérvese que ya no se trata de un arbitraje²⁴, pues las partes conocen previamente la decisión del tercero, sino de un contrato atípico de adhesión a una solución o dictamen emitido por el tercero.

5. La regla de subsidiariedad de la voluntad de los árbitros para el establecimiento de las reglas del procedimiento

Designados los árbitros de una u otra manera, es preciso que éstos conozcan la designación y acepten la oferta, completando mediante esta aceptación el llamado contrato de *dación y recepción del arbitraje*²⁵, que es distinto y posterior en el tiempo al convenio arbitral. En esta caracterís-

²² Opina RIVERO (*Elementos...*, *cit.*, p. 396) que la forma escrita «parece ser *ad solemnitatem*».

²³ Según el Auto del T.S. de 18 abril 2000, la voluntad común «ha de resultar del conjunto de las comunicaciones mantenidas y de las actuaciones llevadas a cabo por una y otra parte de la relación negocial, pero siempre con la obligada precisión de que, sin embargo, no cabe atribuir a estos fines eficacia al silencio o inactividad de aquélla a la que se le hubiera dirigido una oferta que, directa o indirectamente, contenga una cláusula compromisoria».

²⁴ Estamos de acuerdo con RIVERO (*Elementos...*, *cit.*, p. 396) en que no se trata del llamado «arbitraje libre», que no cabe en nuestro actual ordenamiento. Para Díez-PICAZO y GULLÓN (*ob. cit.*, p. 503), más que de arbitraje libre, debe hablarse de «mediación» o «conciliación». En contra, LETE DEL RÍO (*ob. cit.*, p. 282), lo considera arbitraje. Sobre este tema, cf. ALBALADEJO («La forma en el contrato de arbitraje y el llamado arbitraje informal», AC-1990.1, pp. 61 ss.) y BENATTI («Arbitrato irrituale: deontologia ed etica», RTDPC-1999, pp. 131 ss.).

²⁵ No cree RIVERO (*Elementos...*, *cit.*, p. 400) que pueda hacerse una aplicación lineal e indiscriminada del régimen legal del mandato a este contrato, sino algunas normas y previa cuidadosa ponderación.

tica de constituirse por la vía contractual, se separa nítidamente el arbitraje de la vía jurisdiccional²⁶.

Es precisamente en virtud del contrato de dación y recepción del arbitraje por el que los árbitros toman las riendas del procedimiento, pues, desde ese momento, «la inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo ni le privará de eficacia» (art. 22.2 de la ley).

Para cumplir su función juzgadora, los árbitros tendrán *iniciativa propia* en diversas cuestiones trascendentales, como son:

- a) Apreciar de oficio su propia falta de competencia objetiva (art. 23.3 de la ley).
- b) Fijar a las partes plazos preclusivos para formular las alegaciones (art. 25.2 de la ley).
- c) Practicar las pruebas que estimen pertinentes y sean admisibles en derecho (art. 26 de la ley).
- d) Acordar, una vez practicadas las pruebas, oír a las partes o a sus representantes (art. 29 de la ley).

Como complemento de lo anterior, los árbitros *suplirán* con su decisión todas aquellas cuestiones que no hayan sido previstas en el convenio arbitral y que *no afecten a la obligación de laudar*²⁷, pues, en este caso concreto, la ley establece que, a falta de determinación de las partes, el arbitraje será de equidad o el plazo para dictar el laudo será de seis meses.

La ley permite que, a *falta de disposiciones concretas de las partes*, sean los propios árbitros los que decidan ciertas cuestiones, como pueden ser:

- a) Nombrar al presidente del colegio arbitral, en el caso de ser varios los árbitros (art. 13 de la ley).
- b) Elegir de entre ellos, si lo consideran conveniente, el que desempeñe las funciones de secretario, que en ningún caso deberá ser el presidente del colegio arbitral (art. 20 de la ley).
- c) Exigir a las partes la provisión de fondos (art. 16.2 de la ley).
- d) Regular el desarrollo del procedimiento arbitral (art. 21.2 de la ley)²⁸.
- e) Designar el lugar donde se desarrollarán la actividad arbitral y cualquier actuación concreta (art. 24.1 de la ley).

²⁶ Por esta razón piensan la mayoría de los civilistas que el arbitraje es una institución eminentemente privada. Cf. RIVERO, *Naturaleza...*, cit., *passim*.

²⁷ Cf. ÁLVAREZ ALARCÓN, *ob. cit.*, p. 69.

²⁸ ÁLVAREZ ALARCÓN (*ob. cit.*, p. 69) considera que los árbitros sólo pueden regular las cuestiones accesorias del arbitraje, pero no nos parece que lo sea el desarrollo del procedimiento arbitral.

f) Elegir el idioma en que haya de desarrollarse el procedimiento arbitral (art. 24.2 de la ley).

Cuando se haya encomendado a una corporación o asociación la administración del arbitraje, se seguirá el procedimiento establecido por aquéllas. A falta de pacto de las partes o procedimiento establecido por la corporación o asociación, el procedimiento se desarrollará por acuerdo de los árbitros (art. 21.2 de la ley).

6. El procedimiento arbitral

Como indicábamos al comienzo de esta exposición, el procedimiento arbitral se rige, al igual que el proceso judicial al que sustituye, por los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes (art. 21.1 de la ley).

Comienza el procedimiento cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje (art. 22.1 de la ley)²⁹.

Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la corporación o asociación podrán exigir a las partes la *provisión de fondos* que estimen necesaria para atender a los honorarios de los árbitros y a los gastos que puedan producirse en la administración del arbitraje (art. 16.2 de la ley).

Los árbitros decidirán la cuestión litigiosa con sujeción a *derecho o en equidad*, según su saber y entender, a elección de las partes (art. 4.1 de la ley)³⁰. En el caso de que las partes no hayan optado expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros resolverán en equidad, salvo que hayan encomendado la administración del arbitraje a una corporación o asociación en cuyo caso se estará a lo que resulte de su reglamento (art. 4.2 de la ley)³¹.

El procedimiento arbitral está regulado en los arts. 21 y ss. de la ley y podemos sintetizarlo de la siguiente manera:

²⁹ Señala ÁLVAREZ ALARCÓN (*ob. cit.*, p. 67) que el principal destinatario de las normas que regulan el arbitraje es siempre el árbitro. Él es quien debe decidir si el convenio que se le presenta y conforme al cual debe actuar, reúne o no las condiciones impuestas por la ley.

³⁰ Sobre el origen histórico de la distinción, véase MERCHÁN ÁLVAREZ, «Consideraciones terminológicas y conceptuales sobre la distinción árbitros-arbitradores en el Derecho castellano», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. II, Madrid, 1988, pp. 617 ss.

³¹ RIVERO (*Elementos...*, *cit.*, p. 394) se adhiere al criterio mayoritario de nuestra doctrina, sosteniendo que hay un solo tipo de arbitraje, como institución, sin perjuicio de aquellas particularidades que se predicen respecto del arbitraje de derecho.

1º) *Turno de alegaciones*. Las partes podrán actuar por sí mismas o valerse de abogado en ejercicio (art. 21.3 de la ley).

Los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular las alegaciones (art. 25.2 de la ley). La oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse en el momento de presentar las partes sus respectivas alegaciones iniciales (art. 23.1 de la ley). Este precepto se aparta claramente de la teoría del acogimiento de oficio por el juez de la causa de nulidad del contrato, que estimamos sobrevenidamente anticonstitucional³².

2º) *Período probatorio* tendente a demostrar los hechos controvertidos. Los árbitros practicarán a instancia de parte, o por propia iniciativa, las pruebas que estimen pertinentes y admisibles en derecho. A toda práctica de prueba serán citadas y podrán intervenir las partes o sus representantes (art. 26 de la ley). Cuando no puedan practicar las pruebas por sí mismos, los árbitros podrán solicitar el auxilio del juez de primera instancia del lugar donde se desarrolle el arbitraje (art. 27 de la ley).

3º) *Audiencia para formular las conclusiones*. Se permite que los árbitros puedan acordar, una vez practicadas las pruebas, oír a las partes o a sus representantes (art. 29 de la ley).

4º) El procedimiento termina con un *laudo*, que habrá de estar motivado, en caso de que el arbitraje sea de derecho. Deberá dictarse por escrito, debiendo expresar, como contenido mínimo, las circunstancias mencionadas en el art. 32.1 de la ley y será firmado por los árbitros (art. 33 de la ley). Señala el art. 30.1 de la ley que si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán dictar su laudo en el plazo de seis meses, contados desde la fecha en que hubieren aceptado la resolución de la controversia o desde el día en que fuera sustituido el último de los componentes del colegio arbitral. Este plazo sólo podrá ser prorrogado por acuerdo de las partes, notificado a los árbitros antes de la expiración del plazo inicial. El plazo se acorta a tres meses si el asunto sometido se refiere a contratos sometidos a las leyes de arrendamientos urbanos (art. 30.3 de la ley)³³.

³² Cf. RAGEL SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 347 y 348. Acorde con nuestra opinión, recogida ya en una obra anterior (*Manual de Derecho civil: Derecho de obligaciones y contratos*, Cáceres, 1997, pp. 223 y 224), se muestran las sentencias del T.S. de 24 abril 1997 y 23 enero 1998, así como el art. 408.2 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil.

³³ En el arbitraje de consumo, el laudo deberá dictarse en el plazo máximo de cuatro meses, aunque es prorrogable de mutuo acuerdo (art. 14 del real decreto).

5º) *Protocolización* notarial del laudo y *notificación* fehacientemente a las partes (art. 33.2 de la ley), momento a partir del cual será eficaz dicho pronunciamiento (art. 53 de la ley).³⁴

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la corporación o asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en *responsabilidad* por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa³⁵. En los arbitrajes encomendados a una corporación o asociación, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros (art. 16.1 de la ley).

7. La posibilidad de abandonar el arbitraje y litigar en la vía judicial

Asentándose el procedimiento arbitral en el convenio arbitral y la voluntad de las partes, que libremente han decidido evitar el pronunciamiento judicial sobre la controversia que mantienen, parece lógico que se resuelva la cuestión por la vía judicial cuando desaparezcan los presupuestos que permitían la solución arbitral.

Más concretamente, la Ley de arbitraje prevé los siguientes supuestos en que se permite a las partes al acceso a los órganos jurisdiccionales, aun después de haber iniciado la vía arbitral:

1º) Cuando los árbitros hubieren sido designados directamente por las partes y todos o alguno de ellos *no aceptasen* o *se imposibilitaren* para emitir el laudo, o si la corporación o asociación a la que se encomendó la administración del arbitraje no aceptase el encargo (art. 38.2 de la ley). La razón que justifica el conocimiento judicial es que no ha llegado a formalizarse la dación y recepción del arbitraje o existe imposibilidad sobrevinida de cumplir este contrato.

³⁴ En el arbitraje de consumo no se requiere la protocolización notarial (D.A. 1ª de la ley) y sólo el consumidor puede poner en marcha el procedimiento arbitral (arts. 2 y 5 del real decreto).

³⁵ Estamos de acuerdo con RIVERO (*Elementos...*, cit., p. 400) en que se trata de una responsabilidad contractual, pues deriva del contrato de dación y recepción de arbitraje. La Sentencia del T.S. de 26 abril 1999, aun reconociendo que los árbitros se retrasaron, incurriendo en una posición omisiva, proclamó que la misma no suponía una situación de antijuricidad dañina intencional, pues se debió a imponderables que se pueden imputar a verdaderas situaciones ajenas a su voluntad. En contra, opina GIL RODRÍGUEZ (*ob. cit.*, p. 1457) que «parece más razonable mantener que el impedimento surge del mero dato objetivo de no haberse dictado el laudo dentro del plazo o de su prórroga».

2º) Cuando las partes decidan, de mutuo acuerdo, *antes de dictarse el laudo, renunciar o desistir* del arbitraje (arts. 11.2 y 31 de la ley). Se entienden que renuncian cuando interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o todos los demandados, si fuesen varios, realicen, después de personados en juicio, cualquier gestión procesal que no sea proponer en forma la declinatoria (art. 11.2 de la ley)³⁶. En cualquier momento, antes de dictarse el laudo, las partes, de común acuerdo, pueden desistir del arbitraje o suspenderlo por un plazo cierto y determinado (art. 31 de la ley).

3º) Cuando los árbitros estimaren la oposición planteada o lo decidieran de oficio, en los casos de falta de competencia objetiva, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral (art. 23.2 y 3 de la ley).

4º) Cuando hubiera transcurrido el plazo sin que se hubiere dictado el laudo, en cuyo caso se produce la *caducidad* del convenio arbitral (art. 30.2 de la ley).

8. Garantía de la legalidad del procedimiento arbitral a través de los órganos judiciales

Los órganos judiciales pueden intervenir cuando se produce un *obstáculo* que dificulta la tramitación del procedimiento arbitral. Así ocurre cuando las partes no se pusieren de acuerdo con la designación de los árbitros, en cuyo caso se procederá, a instancia de cualquiera de los interesados, a la *formalización judicial del arbitraje* conforme a las reglas de los arts. 38 y ss. de la ley.

El procedimiento arbitral trata de conseguir una mayor celeridad en la tramitación del litigio, que los árbitros consiguen, en la mayoría de los casos, actuando con sus propios medios. No obstante, existen supuestos en que los medios son *insuficientes* para llevar a cabo una actuación con garantías o los árbitros *carecen de poder coercitivo* sobre los testigos o peritos, permitiéndoseles que soliciten el auxilio del juez para la práctica de las pruebas (art. 27 de la ley).

Siendo el procedimiento arbitral un sustituto de la fase declarativa del procedimiento judicial, ello no obsta para que, a instancia de la parte per-


³⁶ La jurisprudencia (sentencias del T.S. de 1 junio 1999 y 11 diciembre 1999, entre otras) estima que el demandado puede oponer la excepción de sumisión a arbitraje y, subsidiariamente, *ad cautelam*, contestar a la demanda, sin que ello suponga renuncia tácita al arbitraje, para impedir así la indefensión que se produciría si el juez rechazara el sometimiento a arbitraje y hubiera transcurrido el plazo de contestación. La Sentencia del T.S. de 11 diciembre 1999 tuvo un voto particular, que sostuvo que ha de interpretarse toda contestación a la demanda como sumisión a la jurisdicción civil.

judicada, los órganos judiciales recuperen su jurisdicción cuando se ha producido algún defecto importante en la tramitación del procedimiento.

El laudo arbitral produce un efecto similar al de la sentencia firme, es decir, el de *cosa juzgada* (art. 37.I de la ley). Contra el mismo no cabe recurso de apelación (como sucede en las sentencias judiciales) sino sólo el recurso extraordinario de *revisión* (art. 37.II de la ley) y el recurso de *anulación* del laudo, por las causas recogidas en el art. 45 de la ley, planteado ante la Audiencia provincial competente territorialmente en el plazo de diez días³⁷. Discute nuestra doctrina si, además, cabe que una de las partes plantee un juicio declarativo con la finalidad de lograr la nulidad del laudo, por ir éste contra el orden público.

Ha de tenerse en cuenta que será nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros (art. 9.3 de la ley). Y el laudo puede anularse cuando el convenio arbitral fuese nulo (art. 45.1 de la ley).

La nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio (art. 8 de la ley). El precepto es aplicable al caso de que en el convenio arbitral se haya previsto que la discusión sobre la ineficacia del contrato principal se resuelva precisamente por vía de arbitraje³⁸.

A petición de parte, puede instarse la *ejecución* de lo resuelto por el árbitro, que se tramita por vía judicial (arts. 52 ss. de la ley), puesto que el árbitro carece de la potestad que las leyes conceden exclusivamente en esta materia ejecutiva a los órganos judiciales³⁹. 

³⁷ Niega RIVERO (*Naturaleza...*, cit., pp. 726 ss.) que se produzca intervención judicial sobre la decisión arbitral o su *ratio decidendi*, pues los llamados recursos de anulación y revisión no son tales recursos, sino acciones contra un acto privado, el laudo arbitral. Sobre este tema, cf. ALBALADEJO («La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de Derecho que infringe normas debidas aplicar», RDP-1990, pp. 171 ss.) y REGLERO (*El arbitraje [El convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988]*, Madrid, 1991).

³⁸ Una interpretación distinta le dan Díez-PICAZO y GULLÓN (*ob.cit.*, p. 505): «ello ocurrirá cuando tal convenio no se refiera para nada a la relación jurídica nacida de aquel contrato, pues al producirse su nulidad es obvio que no puede producir el nacimiento de ninguna controversia». Sobre este tema, cf. ALBALADEJO, «El artículo 8 de la nueva Ley de arbitraje», AC-1990.1, pp. 69 ss.

³⁹ El art. 517.2.2º de la nueva Ley de enjuiciamiento civil concede acción ejecutiva a los laudos o resoluciones arbitrales firmes, y el art. 580 de la misma exime de la realización del trámite de requerimiento de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes cuando el título ejecutivo consista en resoluciones arbitrales que obliguen a entregar cantidades determinadas de dinero.



NOTAS E

COMENTARIOS

OS PROCESOS DE REXIONALIZACIÓN EN ESPAÑA E FRANCIA (unha nota de lectura da tese de R. Pasquier)

José Vilas Nogueira

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

Na súa tese de doutoramento, Romain Pasquier¹ propónse a elaboración dun marco interpretativo («*une grille de lecture sociologique*», nas súas palabras) da diversidade do potencial mobilizador das rexións a escala europea. Para o efecto compara os procesos de rexionalización que tiveron lugar durante, aproximadamente, os últimos trinta anos en España e Francia, máis concretamente en Galicia e La Rioja, por unha parte, e A Bretaña e rexión Centro, por outra. Deste xeito, a investigación abre a posibilidade simultánea dunha comparación internacional (España e Francia), unha comparación intranacional (Galicia e La Rioja, por unha banda; A Bretaña e a rexión Centro, por outra), e unha comparación internacional-interrexional (A Bretaña e Galicia; a rexión Centro e La Rioja). O autor tenta contribuír á comprensión das dinámicas de recomposición territorial dos intereses e da acción pública como consecuencia das interaccións entre a europeización dos procesos políticos e as dinámicas de rexionalización. Pero, o limitado número de casos estudado, e sobre todo a súa redución a casos españois e france-

¹ Romain PASQUIER, *La capacité politique des régions. Une comparaison France-Espagne*. Tese de doutoramento en Ciencia Política. Université de Rennes, outubro 2000.

ses, bota dúbidas sobre a xustificación dun obxectivo tan cobizoso como é a elaboración dun marco interpretativo tan xeral.

A estratexia da investigación desenvolvida por Pasquier para aplica-lo seu marco interpretativo comparte a dimensión diacrónica e a sincrónica. Unha das características da súa investigación, que o autor enfatiza particularmente, é a referencia á temporalidade dos espazos e das redes que definen modelos rexionais de acción colectiva, diferenciados segundo as rexións consideradas. Temporalidade que é considerada sobre un período relativamente dilatado, dende a fin do século XIX deica os nosos días.

O traballo inscríbese nunha liña tendente á renovación dos enfoques destes fenómenos. Máis concretamente, Pasquier sèrvese do concepto de «capacidade política», entendida coma un proceso polo que os actores políticos e sociais producen visións do mundo que estruturan relacións de cooperación e acordos informais na definición dun ou varios «intereses». Partindo deste concepto, o autor fai un modelo de análise con catro entradas: os modelos rexionais de acción colectiva, as regras constitutivas dos sistemas políticos, a constitución de coalicións de intereses rexionais e a produción de políticas públicas rexionais. Pretende, así, obter unha explicación da capacidade diferencial das ordes institucionais para os obxectivos da rexionalización.

Eu penso que o traballo se beneficiaría do establecemento explícito e mais enfático dunha tipoloxía dos procesos de rexionalización, que debería integrar, alomenos, tres categorías:

(1) aqueles casos nos que os procesos de rexionalización (ou de «construcción nacional») son unha mera coartada para a persecución da independencia estatal. Aínda que ás veces non se queira reparar niso, nalgúns destes procesos a invocación *ad nauseam* da «construcción nacional» é unha sinxela fraude. O único que se quere é dotar dun Estado independente unha «comunidade construída» hai moito tempo, con frecuencia dende a prehistoria, sobre a base dunha comunidade lingüística, ás veces prelatina, ou dunha comunidade de factor sanguíneo rh ou outras particularidades anatómicas, craniais ou unguinais (chamar a estas «comunidades», reais ou ilusorias, «nacións» oponse frontalmente ás acepcións adquiridas polo termo dende a idade moderna). É o caso dos procesos impulsados polo nacionalismo vasco radical. Respecto destes casos o marco interpretativo elaborado por Pasquier só serve para confirma-la constitutiva irracionalidade que preside estes procesos e para establece-la súa radical heteroxeneidade, a pesar das aparencias, coas outras categorías;

(2) aqueles casos nos que os procesos de rexionalización (como adoita se-la norma nos desenvolvidos en Galicia [e quizais tamén na Breña]) perseguen reivindicar unha institucionalización política diferen-

ciada, ó servizo dunha identidade colectiva histórica, xa sexa tematizada en termos de identidade rexional, xa «nacional», pero non necesariamente excluído do ámbito do Estado nacional establecido. Na realidade empírica, ó prima-la lexitimación histórica dos procesos, os obxectivos de promoción dos «intereses rexionais» ou de desenvolvemento económico adoitan funcionar máis como subsidiario instrumento lexitimador do *a priori* da «identidade histórica» ca coma obxectivos substanciais;

(3) finalmente, aqueles casos en que procesos de rexionalización entendidos no ámbito nacional-estatal (ou mímese de procesos de rexionalización do tipo 2) supoñen unha estrutura de oportunidade para elites económicas e/ou políticas locais promotoras de «intereses rexionais» (coma no caso de La Rioja e, en grande parte frustrado segundo Pasquier, da rexión Centro francesa). Neste tipo, a situación é a inversa á do caso anterior. O substancial é a promoción dos «intereses» e a «fabricación» dunha identidade rexional é un instrumento lexitimador.

Naturalmente, trátase de «tipos ideais». Empiricamente poden non se manifestar con enteira nitidez. As dúas últimas categorías abren a posibilidade de reconfiguración da comprensión dos Estados nacionais dende o convencional paradigma vertical ou de centralidade a un de Estado-rede, no que non hai a escisión centro/periferias, senón unha articulación conectiva de diversos nós. Non habería xa un único centro de concentración do poder, que puidera dispor de «tódolos» recursos necesarios para a regulación dos problemas colectivos. Preséntase, entón, a cuestión da recomposición das lóxicas de acción pública e da recomposición dos «intereses» lexitimados territorialmente e das identidades colectivas de base territorial. Para moitos investigadores esta rede conectiva de escenarios e de actores daríalles unha nova lexitimidade ás pretensións de identidade política infranacional. Pero isto só será verdade se, á súa vez, estas pretensións abandonan a lóxica, a escala inferior, do Estado nacional dos séculos XVIII e XIX.

Respecto á influencia das regras de constitución e dinámica dos sistemas políticos nacionais respectivos nos procesos de rexionalización, aínda que Pasquier afonda por extenso e competentemente nesta cuestión, non estou seguro de que sempre extraia as oportunas inferencias. Certamente, dende os anos setenta asistimos a un proceso de crecemento, en toda a Europa occidental, da porcentaxe de gasto público correspondente ás comunidades locais e rexionais. Sen embargo, a capacidade financeira das institucións rexionais é moi diversa en España e Francia. Neste último país o peso financeiro das rexións, mesmo que teña crecido relativamente moito nos últimos anos, é moi modesto. En España, en cambio, supera actualmente o 25%. Por exemplo, o orzamento da Comunidade Autónoma de Galicia é máis de doce veces superior ó da rexión da Bretaña, para unha poboación equivalente e un PIB inferior. Por outra banda, men-

tres que os recursos financeiros das rexións francesas a penas supoñen o 10% dos das comunas e departamentos, en España o gasto rexional é moi superior ó das entidades locais. Estas enormes diferencias indican que mentres as comunidades autónomas españolas son fundamentalmente administracións prestadoras de servizos, entre eles algúns tan custosos como a saúde e a educación públicas, as administracións rexionais francesas son substancialmente administracións de «misión», centradas en aspectos de desenvolvemento económico, ordenación do territorio, medio natural, asuntos europeos, e prospectiva.

Aquela diferenza maniféstase tamén nos efectivos humanos das administracións rexionais nun e noutro país. Segundo datos de Bouzas², a Comunidade Autónoma de Galicia empregaba a finais de 1997 a enorme cifra de máis de 67.000 persoas (preto de 14.000 empregados na Administración xeral, incluídos funcionarios de carreira, interinos e contratados, mailo persoal dos servizos de Saúde e Educación públicas (excluídas as universidades; algo máis de 25.000 e 28.000 empregados, respectivamente). Nas mesmas datas, en cambio, o persoal administrativo da rexión da Bretaña non chegaba ás 300 persoas (Pasquier, p. 195).

Estes desenvolvementos suscitan unha cuestión quizais embarazosa para a construción de Pasquier. ¿En que medida é pertinente unha «lectura» única de procesos de rexionalización coma os franceses, que abocaron a entidades especializadas en funcións de promoción e desenvolvemento económico, que as fan complementarias da Administración estatal e comunal, e os procesos de rexionalización españois, que teñen dado por resultado administracións prestacionais xerais, en permanente rivalidade coa Administración estatal e a local?

A cuestión rexorde, a propósito do cadro de relacións entre os diferentes niveis de Administración. Atinadamente, Pasquier observa que en Francia os «contratos-plano» Estado-rexións impoñenlle límites á capacidade de negociación das rexións, pero permiten participar a todas elas cun peso importante, e substancialmente homoxéneo, no proceso. En cambio, en España aínda que o modelo de negociación Estado-comunidades autónomas déixalles máis posibilidades de acción ós gobernos rexionais consagra unha forte asimetría na capacidade das rexións de pesar sobre a Administración central. En último termo, esta diferenza, ¿non será reflexo do contraste entre administracións «naturalmente» inducidas á cooperación, como é o caso en Francia, dado o carácter especializado das rexións, e administracións «naturalmente» inducidas á conco-


² Ramón A. BOUZAS, *Análisis organizativo de la Administración de una Comunidad Autónoma: Xunta de Galicia 1982-1997* (Tese de doutoramento). Universidade de Santiago de Compostela. Departamento de Socioloxía e Ciencia Política e da Administración, 1999.

rrencia, como é o caso de España, dada a homoxeneidade substancial das nosas comunidades co Estado? Por iso, o caso francés, creo eu, induce a Pasquier a unha sobrevaloración e a unha mala comprensión do posto de delegado do Goberno e, máis en xeral da Administración periférica do Estado. No noso modelo (que non é moi «modélico» neste aspecto) a Administración periférica do Estado é unha supervivencia anacrónica; e o delegado, éo do Goberno, non do Estado. O seu papel só é relevante nas cuestións de orde pública. Non é interlocutor relevante do Goberno rexional nas cuestións de Administración xeral.

Pasquier estudia a historia da vida política e da acción colectiva de cada unha das rexións a fin de descubri-la «memoria colectiva» e os modelos de intervención ligados á construción rexional. Apoiándose na bibliografía existente, nun grande número de entrevistas e, en certos casos, de datos de arquivo, o autor ten tentado reconstituí-la maneira de cómo o traballo político dos actores rexionais conseguiu mobilizar (ou non conseguiu) os recursos rexionais para profundar na identidade rexional e de cómo, nunha caste de *feedback*, estes actores rexionais téñense beneficiado da identidade rexional como un elemento de potenciación dos seus recursos, para actuaren nun espacio de acción pública «multinivel» europeo, en lugar de insistir en temas máis «clásicos» na comparación interrexional (como os aparatos institucionais, as competencias, etc.). A este propósito, a miña principal reserva céntrase na ausencia de «problematización» por parte do autor do concepto de «intereses rexionais». Isto condúceo a implicar que os actores rexionais perseguen sempre «intereses» rexionais e que os perseguen «mellor» que os actores non rexionais. Pero, dista de ser evidente que, en primeiro lugar, os intereses pretendidamente «rexionais» sexan sempre tales. Ademais de que esta pretensión poida ser (e o sexa, con frecuencia) un mero artificio lexitimador de intereses moito máis particulares, adoita conducir a fórmulas moi conservadoras. En xeral, as elites económicas e políticas adoitan ser máis ben vesperais (por «flirtear» con Hegel) e adoitan entender que os sectores máis tradicionais son os máis representativos dos «verdadeiros» intereses rexionais (ou nacionais, se se muda de nivel). Con moita frecuencia, isto conduce á adopción de políticas de protección de sectores en crise estrutural, e obstaculiza paradoxalmente, o desenvolvemento rexional. Para as elites económicas a motivación pode se-la mera pereza mental e a defensa de intereses e posicións adquiridos. Para as elites políticas hai, ademais, obvios incentivos de lexitimación para abrazar políticas coma estas, que poden ser en realidade retardatarias. En segundo lugar, está a cuestión de se os «intereses rexionais» aproveitan do pulo da «capacidade rexional», problema que obviamente non admite unha soa resposta, pois depende de varios factores, pero sobre todo de qué se agache baixo o termo de «intereses rexionais». De certo, a suposición de que os actores

rexionais son os mellores defensores dos «intereses rexionais» está na base da lexitimación dos rexionalismos e «nacionalismos» centrífugos, pero dista de ser evidente, e de ser tomada acriticamente pode ser proxeccionada ó ámbito de comunidades inferiores, o que aboca a un absurdo reduccionismo anarcoide.

A obra de Pasquier deixa translucir un sólido traballo de investigación empírica. En concreto, o seu tratamento das rexións españolas amosa un coñecemento moi profundo, non doado de atopar nun estudioso estranxeiro. Aínda que cometa algúns erros, non son graves e sobre todo non adoitán atinxi-la súa argumentación. Respecto de Galicia, a obxección máis grave que se lle podería facer é que, con frecuencia, inclúe baixo a rúbrica de «nacionalismo» posicións rexionalistas, autonomistas, galeguistas xunto coas propiamente nacionalistas. No seu descargo, cabe aducir que a propia bibliografía xerada en Galicia sobre estas cuestións non é sempre clara. Hai xa tempo propuxen³ rete-la palabra «diferencialismo» para expresa-lo residuo común a estes diversos movementos e ideoloxías, con todo, tan diferentes, e mesmo opostos, entre eles. A miña proposta non tivo éxito. Tampouco no caso de Pasquier; mesmo que cite este meu traballo. Isto condúceo a afirmacións manifestamente inconsistentes como a cualificación da ORGA como partido nacionalista, e sobre todo, o que é máis grave, a unha mala comprensión do proceso autonomista que abocou ó presente Estatuto. En contra do que escribe o autor, os nacionalistas galegos non tiveron incidencia neste proceso, embarcados como estaban (ou «estabamos») nunha fuxida cara adiante, en prosecución da autodeterminación (obxectivo non só «gasoso», senón estridentemente prematuro). Tampouco os galeguistas, agás o prudente e sagaz Ramón Piñeiro, incidiron abondo no proceso (alén de Pasquier e da súa obra, é bo lembrar que unha parte importante dos beneficiarios deste proceso non só non o propiciaron, senón que o dificultaron canto puideron).

En suma, malia as reservas expresadas, a tese de Romain Pasquier páreceme excelente, tanto na vertente teórico-constructiva, coma na da análise histórica-empírica das rexións que estudia. 

³ J. VILAS NOGUEIRA, «Ideología y periodización del diferencialismo gallego en el siglo XIX», en VII COLOQUIO DE PALI, *De la crisis del Antiguo Régimen al franquismo. Ideología y sociedad en la España contemporánea*, vol. 2. Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1977.

LA PETICIÓN DE RECIBIMIENTO A PRUEBA EN PRIMERA INSTANCIA EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1998¹

Juan B. Lorenzo de Membiela

Letrado de la Administración de la Seguridad Social

1. Ámbito objetivo

Una doble problemática conformará el objeto del presente estudio: la relevancia procesal de los defectos formales en la petición de recibimiento a prueba y la concurrencia de hechos controvertidos de trascendencia para el pleito como condicionante de la actividad probatoria. Tales cuestiones quedan referidas en los apartados 1º y 3º del art. 60 de la Ley jurisdiccional², reguladores del procedimiento en primera o única instancia (sección 6ª, capítulo I, título IV).

¹ Abreviaturas empleadas en este estudio: LJCA: Ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998; LEC: Ley de enjuiciamiento civil; LEJCA: Ley de 22 de junio de 1884, sobre ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa; LOPJ: Ley orgánica del Poder Judicial; AATS: Autos del Tribunal Supremo; ATS: Auto del Tribunal Supremo; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; CE: Constitución española de 1978 y FD: Fundamento de derecho.

² Artículo 60:

1. Solamente se podrá pedir el recibimiento del proceso a prueba por medio de *otrosí*, en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias. En dichos escritos deberán expresarse en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba.

La importancia que posee este art. 60 en el contexto de la evolución de normas procesales contenciosas radica, a semejanza de como ocurriera en el derogado art. 74 de la Ley jurisdiccional de 1956, en el reconocimiento a las partes de instar cualquier actividad probatoria allende de la ya realizada en el procedimiento administrativo que causa la actuación jurisdiccional. Efectivamente, frente a la Ley Santamaría de Paredes de 1884³, claramente restrictiva a cualquier acción probatoria, la Ley de 1956 jurisdiccionalizó el proceso confiando el control de la actividad administrativa a auténticos órganos jurisdiccionales⁴ y reconociendo a las partes, consecuentemente, la disposición a solicitar la apertura del proceso probatorio, criterio mantenido en el texto vigente en los arts. 57, 59.2º, 60.1º y 85.3º.

Esa transformación de la jurisdicción contenciosa motivó la recepción de la LEC por dos motivos⁵: a) Por la incidencia del art. 4 de la LEC de 2000, dados los vacíos procedimentales existentes y b) Por la directa acogida que realiza la LJCA de 1998 del texto civil en su disp. final primera. Sin embargo, si bien es cierto que para el recibimiento a prueba es

2. Si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, el recurrente podrá pedir el recibimiento a prueba dentro de los tres días siguientes a aquél en que se haya dado traslado de la misma, sin perjuicio de que pueda hacer uso de su derecho a aportar documentos conforme a lo dispuesto en el artículo 56.4.

3. Se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito. Si el objeto del recurso fuera una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos[...].

³ Cfr. T. R. FERNÁNDEZ y J. A. SANTAMARÍA, *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Institutos de Estudios Administrativos, Madrid, 1977, § 57, señalan que la Ley de 1888, arts. 53 a 57, no prohibía la solicitud y práctica de pruebas. Sin embargo su Reglamento de procedimiento de 29 de diciembre de 1890, art. 327, si constriñó esa actividad, estableciendo:

«La prueba que se proponga se concretará a los hechos sobre los que verse el expediente gubernativo y a los que teniendo relación con él hayan sido fijados en los escritos de demanda y contestación, si existiese disconformidad entre las partes, con excepción de los que, según las disposiciones vigentes, deban acreditarse únicamente dentro de términos especiales en la vía gubernativa».

La doctrina administrativista, como recoge Borrajo Iniesta, en *Prueba y jurisdicción revisora*, Revista Española de Derecho Administrativo, 1989, 61, s.p., [pero 127 y ss.] remitiéndose a Gallostra –en *Lo contencioso-administrativo*, Madrid, M. Tello, Madrid, 1881, p. 530– reconocía que *La regla general es que no se practiquen pruebas*.

⁴ RUJILLO PEÑA, *La jurisdicción contencioso-administrativa como revisora de los actos de la Administración. Alcance de la reforma introducida por la Ley de 27 de diciembre de 1956*, Revista de Derecho Público, 1956, pp. 65 a 82.

⁵ Sobre la aplicación de los principios procesales civiles en materia probatoria a la actividad desarrollada en el proceso contencioso administrativo, *vid.* SSTS de 17 de febrero de 2000 (RJ 2000,1331); 6 de mayo de 1999 (RJ 1999,4495); 9 de febrero de 1999 (RJ 1999,2278); 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998,8173); 5 de marzo de 1997 (RJ 1997,1814) y 20 de noviembre de 1996 (RJ 1996,8083), entre otras.

necesario la petición de las partes en *Otrosí digo* de la demanda o contestación, art. 60.1º, y por ello, reconociéndoles un poder dispositivo sobre esta fase del proceso cognoscitivo, el mismo queda subordinado, a discreción del *iudex*, cuando concurra disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia al pleito.

Pero también condicionado, por imperativo legal, bajo dos circunstancias adicionales no exentas de polémica: que en los escritos rectores se expresen en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba, art. 60.1º y cuando la pretensión refiera a sanción administrativa o disciplinaria, *ex art.* 60.3º de la LJCA de 1998, y exista disconformidad en los hechos se recibirá a prueba prescindiéndose del juicio de trascendencia del órgano jurisdiccional. Estas restricciones probatorias, en suma, se justifican sobre la menor importancia que tradicionalmente se ha dispensado a la fase probatoria dada la naturaleza revisora de la jurisdicción contenciosa junto a la finalidad de impedir la práctica de pruebas con finalidad dilatoria⁶.

Sobre si estas previsiones son de aplicación al procedimiento abreviado podría entenderse, bajo una interpretación estricta, la inexistencia del trámite, véanse los apartados 10º y 11º del art. 78 que prevén únicamente la proposición omitiendo cualquier referencia explícita al recibimiento.

Pero la incidencia bien sea del art. 78.23º de la Ley jurisdiccional que remite a las generales de la LJCA de 1998 y por ende al artículo 60, bien la disp. final primera de la misma que remite a la LEC de 2000 y por ello al art. 429.1º de la misma, provocan que antes de la proposición se encuentre el recibimiento a prueba que en la terminología tradicional se entiende como la necesidad de que el proceso sea recibido a prueba y sobre la concurrencia imperativa de este trámite la aplicación de las previsiones del art. 60.1º y 3º. No es impeditivo a la exigencia de éste la circunstancia del carácter oral del procedimiento que justifica, dada la concentración concurrente, la condensación de la petición de recibimiento y proposición de medios probatorios hasta el extremo que la ley omite cualquier referencia al recibimiento (fenómeno que no es usual en la regulación de los procedimientos orales pero que no implica su desaparición o sustitución por la proposición de los medios probatorios⁷).

⁶ TORRES FERNÁNDEZ en el comentario al art. 60 en *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 552 y ss.

⁷ Vid. MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional* (con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR), 9ª Edic., t. II, Tirant lo Blanc, Valencia, 2000, p. 271.

2. Relevancia procesal de los defectos de la petición de recibimiento a prueba en *otrosí digo* de la demanda y contestación

La petición de recibimiento a prueba plasmada en el art. 60.1º de la LJCA de 1998 es resultado de la tradición normativa de esta jurisdicción especializada que arranca desde el art. 53 de la Ley de 22 de junio de 1894 sobre ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa⁸ en relación con los arts. 325 a 328 de su reglamento y, posteriormente, por el artículo 74.1º de la LJCA de 1956. En la Ley jurisdiccional vigente se añade un nuevo momento, el de las alegaciones complementarias del art. 53.2º. Con la acotación temporal de estos actos la ley aplica el principio preclusivo en materia de prueba con la finalidad de evitar un desequilibrio en el proceso en perjuicio de la parte contraria⁹.

El modo de hacer viable esa petición tanto como lo fue en la LEJCA de 1884 como en la vigente de 1998 es a través de *Otrosí* en la demanda o contestación. Concretamente el art. 53 de la LEJCA de 1884 establecía que *solamente se podrá pedir el recibimiento del pleito a prueba por medio de otrosíes en los escritos de demanda y de contestación a la demanda*. Y esa exigencia perdura actualmente en el art. 60.1º exigiendo que *solamente se podrá pedir el recibimiento del proceso a prueba por medio de otrosí, en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias[...]*.

No es extraño que derivado del propio tenor de la norma la doctrina exigiera *sensu stricto* que la petición se realizara de este modo, *vid.* AATS de 2 de marzo de 1930, 30 de octubre de 1932, 24 de enero de 1934, 24 de febrero de 1934, 24 de noviembre de 1951 y 31 de enero de 1955¹⁰. Como doctrina más actual, ATS de 3 de abril de 1998¹¹, FD único:

«Tanto por razón de que no se pide el recibimiento a prueba del proceso por medio de *otrosí* en el escrito de demanda, como por no expresarse los puntos de hecho sobre los cuales haya de versar la prueba, cuanto por la consideración de que no parece haber, por ahora, al menos, hechos de interés sobre los que haya disconformidad, es procedente, a tenor del art. 74 de la ley reguladora de esta jurisdicción declarar no haber lugar al recibimiento a prueba, sin perjuicio de que, en su caso, la sala pueda acordar lo que corresponda a tenor del art. 75 de la misma ley».

Sin embargo, tanto la STS de 29 de octubre de 1906 que sanciona *que basta solicitar el recibimiento a prueba en el suplico de la demanda aunque no*

⁸ Gaceta de Madrid de 2 de julio.

⁹ STS de 7 de octubre de 1997 (RJ 1997,7027), FD cuarto.

¹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, Madrid, p. 947.

¹¹ (RJ 1998,3966).

se haga por medio de otrosí¹² como algún sector de la doctrina, González Pérez¹³, defienden la suficiencia de la petición del recibimiento consignado en la demanda o en la contestación prescindiendo de hacerse en otrosí digo. Estiman que lo esencial es que queden consignados en los escritos rectores del proceso. O bien la tesis expuesta por Álvarez Cienfuegos y Suárez y González Rivas¹⁴ que esgrimen, sobre la superación de la concepción revisora de la jurisdicción contenciosa y la incidencia del art. 24.2º de la CE, que la expresión *solamente* del art. 60.1º no debe entenderse como una restricción al derecho a la prueba.

Otros autores defienden la formalidad del requisito esgrimiendo la imposibilidad que el juez o la sala puedan realizar cualquier apreciación subjetiva debiendo acordar el recibimiento a prueba hechas las comprobaciones pertinentes¹⁵.

Sin embargo, la ubicación de la solicitud de recibimiento específicamente en *otrosí* no deja de ser un reducto histórico de estructuración de la demanda que en modo alguno ha tenido su plasmación en la nueva LEC de 2000. Confróntese cómo, si bien en la LEC de 1881 el empleo de los *otrosíes* era reconocido en diversos artículos (508, 549, 662, 663, 859, 860 y 2071) esta fórmula no ha tenido acceso al nuevo texto, posiblemente porque contemplan los escritos de demanda y contestación integralmente.

Por ello, si la solicitud de recibimiento a prueba no se consigna en *otrosí* de la demanda o contestación sino en el cuerpo del escrito, no estimo jurídicamente acertado que sea rechazada sobre una impropia ubicación física en el escrito rector. Sería difícilmente justificable para cualquier órgano jurisdiccional, bajo un criterio de sistemática de doctrina constitucional, cómo el Tribunal Constitucional puede declarar como de *excesivo rigor en la literalidad de la ley* la inadmisión del recurso a causa de la inexistencia de separación entre los hechos y fundamentos jurídicos de la demanda o contestación y la exigencia que la petición de recibimiento a prueba conste inexcusablemente en *Otrosí* excluyéndose su ubicación en otro lugar. Sobre aquella doctrina la STC de 16 de septiembre de 1997¹⁶, FD quinto:

¹² GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Civitas, cit., p. 947.

¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, t. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 739.

¹⁴ ÁLVAREZ CIENFUEGOS y SUÁREZ y GONZÁLEZ RIVAS, *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 178.

¹⁵ ISIDRO E. DE ARCENEGUI en el comentario al art. 60 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, en *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998*, Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas, 1999, Madrid, p. 479.

¹⁶ (RTC 1997, 147).

«En este punto, como con acierto manifiesta el Ministerio Fiscal, debe atenderse a la finalidad de los preceptos transcritos: la misma consiste en que las partes demandas y el tribunal tengan cabal conocimiento de lo que es objeto del recurso, de los fundamentos jurídicos en que se basa el demandante, y, en su caso, de los elementos controvertidos que deben ser objeto de prueba, de modo que los requisitos formales no son un fin en sí mismos, sino un instrumento para la mejor administración de justicia y, en consecuencia, para la tutela judicial efectiva.

Contrariamente, tal como ocurre en el presente caso, si pese a no existir la separación exigida por el citado art. 69.1, es posible deducir con un mínimo de seguridad jurídica los presupuestos fácticos y jurídicos en que se apoya la *causa petendi* manifestada en la demanda, aplicar la circunstancia de inadmisión prevista en el citado art. 82, g) LJCA, y el consiguiente rechazo por motivos formales del recurso contencioso interpuesto por la recurrente implica una interpretación no ajustada a las exigencias constitucionales de tales normas procesales que conlleva indefensión, toda vez que por el órgano judicial se ha impedido la oportunidad de conocer la pretensión suscitada por la parte recurrente, así como las razones que le determinaron a la formulación de la demanda ante la jurisdicción, máxime, cuando como ocurre en el presente caso, la pretensión tiene fundamentalmente un carácter impugnativo de diversas normas jurídicas. Por ello, en definitiva, puede afirmarse la existencia de la lesión producida del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de acceso a la instancia legalmente preestablecida».

Por ello, la denegación del recibimiento a prueba a causa de la defectuosa ubicación de la petición supondría una denegación arbitraria o irrazonable que motivaría la interposición de recurso de amparo contra el auto desestimatorio del recurso de súplica interpuesto contra el auto denegatorio del recibimiento dictado por el órgano jurisdiccional, *vid.* STC de 11 de junio de 1992¹⁷, FD tercero :

«Entrando ya en el análisis de la cuestión planteada es lo cierto –y así lo ha declarado este Tribunal Constitucional (ATC 294/1985)– que el art. 24.2 de la Constitución no impide que se exija a las partes en la aportación de sus medios de prueba la observancia de requisitos procesales, como también es claro que el control del cumplimiento de dichos requisitos les corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria en un juicio de legalidad sobre la decisión del recibimiento del proceso a prueba que únicamente podrá ser examinado en sede constitucional y, en su caso, revisado por este tribunal cuando la denegación carezca de motivación o ésta resulte arbitraria o irrazonable (ATC 52/1989, entre otros) [...]».

¹⁷ (RTC 1992, 94).

3. Relevancia procesal de los defectos en la consignación de los puntos de hecho en la demanda o contestación

El art. 60.1º *in fine* de la LJCA de 1998 exige que en los escritos de demanda y contestación deberán expresarse de forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba. Este requisito tuvo como antecedente inmediato el art. 74.2º de la LJCA de 1956.

Algunos autores estiman que el requisito exigido por la LJCA de 1998 no es simplemente ritual sino esencial¹⁸. Incluso, postulan que no conculca el derecho constitucional del art. 24.2º de la CE¹⁹. Sin embargo, frente a esta concepción, otro sector de la doctrina, Martín Contreras critica la inclusión de esta carga estimando ser suficiente con que las partes pidan el recibimiento a prueba sin necesidad de fijar los puntos de hecho encontrando su justificación bien sobre antecedentes legislativos, porque en el proyecto de ley inicial la suprimía siendo incluida en la aprobación definitiva del proyecto en el Congreso; bien sobre principios constitucionales, porque no armoniza este precepto con el derecho a la prueba del art. 24.2º de la CE y con la circunstancia que las partes tienen más oportunidades procesales para determinar esos puntos de hecho, *u.gr.* en los escritos de proposición de los medios o medio probatorio²⁰. En esta misma línea, Calderón Cuadrado, denuncia las limitaciones funcionales que la prueba posee en el proceso contencioso administrativo amparándose en su naturaleza revisora²¹. Doctrina antigua del Tribunal Supremo admitió esta limitación probatoria en diversos pronunciamientos así el ATS de 24 de noviembre de 1951, señalando:

«No puede prescindirse de la norma que ordena, de manera tan terminante como inequívoca, que al solicitar el demandante el recibimiento a prueba por medio de otrosí, en el escrito de demanda expresará las puntos de hecho sobre los que habrá de versar aquella y como sólo es lícito el

¹⁸ Torres Fernández en el comentario al art. 60 en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, cit., p. 551.

¹⁹ ISIDRO E. DE ARCENEGUI en el comentario al art. 60 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*, cit., p. 480 y Fiol Gomila, *Notas sobre la incidencia de la interpretación jurisprudencia en el ámbito de la prueba* en «Incidencia de la Constitución en los Procesos Contencioso-Administrativos», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1992, 11, s.p. [pero 441-6].

²⁰ MARTÍN CONTRERAS, *El procedimiento ordinario en la jurisdicción contencioso-administrativa (Estudio práctico, jurisprudencia y formularios)*, Comares, Granada, 1999, pp. 289 y 349.

²¹ CALDERÓN CUADRADO, *Proceso Administrativo-Prueba. Breves consideraciones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1997, de 28 de enero*, Revista General Informática del Derecho, 1997, s.p. [pero 7041].

ejercicio del derecho cuando éste se ajusta a las prescripciones de la ley, tanto en el momento de efectuarlo como en la forma y trámite de la actuación correspondiente, es notorio que en el caso actual, al manifestar la representación de la parte actora en el tercer «otrosí» de su escrito de demanda que para en su día interesa al derecho de esta parte que se reciban estos autos a prueba, señalando a tales efectos el expediente del recurso contencioso-administrativo, es inestimable que al quedar incumplidos preceptos legales de rigurosa observancia no puede accederse a lo solicitado [...]».

O en la STS de 18 de diciembre de 1950, en términos más amplios:

«Exige de manera terminante que las partes, al hacer uso de la facultad a que alude el artículo 53 (hoy art. 74, LJ) de la ley, expresarán los puntos de hecho sobre los cuales la prueba ha de versar [...]».

En identidad con las siguientes resoluciones: autos de 26 septiembre 1907, 30 enero 1908, 25 abril 1911, 6 y 26 marzo 1912, 11 marzo 1929, 3 y 20 enero, 20 y 22 marzo, 12, 24 y 26 abril y 9 octubre 1930, 7 mayo y 6 octubre 1931, 18 marzo y 30 octubre 1932, 21 mayo 1934, 20 abril 1940, 13 junio 1947, 21 mayo y 21 octubre 1949, 29 mayo y 25 abril y 18 diciembre 1950, 9 abril 1951 y 24 febrero 1955²².

Idem el ATS de 7 de marzo de 1908 declarando que *no cabe estimar el recibimiento a prueba si en el otrosí de la demanda se pidió de una forma vaga e indeterminada*²³. O bien el ATS de 24 de noviembre de 1951 señalando que:

«No se cumplen las prescripciones legales en la proposición de prueba, si se expresa en *Otrosí* de la demanda que *para en su día interesa al derecho de su parte que se reciban estos autos a prueba, señalando a tal efecto el expediente del recurso contencioso-administrativo promovido por D. N. N. sobre este mismo asunto, y los archivos municipales y expedientes de su razón*».

Modernamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene idéntica *ratio* en algunas de sus resoluciones, véase la Sentencia de 28 de abril de 1999²⁴, FD primero:

«Articula la recurrente la impugnación de la sentencia recurrida mediante dos motivos de casación, deduciendo el primero con fundamento procesal en el art. 95.1.3 LJCA en el que impugna la sentencia por haberse omitido a su juicio las garantías debidas en la instancia en lo referente al recibimiento a prueba que solicitó en su momento en el cauce del art. 74 LJCA y cuyo recibimiento a prueba le fue denegado por Auto de 9 de marzo de 1992 y confirmado en súplica por el de 28 de mayo siguiente; a cuyo fin debe señalarse que al solicitar por *otrosí* el recibimiento del proceso a

²² GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, t. II, cit., p. 740.

²³ MEDINA Y MARAÑÓN, *Leyes Administrativas de España*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941, p. 37, l. VI.

²⁴ (RJ 1999, 5359).

prueba en el escrito de demanda, no señaló la ahora recurrente los extremos concretos sobre los que la misma habría de versar, habiéndose limitado a mencionar genéricamente la población del núcleo que delimita, tráfico rodado y mejora del servicio, sin concretar como establece el art. 74 de la LJCA los concretos puntos de hecho sobre los que habría de versar (art. 74.2 LJCA) para deducir de ellos una conclusión fundante de la pretensión, ya que sólo los hechos concretos como número de viviendas o apartamentos, contratos de agua y luz, intensidad del tráfico, número de accidentes y similares, son objeto del procedimiento probatorio y no las conclusiones de ello referidas a conceptos abstractos, como población, tráfico, etc. que es a lo que se refiere la recurrente al interesar el recibimiento del proceso a prueba; por lo que ante esta ausencia de delimitación de los hechos, que implica en la parte actora un incumplimiento de la carga procesal que le corresponde, debe ser desestimado el motivo, ya que para estimar infringida una garantía procesal debe la parte cumplir previamente con lo que al respecto le incumbe [...].»

O la STS de 7 de febrero de 2000²⁵, FD segundo:

«En el asunto que decidimos la recurrente, en su demanda, escrito en el que es preciso solicitar el recibimiento del pleito a prueba, hizo una petición genérica de prueba, sin mencionar los puntos de hecho sobre los que ésta debería versar. La consecuencia fue la denegación del recibimiento a prueba del pleito, decisión que no fue impugnada. En consecuencia, la no realización de la prueba, cuya omisión la recurrente considera que le ha producido indefensión, ha sido debida a sus propios errores, por lo que no puede fundarse en ella el éxito del recurso de casación interpuesto [...].»

La finalidad de fijar los puntos de hecho no responde, señala alguna sentencia del Tribunal Supremo, a exigencias formalistas carentes de efectos sustanciales sino a asegurar el principio de contradicción procesal y proscripción de la indefensión, *vid.* STS de 5 de julio de 1999²⁶, FD tercero:

«La falta de indicación concreta de los hechos y alegaciones sobre los que debe recibirse a prueba el pleito, por parte del demandante, constituye, no un simple formalismo, carente de efectos sustanciales, sino requisito fundamental, a los efectos de asegurar en toda su amplitud el principio de contradicción procesal, permitiendo a la contraparte la adecuada base informativa para oponerse adecuadamente, precisamente, respecto a esos hechos y preparar, a su vez, los medios o instrumentos de prueba necesarios para rebatir tales extremos. Precisamente, por ello, la admisión de la prueba en tal condición, implicaría un debilitamiento *ab initio* de los derechos de defensa del demandado y de sus posibilidades de defensa idónea y adecuada, con la consiguientemente

²⁵ (RJ 2000, 1934).

²⁶ (RJ 1999, 6057).

aparejada dosis de indefensión, sin que por tanto, tampoco pueda hablarse de la falta de tutela judicial efectiva ni infracción del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del recurrente –por los motivos indicados–, prescritos en el artículo 24 de la Constitución».

Aunque estimo excesiva esta doctrina en tanto que el recurso contencioso viene condicionado sobre una actuación administrativa previa que es indiciaria, al menos, de los elementos fácticos discrepantes. Es decir, la actuación administrativa previa genera una seria expectativa de aquellos medios probatorios a utilizar para sostener la fundamentación jurídica interesada. Y sobre lo expuesto junto al derecho constitucional a la prueba del art. 24.2º de la CE no estimo que la omisión de fijar estos puntos de hecho genere indefensión de modo alguno –desde un aspecto material–.

La exigencia normativa, además, la estimo en contradicción con aquella doctrina sentada en ATS de 30 de marzo de 1998²⁷, que permite la enumeración de los medios de prueba de los que intenten valerse los interesados más que una exhaustiva enumeración de los puntos de hecho, su FD único, establece:

«El artículo 74.3 de la Ley de la jurisdicción establece que se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de indudable trascendencia para la resolución del pleito. En el presente caso los recurrentes, más que expresar los puntos de hecho sobre los que debe versar la prueba, enumeran los medios de prueba de los que pretenden valerse, que, aparte de tener por reproducidos los documentos que acompañan a la demanda, consisten en la solicitud de una certificación sobre los datos que indican correspondientes a don Guillermo P. A., respecto a cuya situación jurídica estiman que se ha producido para ellos una vulneración del principio de igualdad, por lo que tienen interés en acreditar las circunstancias de dicha situación jurídica. En consecuencia, procede acordar el recibimiento a prueba que se pide [...]».

También con la contenida en el ATS de 9 de febrero de 1998.²⁸

«En el supuesto presente el demandante solicita que la prueba verse sobre los hechos a los que se oponga la Administración demandada. En el escrito de contestación la parte demandada niega los hechos de la demanda distintos o que estén en contradicción con los que resulten del expediente administrativo. Pueden existir, por tanto, hechos de trascendencia para la resolución del pleito que el demandante quiera probar de entre los que expone en su escrito de demanda, y que, sin embargo, no resulten del expediente administrativo. Como el señor abogado del Es-

²⁷ (RJ 1998, 3352).

²⁸ (RJ 1998, 2106).

tado niega en principio los hechos de la demanda, salvo que resulten del expediente administrativo, debemos admitir como puntos de hecho sobre los que la prueba debe versar aquéllos que, constando en la relación de hechos del escrito de demanda, el demandante considere que no se encuentran debidamente acreditados por el expediente administrativo y, sobre los cuales, por tanto, no hay conformidad entre las partes, cumpliendo el requisito de ser de posible trascendencia para la resolución del pleito, por lo que, en definitiva, procede acordar el recibimiento a prueba que se pide [...]».

Otros pronunciamientos valoran el requisito de modo más flexible. En el ATS de 25 de febrero de 1998²⁹, FD segundo, se pondera como relevante a efectos de desestimar el recurso de súplica contra la denegación de la prueba la circunstancia de que el *iudex a quo* ofreciera al recurrente la posibilidad –infructuosa– de subsanar los defectos que causó en la redacción de la demanda. Lo valorable de esta resolución es precisamente la conducta negligente del demandante que omitió la corrección de su escrito aún siendo sugerido el defecto por el órgano jurisdiccional, no la omisión *sensu stricto* de los puntos de hecho:

«El derecho que reconoce el invocado artículo 24.2 CE es a la utilización de la prueba pertinente para la defensa. No se trata, por tanto, de un derecho a una indiscriminada utilización de la prueba sino sólo a aquella que tenga relación con los hechos objeto del proceso y que pueda tener relevancia para la decisión del mismo. Ahora bien, para examinar la concurrencia de tales exigencias y poder decidir sobre la procedencia del recibimiento cuestionado es imprescindible que la parte, como exige el artículo 74.2 LJCA, exprese los puntos de hecho sobre los que habría de versar la prueba cuyo recibimiento se solicita. En el presente caso no se cumple con dicho requisito, a pesar de haberse dado oportunidad a la parte para poder subsanar la inicial omisión apreciada en su escrito de contestación. En efecto, en este trámite se mencionan diversos medios de prueba (documental, pericial caligráfica, si fuera menester, confesión y testifical), sin señalar el concreto objeto fáctico sobre el que había de versar, y luego, en el trámite especialmente otorgado, se hace referencia a la veracidad de los hechos manifestados en dicho escrito de contestación y a la inexactitud del relato histórico de la demanda; referencias en sí mismas insuficientes, por su generalidad, para dar cumplimiento a lo establecido en el indicado precepto de la Ley de la jurisdicción [...]».

Otra tesis, en un punto armónico entre la exigencia procedimental del art. 60.1º de la Ley jurisdiccional y el art. 24.2º de la CE, es la contenida en la STS de 24 de noviembre de 1998³⁰. Sanciona la imposibilidad de atribuir al vigente art. 60.1º de la LJCA de 1998 un valor absoluto al in-

²⁹ (RJ 1998, 3211).

³⁰ (RJ 1998, 9310).

cumplimiento de expresar los puntos de hecho sobre los que ha de recaer la prueba reconociendo sólo eficacia invalidatoria cuando prive al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin de conformidad con lo previsto en el artículo 240 de la LOPJ atemperado con el respeto al derecho a la tutela judicial, art. 24.1º de la CE y el deber de promover la defensa que proclama el artículo 24.2º de la CE. Su FD tercero, establece:

«La secuencia de actos procesales así recogida pone de manifiesto que la sentencia de instancia ha incurrido en la infracción del ordenamiento jurídico que se le imputa, puesto que, si bien el artículo 74.2 de la Ley jurisdiccional expresa que la solicitud de recibimiento a prueba «no será admisible si no expresara los puntos de hecho sobre los cuales haya de versar la prueba o hubiere conformidad acerca de los mismos entre las partes», dicho precepto no permite dar valor absoluto al incumplimiento de dicho requisito, sino que el mismo sólo revestirá trascendencia invalidatoria cuando prive al acto de los requisitos indispensables para alcanzar su fin (de conformidad con el principio que luce en el artículo 240 de la Ley orgánica del Poder Judicial), según la interpretación que resulta obligada en función del respeto al derecho a la tutela judicial y el deber de promover la defensa que proclama el artículo 24 de la Constitución [...]».

Diferente doctrina pero con idéntica finalidad aquélla que promueve una interpretación flexible del requisito del art. 60.1º *in fine* plasmada en la STC de 11 de junio de 1992³¹. En ésta ante la vaguedad de los puntos de hecho determinados por el recurrente, mezclando éstos y los fundamentos jurídicos, esta imprecisión es corregida en el recurso de súplica interpuesto contra el auto denegatorio del recibimiento a prueba, estimando el tribunal la lesión del art. 24.2º al no valorar el juez ordinario esa subsanación. El FD tercero, determina:

«No puede negarse que en el primer escrito de solicitud del recibimiento del proceso a prueba, el recurrente mezcla lo que con la terminología del art. 74.2 de la LJCA pueden denominarse «puntos de hecho» con «puntos de derecho» o valoraciones que exceden con mucho de la estricta fijación de hechos que se pretende acreditar. Como tampoco puede negarse que en la enumeración que hace el recurrente en el *otrosí* de su demanda, existe, al menos, un punto (el 1), referido –sólo y exclusivamente– a un hecho muy concreto, y otros que, aunque contengan algunas valoraciones, fijan con absoluta claridad hechos concretos y determinados (3, 4 y 9). Por todo ello, aun en el hipotético caso de que esa falta de claridad y rigor expositivo pudiera haber sido considerada razonablemente por la sala como un incumplimiento del requisito exigido por el art. 74.2 de la LJCA, dicho incumplimiento resultó completamente subsanado en el escrito del recurso

³¹ (RTC 1992, 94).

de súplica, en el que el actor dio una nueva redacción a los puntos de hecho sobre los que deberían versar las pruebas solicitadas. Sin duda, son puntos de hecho concretos y claros los relativos al número de escalafón que ocupaba el comandante Antonio Esteban Muguero y para cuando estaba previsto su ascenso a teniente coronel, el referente al grado militar de los demás profesores extranjeros en la academia o el relativo al momento en que se recibió en España el *memorandum* sobre el intercambio de oficiales de las USAF y el Ejército del Aire español. Con su recurso de súplica el recurrente subsanó, pues, el defecto inicial pese a lo cual el órgano judicial confirmó la denegación de las pruebas insistiendo en el argumento de la omisión de la exposición de los hechos sobre los que debía versar la prueba, motivación que resulta a todas luces irrazonable y arbitraria [...]».

Sobre las resoluciones expuestas cabe vislumbrar una incipiente doctrina judicial que permite la subsanación de la omisión de los puntos de hecho, si apreciado el defecto por el juez, sea ponderando la subsanación que pueda realizarse a través del recurso de súplica interpuesto contra el auto denegatorio del recibimiento a prueba, sea porque sería posible su rectificación al no tratarse de actos descritos en el art. 240.1º de la LOPJ y ostentar la Ley jurisdiccional de 1998, como ya lo hiciera la de 1956, un claro reconocimiento al antiformalismo procedimental³². Favoreciendo la subsanación de los actos procesales que de alguna manera causen indefensión a la parte por infracción del art. 24 de la CE, véase la incidencia del art. 138.2º de la Ley jurisdiccional.

Antiformalismo reconocido por jurisprudencia del Tribunal Supremo, tal como la STS de 24 de octubre de 1990³³, FD tercero:

«El principio antiformalista que la propia exposición de motivos de la Ley jurisdiccional estima debe regir con la finalidad de dar satisfacción a las demandas de justicia, y, por otro lado, que las dudas en la interpretación de las normas deben ser resueltas de la forma en que se logre la mayor efectividad de los derechos fundamentales, y en el caso presente la conclusión que se ha sentado con relación a los repetidos recursos de reposición implica la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva [...]».

En relación con la conocida STS de 13 de julio de 1987³⁴.

No debemos obviar otro fenómeno importante que se manifiesta en algunas sentencias de esta jurisdicción especializada: el empleo como puntos de hecho de aquéllos que lo son, en realidad, de derecho y cuyo resultado no causa la inadmisión del recibimiento del pleito a prueba

³² ÁLVAREZ CIENFUEGOS y SUÁREZ y GONZÁLEZ RIVAS, *Análisis Teórico y Jurisprudencia de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio*, cit., p. 383.

³³ (RJ 1990, 8324).

³⁴ (RJ 1987, 6886).

por inexistencia de exposición ordenada de los puntos de hecho *ex art.* 60.1º de la LJCA de 1998 sino por la causa del art. 60.3º. Prueba de ello, el ATS de 30 de junio de 1998³⁵, FD único:

«Para que deba recibirse el proceso a prueba el artículo 74.3 de la Ley de la jurisdicción (RCL 1956\1890 y NDL 18435) exige que exista disconformidad en los hechos y que éstos sean de indudable trascendencia para la resolución del pleito. En el presente caso la parte recurrente considera como punto de hecho sobre el que deberá versar la prueba la determinación de las funciones propias de los oficiales y de los auxiliares de la Administración de Justicia. Sin embargo, dicha determinación no constituye una cuestión de hecho, sino de derecho, ya que las funciones de los cuerpos de oficiales y de auxiliares al servicio de la Administración de Justicia vienen establecidas por los artículos 485 y 486 de la Ley orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375), y especificadas en los artículos 3 y 9 del Reglamento orgánico de los cuerpos de oficiales, auxiliares y agentes al servicio de la Administración de Justicia, aprobado por Real decreto 249/1996, de 16 febrero (RCL 1996\754 y 1269), así como en las demás disposiciones concordantes legales o reglamentarias de aplicación. Por tanto, no pidiéndose el recibimiento a prueba sobre un punto de hecho, procede su denegación».

Incluso la muy discutida fórmula genérica empleada por abogados y letrados de las administraciones públicas remitiéndose genéricamente al expediente administrativo estos últimos, como a los hechos a los que se oponga la Administración aquéllos, son admitidos, aún la infracción del art.60.1º sobre el siguiente razonamiento contenido en el ATS de 9 de febrero de 1998³⁶, FD único:

«Para que proceda el recibimiento del proceso a prueba el artículo 74 de la Ley de la jurisdicción exige que se expresen en la solicitud los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba, añadiendo que se acordará el recibimiento a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de indudable trascendencia para la resolución del pleito (apartados 2 y 3). En el supuesto presente el demandante solicita que la prueba verse sobre los hechos a los que se oponga la Administración demandada. En el escrito de contestación la parte demandada niega los hechos de la demanda distintos o que estén en contradicción con los que resulten del expediente administrativo. Pueden existir, por tanto, hechos de trascendencia para la resolución del pleito que el demandante quiera probar de entre los que expone en su escrito de demanda, y que, sin embargo, no resulten del expediente administrativo. Como el señor abogado del Estado niega en principio los hechos de la demanda, salvo que resulten del expediente administrativo, debemos admitir como

³⁵ (RJ 1998, 6681).

³⁶ (RJ 1998, 2106).

puntos de hecho sobre los que la prueba debe versar aquéllos que, constando en la relación de hechos del escrito de demanda, el demandante considere que no se encuentran debidamente acreditados por el expediente administrativo y, sobre los cuales, por tanto, no hay conformidad entre las partes, cumpliendo el requisito de ser de posible trascendencia para la resolución del pleito, por lo que, en definitiva, procede acordar el recibimiento a prueba que se pide».

4. La concurrencia de hechos controvertidos de indudable trascendencia para el pleito

La LJCA de 1998 subordina el recibimiento a prueba de los hechos bajo dos eventos: a) Que exista disconformidad en los mismos y b) Que éstos fueran de trascendencia a juicio del órgano jurisdiccional.

Se ha criticado la concurrencia de estas circunstancias en cuanto restringen significativamente la libertad de las partes a proponer las pruebas que estimen oportunas en defensa de la fundamentación jurídica.

A) Disconformidad en los hechos

No hay disconformidad cuando las partes muestran unanimidad en la exposición de los hechos lo que provoca que no sea necesario probar las fundamentaciones jurídicas expuestas. Nos encontramos ante una circunstancia sobre la que no es posible vislumbrar discrecionalidad excluyéndose cualquier apreciación subjetiva únicamente constatando su existencia o no³⁷.

Desde este aspecto no presenta este apartado novedad procesal alguna respecto a la norma procesal civil³⁸.

Sin embargo, otros autores cuestionan la claridad de este precepto en la práctica sobre dos circunstancias: a) En ocasiones, el recurrido fundará su pretensión en hechos no determinados por el recurrente y b) A causa del exceso de trabajo los letrados al servicio de las administraciones públicas incurrir en el empleo de fórmulas estereotipadas de contenido genérico con aceptaciones o rechazos de contenido global³⁹.

³⁷ Vid. ISIDRO E. de Arcenegui en el comentario al art. 60 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*, Revista Española de Derecho Administrativo, Edición en CD-ROM, Civitas, 1999, Madrid, s.p. [pero 474].

³⁸ MARTÍN CONTERAS, *El procedimiento ordinario en la jurisdicción contencioso-administrativa (Estudio práctico, jurisprudencia y formularios)*, cit., p. 290.

³⁹ Vid. TORRES FERNÁNDEZ en el comentario al art. 60 en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, cit., p. 553.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado que no existe disconformidad en los hechos cuando éstos quedan referidos a sentencias del Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo, *vid.* ATS de 16 de febrero de 1999⁴⁰, FD único:

«El artículo 74.3 de la Ley de la jurisdicción de 1956 establece que se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de indudable trascendencia, a juicio del Tribunal, para la resolución del pleito. En el presente caso no constituye un punto de hecho acreditar el contenido de determinadas sentencias que se citan en el escrito de demanda, a lo que se añade que la sala conoce la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo [...]».

También no existe disconformidad en los hechos cuando la recurrente especifica como puntos de hecho documentos del expediente administrativo que no han sido impugnados por la representación procesal de la Administración demandada, *v.gr.* ATS de 4 de mayo de 1998⁴¹, FD único:

«En el presente supuesto se designan como puntos de hecho sobre los que se solicita el recibimiento a prueba una serie de documentos que constan en el expediente administrativo, cuya validez no ha sido impugnada por el señor abogado del Estado. También se mencionan los documentos acompañados al escrito de demanda cuyo valor probatorio tampoco ha sido objeto de especial impugnación por la parte demandada. La referencia a los demás documentos relacionados con los que son objeto de específica mención carece de la concreción necesaria para determinar el recibimiento a prueba. Por tanto, procede denegar el recibimiento a prueba solicitado por el demandante [...]».

Sí se hace necesario señalar que la disconformidad queda concretada por la confrontación de los hechos fijados por las partes, *vid.* STS de 6 de junio de 1995⁴², FD segundo:

«La denegación del recibimiento a prueba y la desestimación del recurso de súplica interpuesto para subsanar de la alegada transgresión de esa garantía del proceso –a los efectos del art. 95.2 de la Ley jurisdiccional– no ha producido indefensión al actor por versar la prueba solicitada sobre extremos sobre los que la parte contraria no mostró disconformidad, estando, por ello, ajustada al art. 74.3 de la misma ley su desestimación [...]».

⁴⁰ (RJ 1999, 2227).

⁴¹ (RJ 1998, 4714).

⁴² (RJ 1995, 4807).

B) Hechos de trascendencia para el proceso

La LJCA de 1998 marca una modificación importante en lo que a los hechos trascendentes se refiere. El art. 74.3º de la LJCA de 1956 exigía que esos hechos sean de *indudable trascendencia*, hoy el texto vigente exige sólo que sean trascendentes.

Es admitido por autores que el motivo por el cual la norma reconoce a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo la potestad de recibir el pleito a prueba bajo la concurrencia de *hechos de trascendencia* viene originado por la existencia de un expediente administrativo previo donde en la mayoría de los casos tanto los recurrentes como la Administración pública demandada habrán podido practicar las pruebas oportunas⁴³.

La realización de ese juicio valorativo incide directamente en lo que es el derecho constitucional a la prueba, ex art. 24.2º de la CE. Y efectivamente, frente a la limitación establecida en el art. 24.2º que únicamente se refiere a los medios propuestos por las partes, el art. 60.3º de la Ley jurisdiccional añade otra constricción cual es la práctica de un juicio valorativo acerca de la relevancia de los hechos respecto al proceso⁴⁴. Esta restricción incide directamente en el derecho constitucional reconocido lo que puede provocar discrepancias con aquél. Sin embargo, acotar el significado de lo que debe entenderse como *hecho con trascendencia* no es fácil. Podríamos entender como tal aquel hecho que condicione la resolución judicial sobre una interpretación del ATS de 17 de febrero de 1998⁴⁵, cuyo FD primero, establece:

«El pleito a prueba se abrió en aras de la tutela judicial efectiva. Esto significa que las partes acceden y actúan en el proceso sin obstáculo alguno, pero ello comporta la carga para las partes que solicitan el recibimiento del pleito a prueba de concretar los hechos sobre los cuales haya de versar la prueba. Y expresados los hechos –reiteramos con claridad y concreción, lo que no se hizo en el correspondiente escrito– corresponde al tribunal determinar si los mismos son de indudable trascendencia para la resolución del pleito. De ahí la certera respuesta que al primer alegato de los recurrentes da el abogado del Estado, que acogemos en este auto, pues se razonó suficientemente en el auto ahora recurrido la razón de su parte dispositiva. **Que la prueba puede declararse no pertinente si los hechos en que ha de versar la prueba propuesta no son de indudable**

⁴³ ÁLVAREZ CIENFUEGOS y SUÁREZ y GONZÁLEZ RIVAS, *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio*, cit., p. 179.

⁴⁴ Vid. ISIDRO E. de Arcenegui en el comentario al art. 60 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*, cit., s.p. [pero 474].

⁴⁵ (RJ 1998, 7737).

trascendencia, a juicio del tribunal, para la resolución del pleito, es doctrina que el Tribunal Constitucional ha confirmado en su Auto 160/1983, de 13 abril [...]».

El acto discrecional del órgano jurisdiccional valorando la trascendencia o no de los hechos únicamente puede tener relevancia impugnatoria cuando la prueba inadmitida por tal motivo sea productora de indefensión, desde esta perspectiva la STS de 10 de octubre de 1994⁴⁶, FD segundo:

«Por lo que se refiere al segundo de tales motivos, respecto del cual había de reconocerse la producción de la preceptiva indefensión caso de apreciarse la infracción del precepto legal en que se sustenta, ya que toda denegación indebida de prueba evidentemente produce indefensión a quien la interesó, también ha de necesariamente concluirse en su desestimación, toda vez que el artículo 74.3 invocado en la motivación únicamente puede reputarse infringido cuando los hechos a probar por los medios propuestos sean, a juicio del Tribunal, de indudable trascendencia para la resolución del pleito, condición inconcurrente a todas luces en unas pruebas encaminadas, no a demostrar la ilegalidad del acto recurrido sino de otro anterior firme por consentido y cuya validez ya no podía cuestionarse ni, por tanto, motivar la ilegalidad del recurrido por sí solo [...]».

Los hechos carecen de trascendencia cuando sean irrelevantes para la resolución jurídica del pleito, *vid.* ATS 15 de julio de 1998⁴⁷, FD primero:

«La petición genérica formulada por la parte recurrente sin expresar los puntos concretos, según exige el artículo 74.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y los hechos expuestos carecen de trascendencia para la resolución del recurso, según determina el número 3 del artículo 74 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues las cuestiones planteadas en el recurso, derivadas de una reclamación, en solicitud de indemnización de daños y perjuicios por la posible responsabilidad de la Administración pública en aplicación de la legislación reguladora de la edad de jubilación de los funcionarios públicos es una cuestión estrictamente jurídica y puede ser examinada con los datos obrantes en el expediente administrativo y en el escrito de demanda [...]».

No provocando indefensión el no recibimiento a prueba, cuando los hechos alegados sean intrascendentes para la resolución del pleito, *vid.* STS 1 de julio de 1999⁴⁸, FD tercero:

⁴⁶ (RJ 1994, 7808).

⁴⁷ (RJ 1998, 6311).

⁴⁸ (RJ 1999, 6025).

«La representación procesal del recurrente ha expuesto, por último, su queja por haberse denegado el recibimiento a prueba. Pero tampoco este alegato puede ser aceptado. Siguiendo la doctrina de esta sala expuesta, entre otras, en Sentencia de 16 de marzo de 1995 debemos señalar que «Como motivo formal, para ser relevante debiera haber producido indefensión (artículo 95.3 de la Ley jurisdiccional y lo cierto es que, siendo en el presente caso la controversia exclusivamente jurídica (como lo demuestra el hecho de que la razón de la desestimación del recurso por la sentencia de instancia no haya sido la disconformidad del tribunal con los hechos expuestos por la parte actora, sino una determinada interpretación de la normativa aplicable), ninguna indefensión ha originado la denegación del recibimiento a prueba [...]».

Además de esta exposición casuística de lo que debe entenderse como hechos intrascendentes, subyace o debe residir en la decisión del juez la convicción de proscribir las dilaciones indebidas, es decir, no considerar como trascendentes aquellos hechos irrelevantes para la decisión del juicio que producirían un alargamiento innecesario del pleito⁴⁹. Lo que no debe convertirse en pretexto para denegar el recibimiento debiendo ser en todo caso motivado, así STC de 28 de enero de 1997⁵⁰, FD noveno:

«Frente a esta conclusión no resultan convincentes las razones ofrecidas para justificar la denegación de la fase probatoria del proceso.

La verosimilitud, detalle y aun contundencia del acta de infracción serán o podrán ser aspectos relevantes en el momento posterior de valorar las pruebas pertinentes en el proceso, pero no en el anterior, de decidir acerca de la apertura de período probatorio. El riesgo de que alguna de las partes incurra en pruebas abusivas o excesivas no puede conjurarse denegando el recibimiento a prueba del proceso, sino rechazando de manera motivada y razonada los concretos medios de prueba propuestos que puedan resultar impertinentes o intrascendentes [...]».

C) La obligación de recibimiento a prueba ante proceso seguido por causa sancionadora o disciplinaria

No obstante los requisitos establecidos en el art. 60.3º, para los procesos cuyo objeto radiquen en una sanción administrativa o disciplinaria siempre se recibirá a prueba. Lo que supone la asunción, por imperio de la ley, de toda la prueba que pueda derivarse de los autos siempre que exista disconformidad en los hechos prescindiéndose del juicio de tras-

⁴⁹ Cfr. Torres Fernández en el comentario al art. 60 en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, cit., p. 553.

⁵⁰ (RTC 1997, 14).

cendencia⁵¹. Esta peculiaridad queda justificada por jurisprudencia del Tribunal Constitucional que sanciona que el derecho a la prueba en un procedimiento sancionador constituye una garantía derivada del art. 24.1º de la CE que salvaguarda la tutela judicial efectiva. Desde este aspecto las SSTC de 19 de mayo de 1997⁵², FD quinto; 13 de enero de 1998⁵³, FD quinto; 25 de enero de 1999⁵⁴, FD tercero y 22 de febrero de 1999⁵⁵, FD cuarto. Específicamente la STC de 20 de diciembre de 1990⁵⁶, FD tercero:

«En cuanto al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, es doctrina reiterada de este tribunal que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado. Y en concreto, en lo que a medios de prueba se refiere, este tribunal ha reconocido que, pese a no ser enteramente aplicable el art. 24.2 a los procedimientos administrativos sancionadores, el derecho del expedientado a utilizar pruebas para su defensa tiene relevancia constitucional [SSTC 2/1987 (RTC 1987\2), 190/1987 (RTC 1987\150) y 192/1987 (RTC 1987\192)], si bien ha declarado también que ni siquiera en el proceso penal, donde sería plenamente aplicable el precepto citado, existe un derecho absoluto e incondicionado al uso de todos los medios de prueba [SSTC 2/1987 y 22/1990 (RTC 1990\22)]. Lo que del art. 24.2 de la Constitución nace para el administrado, sujeto a un expediente sancionador, no es el derecho a que se practiquen todas aquellas pruebas que tenga a bien proponer, sino tan sólo las que sean pertinentes o necesarias (STC 192/1987), ya que –como también ha declarado este tribunal– sólo tiene relevancia constitucional por provocar indefensión la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en el momento y la forma oportunas, no resultase razonable y privase al solicitante de hechos decisivos para su pretensión [STC 149/1987 (RTC 1987\149)]. Todo lo cual, significa que no se produce una indefensión de relevancia constitucional cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya constitucionalidad no se pone en duda, ni tampoco cuando las irregularidades procesales que se hayan podido producir en la inadmisión de alguna prueba no han llegado a causar un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa [...]».

⁵¹ Isidro E. de Arcenegui en el comentario al art. 60 de la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*, cit. s.p. [pero 474] y Torres Fernández en el comentario al art. 60 en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, cit., p. 560.

⁵² (RTC 1997, 95).

⁵³ (RTC 1998, 7).

⁵⁴ (RTC 1999, 3).

⁵⁵ (RTC 1999, 14).

⁵⁶ (RTC 1990, 212).

Esa asimilación obedece a la equiparación entre el procedimiento administrativo sancionador y el penal⁵⁷. Siguiendo dictados del TEDH la jurisprudencia del Tribunal Constitucional prevé las garantías procesales del art. 24.2º de la CE al proceso contencioso administrativo incluso al mismo proceso contencioso⁵⁸, lo que debiera generar pronunciamientos flexibles en admisión del recibimiento a prueba.

Sin embargo, algunos autores critican la supresión del *juicio de trascendencia* sobre los puntos de hecho obligando, si concurre disconformidad sobre éstos, a una practica segura de la prueba lo que generaría una dilación, en ocasiones, innecesaria⁵⁹.

5. La denegación o admisión del recibimiento a prueba: el recurso contra el auto denegatorio del recibimiento

Los motivos o causas de la denegación deberán consistir en el incumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 60.1º y 3º de la LJCA de 1998. Sin embargo, el art. 60 de la LJCA de 1998 omite cualquier referencia a qué resolución debe acordar o denegar el recibimiento a prueba. Idéntica omisión era recogida el art. 74 de la LJCA de 1956 remitiéndose ambos textos a la LEC. La de 1881 establecía en el art. 369 la fórmula de auto para la denegación del recibimiento a prueba en parangón con lo establecido en el art. 551 que impone dicha forma no únicamente para la denegación también para la admisión del recibimiento. La LEC de 2000 únicamente previene la forma de auto para la admisión o denegación de la prueba en el art. 206.2º.2ª. Pero obsérvese cómo en el nuevo texto procesal el trámite de petición de recibimiento a prueba ha desaparecido como tal, véase el art. 429.1º de la LEC de 2000. Solución normativa no aceptada por la doctrina más autorizada⁶⁰ en cuanto priva tanto a las

⁵⁷ ÁLVAREZ CIENFUEGOS y SUÁREZ y GONZÁLEZ RIVAS, *Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio*, cit., p. 179.

⁵⁸ MARTÍN CONTERAS, *El procedimiento ordinario en la jurisdicción contencioso-administrativa (Estudio práctico, jurisprudencia y formularios)*, cit., p. 291.

⁵⁹ TORRES FERNÁNDEZ en el comentario al art. 60 en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, cit., p. 560 recogiendo la enmienda –que no prosperó– alegada por el Grupo Parlamentario Vasco (Sesión núm. 42 de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 11 de marzo de 1998, Diario de Sesiones 1998, 403, VI Legislatura.

⁶⁰ MONTERO AROCA, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)* (con GÓMEZ COLOMER, MONTÓN REDONDO y BARONA VILAR), 1ª Edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág.281.

partes de solicitar el recibimiento como al órgano jurisdiccional de acordarlo o denegarlos⁶¹.

En cualquier caso se rechaza la forma de providencia en cuanto el auto exige, a parte de los requerimientos legales expuestos, una fundamentación jurídica que debiera motivar la decisión del órgano jurisdiccional sobre esta fase del proceso probatorio. Motivación que se hace precisa sobre la incidencia del art. 24.2º de la CE, *vid.* STS 7 de enero de 1999⁶², FD tercero:

«Claro está que todo ello, presupone que la prueba se ha solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y no obstante la infracción de ese derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se consuma cuando el rechazo o denegación de la prueba propuesta carezca de toda justificación o cuando la motivación para ello sea inexistente o pueda tildarse de manifiestamente arbitraria o irrazonable, y ello acarrea una efectiva indefensión al recurrente, puesto que la garantía constitucional del artículo 24.2 de la Constitución española –sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991 (RTC 1991\57) y 15 de enero de 1996 (RTC 1996\1)–, únicamente cabe en aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa».

Exigencia de motivación que reiteradamente ha sido exigida por el Tribunal Constitucional, *ad exemplum*, Sentencia de 23 de enero de 1989⁶³, FD tercero:

«Por lo que se refiere a la lesión del art. 24.2, por denegación de prueba, esto sí imputado directa y únicamente a la sentencia impugnada, hay que aceptar también las objeciones del fiscal y del abogado del Estado. Por éste se dice, en primer lugar, que los recurrentes no utilizaron, pudiendo hacerlo (art. 92 LJCA), el recurso de súplica contra la providencia de no acceder a la prueba que se solicitaba, sin haber esperado, por tanto, a la sentencia definitiva.

En todo caso no cabe olvidar que lo que ahora se hace es, utilizando un criterio de la parte, impugnar una apreciación que corresponde al órgano judicial competente, es decir, el de apreciar la pertinencia o no de la prueba que se propone, dentro del margen que la ley autoriza. En tal sentido se impone su observancia, siempre –como en tantas ocasiones ha dicho este tribunal– que con aquella decisión se respete el derecho fundamental de tutela. O lo que es lo mismo, siempre que aparezca revestida de la suficiente motivación y no sea arbitraria o irrazonable en relación con las pretensiones y hechos que se intenten acreditar [...]».

⁶¹ En MARTÍN CONTERAS, *El procedimiento ordinario en la jurisdicción contencioso-administrativa (Estudio práctico, jurisprudencia y formularios)*, cit., p. 336, recoge la STC de 14 de diciembre de 1992 que razona la necesidad que la resolución judicial denegatoria del recibimiento a prueba adopte la forma de auto.

⁶² (RJ 1999, 171).

⁶³ (RTC 1989, 9).

Y STC 14 de diciembre de 1992⁶⁴, FD segundo:

«Está más fundada la segunda queja, relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), dada la ausencia de motivación, por contradicción manifiesta, de la sentencia que se impugna.

Como ya se ha dicho en reiteradas sentencias de este tribunal [SSTS 55/1987 (RTC 1987\55), 56/1987 (RTC 1987\56) y otras contestes] en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 CE se comprende el de obtener, como respuesta a la pretensión de la parte, una resolución fundada en derecho, es decir, motivada y razonada, lejos de la arbitrariedad, y razonable, extraña al capricho o puro voluntarismo. La exigencia de motivación es hoy una exigencia constitucional, prevista en el art. 120.3 de la CE, no siendo, en definitiva, sino la consecuencia de la propia función judicial y de su vinculación a la ley (art. 117.1 CE), así como del sistema de recursos establecido en las leyes orgánicas y procesales. Es claro que el interesado o parte ha de conocer las razones decisivas, el fundamento de las decisiones que le afecten, en tanto que instrumentos necesarios para su posible impugnación y utilización de los recursos [...]».

Contra el auto que acuerde el recibimiento a prueba no cabrá recurso alguno⁶⁵.

Las posibilidades que la parte dispone para revocar el auto por el cual el órgano jurisdiccional deniega el recibimiento a prueba es la interposición del recurso –remedio– de súplica regulado en el art. 79 de la Ley jurisdiccional. Este es conocido por el mismo juez o sala que lo hubiera dictado y tiene por objeto tres cuestiones:

a) La revocación del auto recurrido.

b) Cumplir el requisito de procedibilidad a efecto de interponer recurso de casación del art. 86 de la ley, *vid.* ATS de 10 de marzo de 2000⁶⁶, FD segundo:

«En primer lugar debe advertirse que en el escrito de interposición se impugna formalmente el Auto de 17 de enero de 1998, resolutorio del recurso de súplica, y no el de 3 de noviembre de 1997, sin tener en cuenta que el recurso de súplica opera como mero requisito de procedibilidad para abrir el cauce del recurso de casación y que el auto recurrible en casación es el que pone término a la pieza de suspensión y no el desestimatorio de la súplica [...]».

⁶⁴ (RTC 1992, 232).

⁶⁵ MARTÍN CONTERAS, *El procedimiento ordinario en la jurisdicción contencioso-administrativa (Estudio práctico, jurisprudencia y formularios)*, cit., p. 337.

⁶⁶ (RJ 2000, 1964).

Otras resoluciones en idéntico sentido AATS de 28 de enero de 2000⁶⁷, 14 de enero de 2000⁶⁸, 10 de enero de 2000⁶⁹, 3 de diciembre de 1999⁷⁰ y 22 de octubre de 1999⁷¹.

c) Agotar los recursos establecidos en la legislación ordinaria a efecto de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional cumpliendo, de este modo, lo preceptuado en el art. 44.1º de la LOTC, en atinencia con doctrina jurisprudencial contenida en la STC de 14 de junio de 1993⁷² y remisión a las sentencias allí expuestas, su FD único:

«Es doctrina consolidada de este tribunal [entre otras muchas SSTC 61/1983 (RTC 1983\61), 93/1984 (RTC 1984\93), 5/1986 (RTC 1986\5) y 30/1990 (RTC 1990\30)] que el art. 44.1 LOTC regula el recurso de amparo contra resoluciones de órganos judiciales, y establece, entre otras, la exigencia de agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria, exigencia que es una consecuencia del carácter subsidiario del recurso de amparo, ya que la tutela general de los derechos y libertades corresponde a los órganos del poder judicial y por tanto cuando exista un recurso susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza, para tutelar la libertad o derecho que se entiende vulnerado, tal recurso ha de agotarse antes de acudir al Tribunal Constitucional [...]».

⁶⁷ (RJ 2000, 1404).

⁶⁸ (RJ 2000, 1257).

⁶⁹ (RJ 2000, 1252).

⁷⁰ (RJ 1999, 9970).

⁷¹ (RJ 1999, 9934).

⁷² (RTC 1993, 198).

APROXIMACIÓN Ó RÉXIME XURÍDICO-ADMINISTRATIVO DA ORDENACIÓN DA EDIFICACIÓN E A PROMOCIÓN DE VIVENDAS: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DA NORMATIVA GALEGA

Alba Nogueira López

Profesora axudante de dereito administrativo
Universidade de Santiago

1. Introducción

A intervención dos poderes públicos en materia de vivenda céntrase en conseguir dous obxectivos, por unha banda garantirlle un acceso á vivenda en condicións xustas, non suxeitas a especulación e tendo especial consideración nos sectores máis desfavorecidos; e por outra contribuír a que as condicións de habitabilidade desas vivendas sexan dignas e atendan as necesidades de seguridade, salubridade e accesibilidade que os avances técnicos actuais permiten.

Este artigo pretende examinar cál é o papel dos poderes públicos tanto no plano da promoción de vivendas coma na garantía da súa habitabilidade e a normativa aplicable a estes aspectos. Neste sentido hai que resaltar que a edificación é un dos sectores nos que ten unha incidencia máis significativa a cesión do poder normativo ás normas técnicas privadas coa problemática xurídica que isto entraña en termos de lexitimidade, publicidade e seguridade xurídica, polo que haberá que facer unha especial referencia a esta cuestión.

2. Repartición competencial: os intentos estatais de reter competencias. As competencias autonómicas e locais

A Constitución española configura como un principio rector da nosa vida social e económica a garantía do gozo dunha vivenda digna a tódolos cidadáns. Así o artigo 47 da Constitución indica que «Tódolos españois teñen dereito a gozaren dunha vivenda digna e axeitada. Os poderes públicos promoverán as condicións necesarias e establecerán as normas pertinentes para facer efectivo este dereito, e regularán a utilización do solo de acordo co interese xeral para impedi-la especulación». De modo que son os poderes públicos os encargados de tomar as medidas necesarias para favorecer o cumprimento deste principio. Sen embargo, a localización deste precepto na Constitución e a súa consideración como un principio rector e non como un dereito fundamental ten evidentes consecuencias no seu alcance xurídico. Como se encargou de confirmala Sentencia do Tribunal Constitucional 152/1988, do 20 de xullo, este artigo non confire un dereito suxeitivo para esixir unha vivenda digna senón que tan só informa do labor dos poderes públicos. Son, polo tanto, os poderes públicos no marco das súas competencias os encargados de determinar a contía dos recursos e as medidas oportunas para, dentro das súas posibilidades, propiciar o gozo dunha vivenda digna.

A Constitución concreta un pouco máis o marco xurídico da política de vivenda a través da delimitación competencial. En efecto o artigo 148.1.3ª atribúelles de forma inequívoca ás comunidades autónomas a posibilidade de asumiren competencias en materia de «ordenación do territorio, urbanismo e vivenda». O Estatuto de Autonomía de Galicia asumiu as competencias de «ordenación do territorio e do litoral, urbanismo e vivenda» (art. 27.3).

Os preceptos constitucionais e estatutarios deben ser completados coas competencias locais na materia que quedan fixadas na Lei de bases de réxime local que no seu artigo 25.2.d afirma a competencia municipal sobre a «ordenación, xestión, execución e disciplina urbanística; promoción e xestión de vivendas». Estamos, polo tanto, ante unha competencia exclusiva autonómica complementada por unha competencia local sobre algúns aspectos.

Non obstante este marco normativo aparentemente claro foi esvaecido pola vontade estatal de ter unha presenza na formulación da política de vivenda. Tanto desde o punto de vista urbanístico, que neste artigo non vai ser abordado, coma a través de competencias sectoriais e transversais o Estado estivo e está presente na creación da armazón normativa que preside o proceso de edificación e a promoción de vivendas. Polo que respecta á promoción de vivendas con algún réxime de protección pública o Estado intervén ó regula-los aspectos crediticios e econó-

micos en virtude da súa competencia en materia de ordenación económica e do crédito. Como testemuña o vixente Plan estatal de vivenda 1988-2001 o Estado incide de forma evidente determinando qué actuacións son protexibles; de qué fórmulas de financiamento privilexiado poden gozar; qué requisitos deben cumprir para acceder a ese financiamento cualificado e, evidentemente achegando recursos estatais. O Tribunal Constitucional avalou a constitucionalidade desa intervención nas sentencias 152/1988 e 59/1995 se ben exclúe a posibilidade de que o Estado participe na xestión en materia de vivenda¹.

Xunto co apoio público á promoción de vivendas –que contribuiría a facer efectiva a primeira parte do mandato constitucional de que «todos temos dereito a unha vivenda»–, existe unha segunda vertente deste mandato que é a obriga que teñen os poderes públicos de asegurar que esta vivenda é digna e adecuada. Nese contexto enmárcanse as normas relacionadas co control do proceso da edificación nos seus aspectos técnicos de seguridade, salubridade, accesibilidade e conservación. Tamén aquí o Estado buscou títulos competenciais concorrentes para condicionar as competencias autonómicas e locais na materia. A recente Lei 38/1999, do 5 de novembro de ordenación da edificación é un claro exemplo xa que o Estado busca os fundamentos constitucionais para a súa intervención en competencias tan dispares e diversas como a de lexislación civil, mercantil e expedición de títulos; as bases e coordinación xeral da sanidade; o réxime xeral de comunicacións; o medio natural; as bases do réxime enerxético; as bases da ordenación do crédito, a banca e seguros; e a expropiación forzosa². A ausencia dun título competencial global é esquivada polo Estado coa achega de múltiples competencias sectoriais para construír unha norma que realiza, certamente, un tratamento omnicompreensivo desta materia.

¹ A Sentencia do Tribunal Constitucional 68/1996, do 18 de abril, tamén afirma a competencia autonómica para a xestión das transferencias dos orzamentos xerais do Estado para a rehabilitación e o acceso á vivenda. O Tribunal Constitucional establece que o Estado pode consignar subvencións de fomento nos orzamentos especificando o destino pero deixando unha marxe ás CCAA para concretar con maior detalle a afectación ou destino e xestionando estas partidas sempre e cando o Estado posúa un título competencial xenérico de intervención que se superpoña a unha competencia autonómica exclusiva ou ben teña unha competencia sobre as bases ou a coordinación dunha materia (F13,b). Un estudio detallado da delimitación competencial en materia de fomento en AYMERICH CANO, C., *Os límites ás competencias autonómicas de fomento*, EGAP, Santiago, 1992.

² A utilización desta lei para modificar de forma radical a reversión expropiadora, totalmente afastada no seu contido do obxectivo de calidade da edificación, foi amplamente criticada, vid. J. GARCÍA LUENGO, «Algunas consideraciones sobre el tratamiento normativo del derecho de propiedad: sucesión normativa y derecho de reversión», REDA, n° 106, 2000.

Vemos, xa que logo, que a aparente claridade do texto constitucional convértese nunha complexa armazón normativa na que concorren normas estatais, autonómicas e, en moitos casos, locais e onde se abre tamén unha clara vía á normativa técnica de orixe privada como se verá posteriormente.

3. A promoción de vivendas. Tipoloxía, financiamento, instrumentos e técnicas facilitadoras

3.1. Financiamento cualificado en materia de vivenda e solo

A) O *Plan estatal de vivenda 1998-2001*

Tal e como mencionamos anteriormente o Tribunal Constitucional non puxo obxeccións a que o Estado mantivese unha presenza activa na promoción de vivendas³ a través da aprobación de plans estatais plurianuais baseados na súa competencia en materia de ordenación da economía debido á importancia que ten o sector da construción e, en concreto, a vivenda no funcionamento da economía. En virtude desa competencia está actualmente en vigor o *Plan estatal de vivenda 1998-2001* aprobado polo Real decreto 1186/1998, do 12 de xuño. O Estado participa así no financiamento ó asinar convenios coas comunidades autónomas e coas entidades de crédito para financiar as actuacións previstas e diseña as actuacións protexidas, os requisitos esixibles e o financiamento cualificado ó que poden acceder.

Paralelamente a esta intervención estatal en colaboración coas comunidades autónomas, a Xunta de Galicia ten capacidade para promover cos seus propios recursos outras actuacións en materia de vivenda a través do Instituto Galego da Vivenda e Solo. Atopámonos polo tanto que a Comunidade Autónoma xestiona por unha banda as actuacións protexidas e financiadas polo Plan estatal de vivenda e, por outra, ten plena capacidade normativa e xestora para emprender outras accións que axuden a mellora-lo acceso á vivenda, especialmente dos sectores máis desfavorecidos.

O actual Plan estatal de vivenda 1998-2001 sitúa como actuacións protexidas o cofinanciamento ou promoción privada de vivendas sometidas a réximes de protección pública por cumprir-las requisitos fundamentalmente de prezo e superficie esixidos; a adquisición de vivendas xa

³ MUÑOZ CASTILLO, J., *El Derecho a una vivienda digna y adecuada*, realiza un estudio detallado sobre a evolución e o presente da vivenda protexida.

construídas; a rehabilitación e urbanización do solo; as vivendas tuteladas e de integración social e a vivenda sostible. Unha particularidade deste plan de vivenda en relación cos seus predecesores é que flexibiliza o acceso ó financiamento estatal das vivendas protexidas promovidas de acordo cos criterios fixados pola normativa autonómica sempre e cando cumpran uns requisitos mínimos de prezo e superficie. Deste xeito é posible contar con financiamento do Plan de vivenda estatal e, en cambio, estar sometido a un réxime xurídico autonómico no que se refire ó procedemento de cualificación, ás obrigas das partes e ó procedemento sancionador en caso de incumprimento.

Hoxe en día coexisten, xa que logo, varios tipos de vivenda protexida. Primeiro están as vivendas de protección oficial dos réximes xeral e especial que se rexen polo RD-lei 31/1978 do 31 de outubro. A distinción entre as de réxime xeral e especial non está agora no tipo de promotor –público ou privado– que as impulsa senón en que nas de réxime especial os ingresos familiares anuais deben ser menores de 2,5 millóns. As VPO de réxime especial fanse pouco atractivas para os promotores xa que neste réxime o prezo máximo de venda é o 85% do xeral e ademais os préstamos cualificados e as subvencións se calculan sobre o prezo de venda.

En segundo lugar están as vivendas protexidas autonómicas que contan, como dixemos, cun réxime xurídico autonómico pero non poden superar os 90 m² se queren gozar de financiamento estatal. O claro xiro que se produce no Plan de vivenda vixente a favor das vivendas protexidas autonómicas maniféstase, por exemplo, en que poden ter prezos de venda superiores ata un 25% ós prezos xerais e aínda así recibir financiamento cualificado o que as fai especialmente atractivas para os promotores.

Finalmente están as vivendas de promoción pública para facer fronte a situacións de marxinalidade ou sectores desfavorecidos. Para que estas promocións reciban cofinanciamento estatal é preciso que teñan ingresos inferiores a 2,5 millóns de pesetas e a superficie útil será de 70 m² ou de 90 m² se son máis de 4 membros.

Tanto a lexislación estatal coma a autonómica de promoción de vivendas o que facilita é o acceso a un financiamento cualificado que fai máis levadía a pesada carga do acceso á vivenda. Basicamente ese financiamento cualificado ten tres modalidades: o préstamo cualificado; a subsidiación de parte do préstamo; e axudas directas en función da capacidade económica. As tres modalidades de financiamento cualificado son compatibles entre si polo que é posible gozar das tres. Sen embargo existe unha gradación no seu gozo en función do nivel de ingresos da unidade familiar.

O procedemento para o acceso ó financiamento cualificado comeza pola cualificación, declaración ou visado provisional do proxecto de promoción pola Administración autonómica tralo exame da documenta-

ción técnica, urbanística e xurídica da actuación protexible. Posteriormente é precisa a execución das obras nos prazos previstos na lexislación ou no proxecto. Trala finalización hai que solicita-la cualificación ou declaración definitiva de que se axusta ós requisitos esixidos. A cualificación ou declaración definitiva implica a consolidación do financiamento cualificado e dos beneficios económicos que correspondan e a obrigatoriedade do réxime de uso, conservación, aproveitamento e sancionador.

Os requisitos para poder ter acceso ó financiamento cualificado en materia de vivenda esixen que esta estea destinada a ser utilizada como domicilio habitual e permanente. Impóñense limitacións á transmisión (xeralmente cinco anos desde a formalización do préstamo) e a necesidade de ocupación nun determinado prazo. As vivendas, ademais, para poder ser obxecto dese financiamento teñen limitacións en canto á súa superficie útil máxima que normalmente non poderá excederlos 90 m² –con excepcións para as vivendas de primeiro acceso (70 m²) e as destinadas a familias numerosas–. Tamén existen limitacións do prezo de venda e renda destas vivendas como consecuencia da obtención do financiamento cualificado. Ademais desas limitacións obxectivas a normativa prevé limitacións suxeitivas nomeadamente no nivel de ingresos do propietario-usuario para poder acceder ó financiamento cualificado.

Xunto coa modalidade de financiamento cualificado para a vivenda o Plan prevé medidas destinadas ó financiamento do solo. As actuacións protexibles, tamén relacionadas de forma directa coa vivenda, son a urbanización e, se é o caso, adquisición de solo para a inmediata edificación –un 60% da edificabilidade deberá ser de vivenda protexida–; e a adquisición para a formación de patrimonios públicos de solo. No caso de financiamento da urbanización será necesario demostrar a titularidade presente ou futura do terreo, presentar unha memoria de viabilidade técnico-financieira e urbanística e comeza-la edificabilidade nun 50% de vivendas protexidas nun prazo máximo de tres anos.

Tamén se actúa no terreo da adquisición protexida de vivendas xa construídas (vivendas usadas libres ou de protección oficial; vivendas con protección pública destinadas a arrendamento despois de 5 anos desde a cualificación; vivendas libres de nova construción despois de dous anos; vivendas libres despois de rehabilitación de edificios). Neste caso o Plan de vivenda amplía a superficie máxima permitida para acceder ó financiamento a 120 m² pero queda limitada a 90 m² para ter dereito á subsidiación do préstamo cualificado. O prezo máximo será o das VPO aínda que as CCAA poderán fixar ata un 25% máis. Non teñen igual control administrativo porque son vivendas libres. Neste sentido non dispoñen dun réxime sancionador específico.

Finalmente outro grande bloque de medidas de financiamento cualificado dentro do Plan estatal van destinadas á rehabilitación de vivendas

das, áreas, edificios e edificios dunha soa vivenda. O orzamento protexido é unha porcentaxe do prezo máximo de venda (edificios 70-80%; vivendas 50%). A superficie máxima coa que se pode acceder ó financiamento cualificado é novamente de 120 m² para vivendas. Tamén se fixa unha antigüidade mínima de 10 anos (salvo no caso dos minusválidos ou condicións técnicas especiais). En todo caso as obras deben ser susceptibles de obter licenzia de obras municipal e non poden implica-lo derrubamento da fachada ou o baleirado total.

B) *A normativa autonómica de promoción de vivendas protexidas*

A normativa estatal sobre promoción de vivendas protexidas está dirixida, tal e como se indicou, a fixa-las condicións e requisitos básicos para a utilización dos recursos económicos estatais destinados á vivenda. Paralelamente existe normativa autonómica que fai efectiva a competencia normativa e de xestión en materia de vivenda tal e como dispón o Estatuto. Sen embargo, esta normativa galega é polo momento fragmentada e non alcanza tódalas modalidades de promoción de vivendas protexidas. Pódese dicir que a normativa autonómica regula fundamentalmente aquelas modalidades de acceso á vivenda complementarias ás previstas nos plans estatais de vivenda e as cuestións nas que era necesaria cobertura normativa para poder actuar desde a Comunidade Autónoma –este é o caso da Lei de infraccións e sancións en materia de vivenda ou do Decreto de financiamento e adxudicación das vivendas de promoción pública–. Non existe, pola contra, normativa propia sobre a maioría dos aspectos regulados no Plan estatal de vivendas co que parece debilitarse o marco competencial autonómico nun terreo de clara competencia exclusiva.

Polo que respecta ó *Decreto 89/1992, do 26 de marzo, sobre financiamento e adxudicación das vivendas de promoción pública (modificado por Decreto 67/1994, do 25 de marzo)*⁴, este establece as condicións para o acceso ás vivendas de promoción pública autonómica⁵. O promotor será neste caso o Instituto Galego da Vivenda e Solo. Os beneficiarios serán

⁴ Este decreto foi complementado polo Decreto 123/1998, do 16 de abril, de regularización de situacións dos ocupantes e cambio de réxime, que tiña por obxecto a regularización en casos como os de amortización anticipada para as vivendas de acceso diferido ou o cambio de réxime de alugueiro a compravenda ou viceversa. O proceso de regularización debía efectuarse nun prazo de tempo limitado desde a entrada en vigor do decreto e no caso de non producirse a solicitude de regularización o IGVS procedería a recupera-la titularidade da vivenda.

⁵ Con carácter previo á iniciativa de promoción de vivenda pública é preciso a adquisición dos terreos. Esta cuestión está regulada no Decreto 301/1994, do 30 de setembro. Este decreto establece as modalidades de adquisición e alleamento de solo para vivenda e solo empresarial e os procedementos que debe segui-lo IGVS para estas actuacións.

sectores desfavorecidos e marxinais, emigrantes e minusválidos⁶. Para apreciar a situación de precariedade na vivenda establécense unha serie de baremos e condicións (ex. ingresos familiares inferiores a 2,5 veces o salario mínimo interprofesional; habitar en chabolas, covas; dispoñer menos de 10 m² útiles por habitante; non poder aloxar separadamente os dous sexos...).

Na tramitación do procedemento dáselles un relevante papel ós concellos que son os encargados de recibir as solicitudes e de darlles publicidade a todo o procedemento. Ademais os concellos participan na comisión que adxudica as vivendas na que están representados predominantemente o IGVS e algúns departamentos autonómicos con competencias na materia.

Ata un 10% das vivendas de promoción pública do IGVS poden ser alleadas ós concellos para que as arrenden ou, excepcionalmente, as vendan. Os concellos adquiriran a un prezo máis favorable e estarán destinadas a facer fronte a casos de especial necesidade. No caso de que o concello cedese previamente de forma gratuíta o solo urbanizado preciso para a edificación, o 10% das vivendas ou da superficie edificable será de cesión gratuíta para el. Se o solo é sen urbanizar será un 5%.

O IGVS resérvase os dereitos de adquisición preferente, tanteo e retracto, por un prazo de dez anos⁷.

A Lei 13/1996, do 30 de decembro, de infraccións en materia de vivenda, regula o sistema sancionador das vivendas de protección oficial por incumprimento das obrigas que lles corresponden ós promotores e ocupantes debido ó especial réxime xurídico ó que están sometidas estas vivendas. As sancións previstas poden chegar no caso de infraccións moi graves ata os 10 millóns de pesetas. Os órganos competentes para exercer a potestade sancionadora son o director do IGVS para as infraccións leves e graves e o conselleiro de Obras Públicas no caso de infraccións moi graves.

⁶ Outra modalidade de acceso á vivenda protexida é a promoción de vivendas en réxime de alugueiro para maiores de 60 anos que regulou o Decreto 7/1997 do 9 de xaneiro.

⁷ A Sentencia do Tribunal Constitucional 207/1999, do 11 de novembro, declara inconstitucional unha lei foral navarra que sanciona a notarios e rexistradores da propiedade por conversión a escritura pública ou inscrición no Rexistro da Propiedade de Vivendas de Protección Oficial suxeitas a dereito de tanteo e retracto en favor da Administración foral sen terse feito constar ou acredita-las notificacións previas á Administración. Esta norma sancionadora de natureza non urbanística considérase que vulnera a competencia exclusiva do Estado sobre a ordenación dos rexistros e instrumentos públicos e sobre as bases do réxime estatutario funcional [F. 9].

3.2. A colaboración municipal na promoción de vivendas: os mecanismos de actuación sobre a creación de solo

As indubidables competencias municipais en materia de urbanismo e solo fan necesario que os entes locais poidan participar na política de venda e faciliten o acceso ó solo en condicións privilexiadas ás vivendas con algún tipo de protección pública. Con este obxecto tanto a lexislación estatal coma a autonómica prevén unha serie de mecanismos para favorecer que este tipo de vivendas poidan acceder ó solo municipal nunhas condicións vantaxosas e lonxe da especulación que caracteriza este sector. Sen embargo é opinión común que as dúas técnicas previstas pola lexislación vixente que son a constitución de patrimonios municipais de solo e o dereito de superficie «non constitúen un instrumento verdadeiramente eficaz de regulación do mercado do solo. Téñase en conta as escasas posibilidades económico-financieiras da maioría dos concellos para implantar e desenvolver unha política de adquisición de solo minimamente significativa»⁸.

A Lei 1/1997, do 24 de marzo, do solo de Galicia establece que os concellos con Plan xeral de ordenación municipal deberán constituír un patrimonio municipal de solo coa finalidade de obter reservas de solo para actuacións de iniciativa pública, facilita-la execución do plan e contribuír á regulación do mercado de terreos.

Os bens que integran o patrimonio constitúen un patrimonio diferenciado integrado polos bens patrimoniais clasificados como solo urbano ou urbanizable e polos obtidos como consecuencia de cesións, expropiacións urbanísticas e o exercicio dos dereitos de tanteo e retracto. A finalidade destes bens é a construción de vivendas con protección pública ou usos de interese social⁹.

Se hai demanda de vivendas con protección pública os concellos deberán ofrece-los terreos mediante alleamento ou permuta ó mercado. Tamén poderán realizar eles directamente a iniciativa ou mediante convenio co IGVS. Poderán cedelos gratuitamente cando así o fixe a normativa.

Así mesmo os concellos poderán constituí-lo dereito de superficie en terreos da súa propiedade ou integrantes do patrimonio municipal de solo con destino á construción de vivendas suxeitas a algún réxime de protección pública ou usos de interese social.

A lei tamén prevé uns dereitos de tanteo e retracto que implican que os concellos poden delimitar áreas sometidas a estes dereitos de adquisi-

⁸ PAREJO ALFONSO, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Ariel, 1999, p. 497.

⁹ Esta regulación tamén figura con carácter de normativa básica nos art. 276 e 280 do Real decreto lexislativo 1/1992, do 26 de xuño polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre o réxime do solo e ordenación urbana. Sendo este un dos preceptos non declarados inconstitucional pola STC 61/1997.

ción preferente. O prazo de exercicio será de dez anos. Esta previsión afecta os terreos sen edificar pero pode estenderse ós edificados con determinadas limitacións. A delimitación faraa o plan xeral ou posteriormente a delimitación de polígonos e o procedemento de delimitación comporta a elaboración dunha memoria xustificativa e a remisión ó rexistro da propiedade da relación de bens afectados.

No caso de vivendas de protección pública tamén se poderán delimitar aquelas sometidas a dereitos de adquisición preferente polos concellos ou subsidiariamente pola Xunta. As así adquiridas serán adxudicadas a quen cumpra os requisitos para acceder a este tipo de vivendas.

4. A intervención administrativa para garantir unha vivenda digna e adecuada

O papel da Administración en materia de vivenda non se limita, como xa indicamos, a facilitar un acceso xeneralizado, e polo tanto alcanzable para aqueles sectores da poboación máis desfavorecidos, senón que ten unha segunda vertente de grande importancia dirixida a que esta vivenda sexa «digna» tal e como proclama o texto constitucional. A dignidade dunha vivenda mídese hoxe en día en parámetros de salubridade e habitabilidade pero tamén na posibilidade de contar cos servizos propios da vida moderna que forman parte do benestar comunmente entendido (telefonía, televisión, redes de telecomunicacións por cable e satélite). Clara consecuencia desa intervención administrativa que garanta eses mínimos vitais de habitabilidade son as intervencións de tipo coactivo que se desencadean cando unha vez construída esta vivenda deixa de cumprir con eses requisitos dunha ou doutra maneira (declaración de ruína; responsabilidade por danos constructivos). Hai que falar aquí, xa que logo, tanto de intervencións de carácter puramente preventivo integradas no proceso constructivo (requisitos relacionados coa edificación, controis da administración previos á primeira ocupación da vivenda) coma de controis *a posteriori* co obxecto de mante-la seguridade, salubridade e habitabilidade ó longo do tempo coa determinación das responsabilidades pertinentes polos fallos que se puidesen detectar.

Nesta materia converxen competencias municipais, autonómicas, estatais e mesmo europeas¹⁰, pero, paralelamente, teñen unha presenza cre-

¹⁰ Hai que ter en conta que a Unión Europea aprobou a Directiva 89/106/CEE sobre produtos de construción que está levando a unha harmonización destes produtos para facilita-la libre circulación de materiais. Tal e como se fixo noutros ámbitos a Unión Europea optou por unha harmonización dos requisitos deses materiais

cente as normas técnicas de orixe pública ou privada. Público e privado atopan un punto de conexión a través da remisión normativa realizada en favor das normas técnicas de obrigado cumprimento para realiza-la complexa regulación sobre unha boa parte dos requisitos que debe cumprir-la edificación en materia de seguridade, habitabilidade e salubridade.

4.1. Os requisitos técnicos de funcionalidade, habitabilidade e salubridade que condicionan a edificación

A Lei estatal de ordenación da edificación de 1999 establece que os edificios deberán cumprir unha serie de requisitos de habitabilidade, funcionalidade e seguridade. O ámbito de aplicación da lei esténdese a todo tipo de edificacións (vivendas, edificios administrativos, servicios) e todo tipo de obras de construción ou reforma, excepto as de escasa entidade dunha planta. O Código técnico da edificación será o instrumento que conterà as normas básicas de obrigado cumprimento sobre estes aspectos. Mentres o Goberno non o aprrobe subsisten as normas básicas de edificación vixentes¹¹. Tanto estas normas coma o futuro código –este último previsiblemente con máis complitude– regulan cuestións como a seguridade estrutural, as medidas de seguridade contra incendios, o illamento térmico e contra o ruído...

O Código técnico da edificación entra na categoría do que se denominan regulamentos técnicos que son definidos no artigo 8 da Lei 21/1992 do 16 de xullo, de industria como «a especificación técnica relativa a produtos, procesos ou instalacións industriais, establecida con carácter obrigatorio a través dunha disposición, para a súa fabricación, comercialización ou utilización». Estas son obrigatorias e de orixe administrativa por contraposición ás normas técnicas voluntarias aprobadas por un organismo de normalización recoñecido no ámbito estatal ou internacional¹².

constructivos con base no establecemento dun nivel común de esixencias de habitabilidade, funcionalidade e seguridade con independencia das técnicas que os produtores utilicen para conseguilas. Deste modo facilitáanse os intercambios e preténdese camiñar cara a unhas futuras normas europeas harmonizadas.

¹¹ A lei establece na disposición final segunda que o Goberno deberá aprobar este código mediante real decreto nun prazo de dous anos desde a entrada en vigor da lei. Sobre esta cuestión ve-lo comentario de J. SERRA MARÍA-TOMÉ, «El Código Técnico de la Edificación en la LOE», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 177, abril-maio 2000.

¹² Sobre esta cuestión vid. o exhaustivo estudio de V. ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, xunto co pioneiro traballo, hoxe desfasado no aspecto normativo, pero totalmente vixente nas súas apreciacións de E. MALARET, «Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales», *RAP*, núm. 116, 1988.

Sen embargo uns e outros teñen en común o seu carácter técnico e a vontade de que na súa elaboración primen sobre todo criterios expertos e de adaptación á evolución da técnica. Os regulamentos técnicos de orixe pública salvan certos problemas das normas técnicas (ex. normas UNE de AENOR) como son o de legalidade, publicidade e lexitimidade¹³.

Os regulamentos técnicos teñen en común coa normativa administrativa a súa orixe pública, e polo tanto as súas garantías e seguridade xurídica, pero tamén se caracterizan por ter unha compoñente exclusivamente técnica e escasamente xurídica. Constitúen un intento da Administración de policía de facer fronte ós problemas de seguridade e calidade industrial nun mundo crecentemente tecnoloxizado e tecnificado. Por este mesmo motivo a Administración trasládalle a expertos, non necesariamente incardinados no seo da Administración, o «protagonismo declarativo y decisorio, asumiendo la Administración la ejecución material y ciega de una decisión a cuya motivación no tiene acceso»¹⁴. Neste punto prodúcese un entrecruzamento entre o público e o privado que se repite posteriormente a través do traslado de múltiples tarefas de inspección e control do cumprimento desta normativa a axentes igualmente privados con presunción de veracidade para os poderes públicos (visados de arquitectos e enxeñeiros sobre o proxecto constructivo; controis de entidades colaboradoras de caldeiras, ascensores...).

As esixencias sobre habitabilidade, funcionalidade, seguridade e accesibilidade que contera o Código técnico da edificación virán completalas esixencias de mínimos que figuran na normativa autonómica. O Decreto 311/1992, do 12 de novembro, polo que se suprime a cédula de habitabilidade, fixa un réxime de habitabilidade que deberán cumprir tódalas novas vivendas. A excepción serán as obras de reforma e ampliación onde a configuración técnica da parcela o impida. Non obstante neste caso media unha comprobación-autorización destas circunstancias pola COTOP antes da licenzia municipal de obras.

¹³ Sobre estas cuestións esténdense o mencionado estudio de V. ÁLVAREZ e tamén J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel Derecho, 1999. Hai que ter en conta que as normas técnicas de orixe privada ás que tan frecuentemente fai remisións en branco a lexislación son normas elaboradas por representantes industriais a través dun procedemento escasamente participativo e democrático e que por enriba son obxecto dun acceso restrinxido na medida en que deben ser adquiridas para facer uso delas. A seguridade xurídica dimanante deste proceso é escasa xa que poden ser modificadas en calquera momento para adaptalas ó avance da técnica sen os requisitos de publicidade propios das normas públicas. Todas estas circunstancias cobran máis importancia hoxe en día debido a que cada vez con máis frecuencia as normas públicas recorren á normalización técnica para regular ámbitos de grande complexidade técnica (medio natural, calidade e compatibilidade dos produtos industriais...)

¹⁴ ESTEVE PARDO, *op. cit.* p.24.

As condicións técnicas de habitabilidade que impón esa norma afectan os tamaños mínimo de vivenda e de cada unha das estancias da vivenda; as alturas mínimas e distancias mínimas entre paredes; os requisitos de ventilación e iluminación. Tamén se establecen elementos e instalacións obrigadas en tódalas vivendas tanto para garantir a súa salubridade coma a funcionalidade (sanitarios, electricidade, vertedoiro, tomas de lavadora). Por último fixa unha serie de requisitos en relación co equipamento e construción dos elementos comúns (escaleiras, patio).

Igualmente esta norma establece uns requisitos específicos para as vivendas rurais que neste caso teñen un contido mínimo. A penas se limitan á separación das cortes de animais das vivendas e á separación das augas fecais e esterqueiras dos pozos de auga para o consumo.

Un aspecto novo que se lles debe engadir ós requisitos de funcionalidade é a regulación sobre as infraestructuras comúns de telecomunicacións recentemente regulada polo Estado en virtude da súa competencia na materia. O Real decreto-lei 1/1998, do 27 de febreiro, polo que se establece o réxime xurídico das infraestructuras comúns nos edificios para o acceso ós servizos de telecomunicacións establece o réxime xurídico das infraestructuras comúns de telecomunicacións entendidas como todas aquelas que teñan por obxecto a captación, adaptación e distribución de sinais de radiodifusión sonora e televisión terreal, do servizo telefónico, e de telecomunicacións por cable¹⁵.

O seu ámbito de aplicación esténdeselles a tódolos edificios estean ou non destinados a vivenda sempre que teñan que acollerse ó réxime de propiedade horizontal e ós que sexan arrendados por máis dun ano salvo que contén cunha soa vivenda. Os concellos non poderán conceder licenzia de obra ou rehabilitación integral de vivenda salvo que o proxecto preveña a instalación dunha infraestructura común.

Noutra orde de cousas é preciso falar de cómo se garante o cumprimento desta normativa. A fixación duns requisitos de habitabilidade, seguridade e funcionalidade mínimos carecería de virtualidade se non se establecesen mecanismos de control do seu cumprimento. Neste punto conflúen competencias autonómicas e locais e unha forte presenza de entidades e organismos privados que actúan como colaboradores da Administración.

Establécese, en primeiro lugar, un control municipal xa que o Decreto 311/1992, do 12 de novembro, polo que se suprime a cédula de habita-

¹⁵ Un comentario exhaustivo a esta norma realízase en S. GONZÁLEZ GALÁN «Las infraestructuras comunes de telecomunicaciones en el interior de los edificios», en C. CHINCHILLA (COORD.), *Telecomunicaciones: estudios sobre dominio público y propiedad privada*, Marcial Pons, 2000.

bilidade unifica competencias no nivel municipal¹⁶ simplificando trámites ó suprimi-la cédula. Substitúea por un control previo das condicións de habitabilidade a través da licenza municipal de obras e un control *a posteriori* mediante a licenza municipal de primeira ocupación.

Paralelamente o Decreto 232/1993, do 30 de setembro, de control de calidade da edificación obriga a un control de calidade en tódalas obras de edificación. Os contornos deste control son indeterminados xa que dependen das disposicións de desenvolvemento que polo momento non se produciron e deixan cuns efectos limitados esta norma. Establécese que os proxectos de edificación deberían incluír un anexo de control de calidade cos requisitos de calidade e o presuposto para os ensaios e probas. As probas realizaranas os laboratorios autorizados polo IGVS. Hai, como se pode apreciar, unha delegación das tarefas de control técnico en mans de laboratorios privados, se ben só daqueles que pasen un proceso de autorización ante a Administración no que se comprobará a capacidade e os medios para facer fronte a estas actividades. Aínda así o Instituto Galego da Vivenda e Solo poderá inspeccionar de oficio ou a instancia de parte as edificacións para facer comprobacións complementarias.

Finalizada a obra a dirección facultativa estenderá un certificado de control de calidade o que se lle xuntará á documentación. Isto presentárase no colexio oficial para a emisión do certificado final de obra. Ademais nas obras con financiamento público-autonómico utilizaranse preferentemente produtos con marca de calidade recoñecida o que abre novas portas á utilización das normas técnicas dos organismos de normalización polo recoñecemento do que gozan no mercado.

4.2. A accesibilidade ás edificacións

Nos últimos tempos apréciase a vontade de que a normativa aplicable á edificación atenda ademais das esixencias de habitabilidade, seguridade e salubridade mencionadas, as necesidades especiais de certos colectivos de cidadáns con problemas físicos, psíquicos ou sensoriais. A adaptación do medio urbano, e moi particularmente, das vivendas realízase a través da imposición de limitacións á liberdade edificadora no que respecta ás medidas dos habitáculos e accesos; eliminación de barreiras arquitectónicas e instalación de certos dispositivos para facilita-la mobilidade dos diminuídos (ascensores, asas, ramplas..).

¹⁶ O Tribunal Supremo na Sentencia 7547/1987, do 21 de xullo, recoñeceu a competencia autonómica para regula-las condicións de habitabilidade das vivendas e, en concreto, a cédula de habitabilidade. Esta sentenza prodúcese por un recurso do Concello de Barcelona fronte a un decreto autonómico que o Tribunal Supremo confirma na súa validez. As competencias locais nesta materia están sometidas á competencia autonómica de regulación.

A Lei 8/1997, do 20 de agosto, de Galicia de accesibilidade e supresión de barreiras e o Decreto 35/2000, do 28 de xaneiro, polo que se aproba o seu Regulamento de desenvolvemento son a normativa aplicable en Galicia nesta materia¹⁷. A accesibilidade gradúase en tres niveis. Os *espacios adaptados* son os que se axustan ás necesidades das persoas con eses problemas, mentres que os *espacios practicables* son os que sen axustarse totalmente permiten a circulación autónoma. Ademais considéranse *espacios convertibles* os que permitirían a accesibilidade con escasas modificacións. Estes niveis de esixencia diferenciado aplícanse ó longo da lei ós distintos espacios segundo o seu uso ou titularidade. É evidente, por exemplo, que os edificios públicos terán como regra xeral que dispoñer de rutas adaptadas para a circulación dos diminuídos e que, en cambio, unha vivenda unifamiliar non terá que te-lo mesmo grao de accesibilidade.

A lei establece unha serie de medidas relacionadas coa eliminación de barreiras nas vías públicas e espacios de uso público. Neste punto ten especial importancia a eliminación de barreiras arquitectónicas en edificios de uso público nos que se inclúen tanto os edificios de titularidade pública, coma os centros de traballo de máis de cincuenta traballadores, os centros comerciais de máis de 500 m²; os edificios dedicados a espectáculos públicos, edificios relixiosos, sindicais, deportivos. Tamén se regula a eliminación de barreiras no transporte e nos medios de comunicación.

No que respecta á vivenda, a lei e o regulamento fixan unhas esixencias mínimas de accesibilidade que se concretan na obriga de construír, urbanizar e edificar cunhas alturas, distancias e servicios adaptados ás necesidades dos diminuídos. Neste sentido tódalas edificacións de uso residencial de nova construción nos que sexa obrigatorio o ascensor deberán dispoñer de itinerarios practicables que unan as vivendas co exterior e cos servicios comúns do edificio, incluídos os garaxes. Esta mesma obriga atinxe os proxectos de reforma, rehabilitación ou restauración sempre e cando a adaptación non supoña alteración do número de vivendas ou da superficie destas.

Ademais desas medidas resérvase un mínimo dun 3% das vivendas previstas nos programas anuais de promoción pública ou protección oficial de promoción privada para persoas con mobilidade reducida. As vivendas xa se construírán adaptadas ou ben se depositará un aval suficiente para facelo no seu momento en función das limitacións que teña o futuro usuario. Estas vivendas serán adxudicadas prioritariamente a persoas con mobilidade reducida e se resultan vacantes adxudicaranse a entidades públicas ou privadas sen finalidade de lucro para dedicalas a minirresiden-

¹⁷ Esta normativa autonómica complementábase coa Lei 15/1995, do 30 de maio, sobre límites do dominio sobre inmobles para lles eliminar barreiras arquitectónicas ás persoas con discapacidade ou maiores de 70 anos, por medio do Estado que facilita a realización de obras de adaptación en inmobles para estas persoas.

cias, pisos compartidos ou calquera tipo de vivenda destinada a persoas con mobilidade reducida.

O fomento e o control das medidas previstas na normativa autonómica de accesibilidade recaen na Administración autonómica e, fundamentalmente, nos concellos. Así créase un fondo autonómico para promover as medidas necesarias apoiando as iniciativas dos entes locais e dos axentes privados.

As obrigas dos concellos na materia son amplas e pasan por:

- Elabora-los instrumentos de planeamento urbanístico de acordo coa normativa de accesibilidade
- Velar porque os informes de carácter técnico que se emitan con carácter previo á aprobación dos instrumentos de planeamento deixen constancia do cumprimento desta normativa
- Elaborar plans especiais de actuación, que serán revisados cada cinco anos, para adapta-las vías públicas, parques e demais espacios públicos, distinguindo entre núcleos rurais e urbanos
- Fixar unha partida orzamentaria para estas necesidades
- Incluír nos pregos de condicións dos contratos administrativos de obras e nos de autorización de medios de transportes e comunicacións as cláusulas de adaptación a esta normativa
- Instalar mobiliario urbano adaptado ás necesidades dos diminuídos
- Garantir que se dispoñen de prazas de aparcamento específicas, reservar espacios nos transportes públicos e preve-los descontos oportunos
- Expedi-las tarxetas de aparcamento e de accesibilidade
- Velar porque exista un taxi ou vehículo adaptado nos concellos cabeceira de comarca ou nos de máis de 25 000 habitantes e outro máis por cada 100 000 habitantes ou fracción
- Sinalizar adecuadamente os itinerarios adaptados, prazas de aparcamento, servicios hixiénicos, edificios adaptados, etc.

Como se pode apreciar, o conxunto de medidas previstas é numeroso e abarca a maior parte dos aspectos que dificultan a vida das persoas con problemas de mobilidade. Sen embargo, hai que deixar constancia do escaso seguimento desta normativa tanto polos promotores privados coma, o que é máis grave, polos poderes públicos. Se ben é certo que unha parte das adaptacións necesarias deberán levarse a cabo de xeito progresivo porque implican modificacións de edificacións ou viais xa existentes, tamén é certo que nas novas obras de promoción pública ou privada sería máis sinxelo esixi-lo cumprimento da normativa. A adaptación desas obras ás necesidades das persoas con mobilidade reducida é fundamentalmente un problema de sensibilidade e non dun sobrecurso excesivo.

5. Os deberes de conservación da vivenda e a responsabilidade constructiva

5.1. Os deberes de conservación

Unha vez finalizado o proceso de edificación os poderes públicos consideran necesario continuar velando polo mantemento das condicións de habitabilidade das vivendas. Por este motivo xunto coas condicións previas tendentes a garantir que a vivenda teña unha «vida» duradeira e sen incidentes constructivos significativos a normativa vixente artella unha serie de mecanismos para os supostos nos que, a pesar destas medidas, existe unha deterioración evidente da edificación.

Neste sentido a *Lei 1/1997, do 24 de marzo do solo de Galicia* e o *Decreto 28/1999, do 21 de xaneiro, do regulamento de disciplina urbanística* establecen unha serie de deberes de conservación para os propietarios de edificacións e vivendas. Estes están obrigados a mantelos en condicións de seguridade, salubridade, ornato e habitabilidade de acordo coa normativa de patrimonio, medio natural e habitabilidade. As condicións mínimas de habitabilidade afectan a: estanquidade respecto ás condicións meteorolóxicas; resistencia e indeformabilidade dos elementos estruturais; carpintería exterior; fontanería e saneamento; ventilación e evacuación de fumes e gases; instalacións de electricidade.

De igual modo a Lei estatal de ordenación da edificación imponlles ós propietarios e usuarios a obriga de segui-las instrucións de mantemento recollidas no Libro do edificio. O Libro do edificio é un documento para os usuarios no que constarán o proxecto de obra, a acta de recepción, os axentes que interviñeron no proceso constructivo, as instrucións de uso e mantemento¹⁸. Sen embargo a lei non establece ningunha sanción polo incumprimento destas instrucións. Marti Ferrer considera que para que a lei non quede en letra morta cabe agardar que os tribunais consideren que é un caso de obrigas recíprocas polo que se unha parte non cumpre as súas obrigas a outra tampouco debe facelo. Aínda así sinala que a proba da negligencia é complicada polo que habería que tratar de establecer algo así como un libro de mantemento que acredite o cumprimento das obrigas.¹⁹

Os concellos, nos que recae unha boa parte das medidas de control *a posteriori* da calidade e habitabilidade das edificacións, poderán ordenar, de oficio ou a instancia de parte, a execución das obras necesarias para a

¹⁸ O libro do edificio existía xa na normativa catalana de edificación. En concreto a Lei 24/1992, do 29 de novembro de vivenda e o Decreto 206/1992, do 1 de setembro de regulación do Libro do edificio.

¹⁹ MARTI FERRER, M., «La Ley de ordenación de la edificación: el punto de vista del promotor», *RDU*, núm. 106/2000, p. 93.

conservación. Se hai incumprimento das ordes de mantemento o Concello poderá ir a unha execución subsidiaria ou ben recorrer á execución forzosa con multas coercitivas de 50 000 a 500 000 pta reiterables ata a execución.

Ademais, por motivos estéticos ou turísticos os concellos tamén poderán ordenar traballos de conservación, renovación ou reforma de fachadas e espazos visibles desde a vía pública. As obras de conservación serán á custa dos propietarios xa que en nada difiren das obrigas que afectan a calquera propietario. Sen embargo as de melloras de interese xeral que superen o límite da mera conservación realizaranse á custa de quen as ordene.

5.2. A declaración de ruína

A pesar das obrigas de conservación inherentes á propiedade dunha vivenda existen supostos onde as edificacións sofren un proceso de deterioración irreversible²⁰. Neste caso os poderes públicos, e fundamentalmente os concellos, actúan con base noutro tipo de consideracións como a de protexe-la seguridade dos inquilinos e propietarios e dos propios viandantes. O Concello poderá ordena-la declaración de ruína de construcións e acorda-la total ou parcial demolición, logo da tramitación dun expediente contradictorio con audiencia do propietario e moradores, salvo casos de inminente perigo²¹. Sen embargo é preciso sinalar que o expediente de declaración de ruína está hoxe sendo utilizado coma unha vía indirecta de desaloxo de inquilinos de rendas baixas e non como un simple mecanismo de control da habitabilidade das edificacións.

²⁰ A STS 1993/3486, do 17 de maio indica que «Resulta así claro que dentro do contido normal do dereito de propiedade inmobiliaria, intégrase un deber legal, un deber urbanístico –con independencia do que derive do Código civil e da Lei de arrendamentos urbanos– do propietario no que o seu contido é o xa mencionado.

Este deber ten o seu límite ou momento de cesamento na situación de ruína –art. 183 do texto refundido–, pois cando resulta procedente a demolición do edificio extínguese, por incompatibilidade, o deber de conservación –SS. 12-5-1987 (RX 1987\5515), 20-12-1988 (RX 1988\10047), 28-11-1989 (RX 1989\8366), 19 febreiro e 13 marzo 1990 (RX 1990\1323 e RX 1990\1961), 23-7-1991 (RX 1991\5248), 15-10-1992 (RX 1992\8031), etc.–.

E tal extinción opera incluso cando aínda non se declarou formalmente a ruína, sempre que o estado de feito da edificación sexa bastante para a subsunción nalgún dos supostos legais».

²¹ As obras A. ACÚNDEZ FERNÁNDEZ, *La declaración administrativa de edificio en estado de ruína*, Comares, Granada 1994, e J. VICENTE FERRANDO, *Edificios ruinosos*, Civitas, 3ª ed., 1994, ofrecen unha panorámica do procedemento, causas, efectos e problemas que presenta a declaración administrativa de ruína.

Hai que sinalar que a declaración de ruína ten un carácter obxectivo polo que resulta indiferente para proceder á súa declaración a culpa dos propietarios ou inquilinos na deterioración do edificio. E, como recorda o Tribunal Supremo, a «declaración oficial dunha situación fáctica, nada significa que, pese a esta, a demolición que a subsegue non se poida materializar ou ser practicada porque as específicas calidades arquitectónicas do terreo impoñan a súa conservación, como foi declarado por esta sala, entre outras SS. nas de 12 maio 1978 (RX 1978\2005), 4 decembro 1981 (RX 1981\5361), 29 marzo, 2 abril e 8 xuño 1982 (RX 1982\2347, RX 1982\2373 e RX 1982\4209) e 28 xaneiro 1983 (RJ 1983\371), porque, como se precisa na segunda delas, a declaración de ruína non priva o concello de toda facultade verbo da conservación total ou parcial do edificio, pois no momento de solicitarse polo propietario licencia para a demolición, aquel poderá adopta-la decisión que a tal fin lle poida vir autorizada pola lei, por ser ese o momento propicio para adoptar aquelas específicas solucións que o concreto caso demande»²². Como queda claro o alcalde ó declara-la ruína limítase a constata-las existencias das causas de ruína que figuran na lexislación vixente sen que iso conduza necesariamente á demolición (o exemplo dos edificios protexidos por patrimonio así o indica) ou evite labores de conservación ulteriores.

O procedemento de declaración de ruína pode iniciarse a instancia de parte ou de oficio. Se é a instancia de parte deberá identificarse o inmovible, os moradores e os motivos de ruína e xuntar un informe do facultativo competente sobre o estado e habitabilidade. Se é de oficio será como consecuencia dos informes técnicos competentes.

Iniciado o expediente é comunicado a tódolos interesados e dáselles un prazo entre 10 e 15 días para alegacións (prorrogable pola metade do concedido). Cando o informe técnico do interesado alegue perigo inminente inspeccionarase e tomaranse as medidas oportunas. Os servicios técnicos municipais emitirán, logo da inspección, nun prazo de 10 días o dictame pericial e tamén nun prazo de dez días farán a proposta de resolución.

A resolución que acorde a ruína total ou parcial implicará a demolición total ou parcial para o que se fixará o prazo (tamén poderá ordenarse o desaloxo con apercibimento de desafuzamento administrativo); a resolución que declare que non hai ruína ordenará as medidas pertinentes para mante-la seguridade, salubridade e ornato.

A regulación do silencio administrativo polo Regulamento de disciplina urbanística é un dos puntos máis conflictivos da regulación autonómica da declaración de ruína. O RDU establece que o silencio ten sentido nega-

²² Sentencia do Tribunal Supremo 1983/1445, do 21 de marzo.

tivo e o prazo para o silencio é de 6 meses. Ademais da inconveniencia de que procedementos que afectan a policía de seguridade se resolvan mediante silencio²³, hai que lembrar que a Lei 4/1999 que modifica a Lei de procedemento común establece para os procedementos iniciados a instancia de parte o silencio positivo como regra xeral e só en determinados supostos ou cando unha norma con rango de lei ou de dereito comunitario europeo o prevexa permite cambia-lo sentido do silencio. Tendo en conta que a Lei do solo non regulaba esta cuestión o RDU galego vulnera claramente o disposto na Lei de procedemento común.

Os acordos execútanse á custa do obrigado. En todo caso haberá que ter en conta que segundo reiterada xurisprudencia do Tribunal Supremo a ruína ten un carácter dinámico e evolutivo polo que as valoracións a ter en conta non son as do momento inicial do expediente senón as máis próximas ó momento en que se decide ou resolve²⁴.

O alcalde poderá acorda-las medidas que sexan necesarias se hai risco, por exemplo o apontoamento da edificación.

Os motivos de declaración de ruína son os seguintes:

- Ruína económica: que o custo das obras necesarias sexa superior ó 50% do valor actual do edificio, excluído o valor do terreo
- Ruína técnica: existencia dun esgotamento xeneralizado dos seus elementos estruturais
- Ruína urbanística: necesidade de obras que non poidan ser autorizadas por estar fóra de ordenación
- Ruína inminente: Situación de deterioración física que fai urxente a demolición. Neste caso de urxencia o procedemento é moito máis abreviado e o acordo pode adoptarse sen lles conceder audiencia ó propietario e ós moradores²⁵.

²³ Neste sentido pronúnciase VICENTE FERRANDO, *op.cit.*, p.489.

²⁴ A STS 1993/3486, do 17 de maio asevera que «Unha reiterada xurisprudencia vén poñendo de relevo que o estado de ruína ten un carácter dinámico e evolutivo –SS. 13-3-1989 (RX 1989\1980), 26-12-1990 (RX 1990\10257), 23-7-1991 (RX 1991\6285), 22-1-1992 (RX 1992\764), 5-4-1993 (RX 1993\2615), etc.– de onde deriva:

A) Que as valoracións que hai que ter en conta non son as do momento inicial do expediente senón as máis achegadas ó momento en que se decide ou resolve.

B) Que na mesma liña e aínda sendo ambos alleos ós intereses en xogo resultarán preferentes en principio os dictames dos peritos procesuais sobre os dos técnicos da Administración pois reflicten máis exactamente o último estado do edificio: o gasto que hai que realizar é precisamente o requirido pola situación actual do edificio e xustamente coa ruína trátase de determinar cándo xa non está socialmente xustificada o investimento na reparación –SS. 13-3-1989 (RX 1987\1961), 3-10-1990 (RX 1990\7836), 24-6-1992 (RX 1992\5313), etc.–».

²⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «La ruina inminente en la jurisprudencia (1992-1999)», fai un repaso da xurisprudencia na materia con especial referencia ás conse-

Nos bens declarados de interese cultural e nos núcleos históricos a *Lei 8/1995, do 30 de outubro, de Patrimonio Cultural de Galicia* complementa a regulación urbanística e establece unha serie de medidas para velar pola adecuada protección do patrimonio ante a eventualidade dunha declaración de ruína que poida abri-las portas dunha demolición. Por iso se abre un expediente de declaración de ruína, a pesar da obriga de conservación e protección que comporta a declaración de Ben de Interese Cultural. A Consellería de Cultura pode intervir como interesada polo que lle deberán ser notificadas tódalas actuacións municipais.

Ademais, non se pode proceder á demolición sen a autorización da consellería e a consellería suspenderá calquera obra non autorizada e impedirá os derrubamentos. Tomaranse as medidas necesarias para mante-las características e elementos singulares do edificio. Se a situación de ruína se produce polo incumprimento desas obrigas o propietario deberá devolve-lo ben ó seu estado orixinal.

5.3. A responsabilidade no proceso da edificación

A necesidade de pecha-la normativa relacionada co proceso de edificación coa determinación dun réxime de responsabilidades dirixido a garanti-la calidade da edificación foi un dos motivos que levou o Estado a aproba-la *Lei 38/1999, do 5 de novembro de ordenación da edificación*. Nesta lei defínense as obrigas, capacitación e funcións dos axentes que participan na construción. Dentro deste grupo entran o promotor, proxectista, constructor, director de obra, director de execución de obra, entidades e laboratorios de control de calidade, subministradores de produtos. Os usuarios do edificio tamén figuran no capítulo dedicado ós axentes da edificación se ben «carecería... de sentido aplicarlle-lo réxime de responsabilidade que deriva da lei, cando ademais serán eles os prexudicados e, xa que logo, os que exerciten as accións pertinentes para facer efectiva responsabilidade dos axentes»²⁶.

A responsabilidade destes axentes será esixible en relación coas edificacións que entran dentro do ámbito de aplicación da lei. Para as edificacións que quedan á marxe da lei (aquelas de escasa entidade constructiva e sinxeleza técnica, que non teñan, de forma eventual ou permanente, carácter residencial nin público e se desenvolvan nunha soa planta) García-Trevijano considera que lles é aplicable o art. 1561 do Código civil para

cuencias xurídicas desta declaración, ó procedemento especial de declaración e para os efectos que ten sobre dereitos fundamentais como a tutela xudicial efectiva ou a inviolabilidade do domicilio.


²⁶ E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Régimen jurídico de la responsabilidad civil de los agentes de la edificación», *RDU*, núm. 177, abril-maio 2000, p. 24.

os efectos de esixencia de responsabilidade²⁷. A responsabilidade cobre exclusivamente os danos materiais e non se estende ós persoais ou psicolóxicos.

Constítúese un sistema de garantías polos danos materiais do edificio a partir da recepción da obra. A responsabilidade é individual para cada responsable salvo que sexa imposible individualizala e ademais o promotor responde solidariamente dos danos materiais causados ó edificio. Neste caso respóndese de xeito solidario. A lei aclara a forma de delimita-las responsabilidades entre os distintos axentes da construción. En todo caso exclúense as responsabilidades destes axentes se concorren caso fortuíto, forza maior, acto de terceiro ou do propio prexudicado²⁸.

Para facer fronte a esas responsabilidades haberá que tomar un seguro coas condicións que fixa a lei para cubrir cada unha das seguintes responsabilidades:

- Durante dez anos por vicios ou defectos de elementos estruturais que comprometan a resistencia e estabilidade do edificio
- Durante tres anos por danos que afecten a habitabilidade
- Durante un ano por vicios que afecten o acabado das obras

Sen embargo este réxime de responsabilidade vese sensiblemente diminuído pola aplicación da disposición adicional segunda que conta a propia lei na que se establece que só será esixible a garantía contra os danos materiais por vicios ou defectos de elementos estruturais que comprometan a resistencia e estabilidade do edificio desde a entrada en vigor da lei. A constitución de garantías para os vicios referentes á habitabilidade e ó acabado das obras son remitidos á aprobación polo Goberno dun real decreto que limita considerablemente os efectos desta regulación da responsabilidade constructiva. 

²⁷ Op.cit.p.21.

²⁸ GARCÍA-TREVIJANO, ibidem p. 41, sinala que é preciso para que se produza esa exclusión de responsabilidade por acto de terceiro ou propio que esta sexa a causa única e exclusiva do dano. En caso contrario aplicaríase o réxime de responsabilidade se ben moderado ou atenuado nunha solución casuística.



XURISPRUDENCIA

INFRACCIÓNS E SANCIÓN S NO DEREITO URBANÍSTICO GALEGO: UNHA VISIÓN XURISPRUDENCIAL

Pablo González Mariñas

Profesor titular de dereito administrativo.
Universidade de Santiago de Compostela

Javier Álvarez Barbeito

Funcionario da Xunta de Galicia

1. Dereito urbanístico sancionador. Principios inspiradores

O artigo 25.1 da C.E. establece que «ninguén pode ser condenado ou sancionado por accións ou omisións que no momento de se produciren non constitúan delicto, falta ou infracción administrativa, segundo a lexislación vixente daquela «e engade no seu parágrafo 3, en alusión ó imprescindible principio de proporcionalidade da sanción administrativa, que «a Administración civil non poderá impoñer sancións que, directa ou subsidiariamente, impliquen privación de liberdade».

Do contido do texto constitucional despréndese, por unha parte, unha preocupación por recoñecerlle ó administrado as máximas garantías que o ordenamento xurídico debe ofrecer e, por outra, a inexistencia de distinción entre delicto e infracción ou pena e sanción. Iso non empece, sen embargo, a existencia de diferencias entre o proceso penal e o procedemento administrativo, as cales non deben xustificar en ningún caso a diminución dos dereitos dos administrados neste último, senón todo o contrario. Neste sentido maniféstase a STC 77/83, do 3 de outubro:

«Non cabe dúbida que nun sistema no que rexera de maneira estricte e sen fisuras a división dos poderes do Estado, a potestade sancionadora debería constituír un monopolio xudicial e non podería estar nunca en mans da Administración, pero un sistema semellante non funcionou nunca historicamente e é lícito dubidar que fora incluso viable, por razóns que non é agora o momento de expoñer con detalle, entre as que se poden citar: a conveniencia de non recargar en exceso as actividades da Administración de Xustiza como consecuencia de ilícitos de gravidade menor, a conveniencia de dotar dunha maior eficacia o aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos e a conveniencia dunha maior rapidez da autoridade sancionadora respecto dos feitos sancionados. Seguindo esta liña, a nosa Constitución non excluíu a esixencia dunha potestade sancionadora da Administración, senón que, lonxe diso, admitiuna no artigo 25.3, aínda que, como é obvio, someténdoa ás necesarias cautelas que preserven e garantan os dereitos dos cidadáns».

Podería afirmarse, en definitiva, que as diferencias entre o ámbito do penal e do administrativo deberanse circunscribir ó do adxectivo, mentres que o substancial, as garantías do cidadán, deberán permanecer inalterables en ámbolos casos. Deste modo reconécese –como fai a STS do 13 de outubro de 1989 (Ar. 8386)– a negación de calquera diferencia ontolóxica entre sanción e pena:

«O art. 25 da CE, onde se reconece implicitamente a potestade administrativa sancionadora, ten como soporte *teórico a negación de calquera diferencia ontolóxica entre sanción e pena*. En tal sentido, resulta expresiva e concluínte a Sentencia do 8 de xuño de 1981 na que o Tribunal Constitucional afirma que “os principios inspiradores da orde penal lle son de aplicación, con certos matices, ó dereito administrativo sancionador, dado que ambos son manifestacións do ordenamento punitivo do Estado”, tal e como reflicte a propia CE e unha moi reiterada xurisprudencia do noso TS, ata o punto de que un mesmo ben xurídico pode ser protexido con técnicas administrativas ou penais, se ben no primeiro caso co límite que establece o propio art. 25, no seu número 3, ó sinalar que a Administración civil non poderá impoñer penas que directa ou subsidiariamente impliquen privación de liberdade».

Non diferenciación que, en definitiva, supón a aplicación dos principios inspiradores do dereito penal ó exercicio da potestade administrativa sancionadora, o que constitúe unha constante xurisprudencial da cal son manifestación as STS do 30 de decembro de 1990 (Ar. 10430), 12 de marzo de 1990 (Ar. 1959) e 30 de xuño de 1989 (Ar. 4484):

«A Administración, no exercicio das súas facultades sancionadoras, ha observar, como a xurisprudencia ten reiteradamente declarado, os principios de tipicidade e imputabilidade que rexen no dereito penal; o primeiro, que a Constitución consagra no seu artigo 25.1, foi precisado, entre outras, nas Ss. do 23 de abril de 1976, 14 de maio de 1977 e 5 de

decembro de 1984, no tocante a impoñe-la subsunción do feito nun tipo legalmente prefixado, xa que ós preceptos sancionadores non se lles pode dar unha interpretación extensiva ou analóxica, e así mesmo hase acreditar que tales feitos, así legalmente configurados, son imputables a quen tal responsabilidade é atribuída, en aplicación da xenérica presunción de inocencia da que parte todo administrado e da que goza coma calquera persoa, presunción tamén recoñecida pola Suprema norma no artigo 24, o que, se se trata de omisións, hase traducir na constatación de que podendo e debendo actuar non o fixo, dando lugar coa súa inactividade á situación constitutiva da pretendida infracción. Por outra parte, e respecto á posición das partes ante a proba, no dereito administrativo, a Administración é quen debe proba-los feitos en que se basean as decisións contidas nos seus actos, correspondéndolles ós interesados que os impugnan, ben alegar simplemente tal inactividade, como o conseguinte baleiro probatorio que iso supón na resolución obxecto de recurso, ben acreditar que, pese a todo, os feitos son doutro modo, relacionando, en definitiva, todo o razoado, coa presunción de veracidade da Acta de inspección...».

1.1. Principio de legalidade

A previsión constitucional garantidora do principio de legalidade, que se plasma nos arts. 9.3 e 25 do texto constitucional, implica, como primeira esixencia, que o exercicio da potestade sancionadora teña o seu fundamento na correspondente lei habilitadora. Esixencia que se encontra ratificada no articulado da LRPAC: «a potestade sancionadora das administracións públicas, recoñecida pola Constitución, exercerase cando fora expresamente atribuída por unha norma con rango de lei...» (art.127.1) e «só constitúen infraccións administrativas as vulneracións do ordenamento xurídico previstas como tales infraccións por lei» (art. 129. 1).

«O principio de legalidade non somete o ordenamento sancionador administrativo só á reserva de lei, senón que comporta, igualmente, unha garantía de orde material e de alcance absoluto que se traduce na imperiosa esixencia de predeterminación normativa das condutas ilícitas e das sancións correspondentes, de maneira que a norma punitiva aplicable permita predicir, con suficiente grao de certeza, as condutas que constitúen a infracción, o tipo e o grao de sanción». (Sentencia do 20 de xaneiro de 1997. Ar. 535).

«Partindo do principio de que a regulación das sancións administrativas ha estar inspirada nos principios propios e característicos do dereito penal, en xa numerosas sentencias declarouse –dado que o principio de legalidade se traduce nun dereito subxectivo de carácter fundamental– que o dito principio comprende unha dobre garantía :[...], a segunda de carácter formal, relativa á esixencia e á existencia dunha norma de adecuado rango e que este tribunal identificou como lei en sentido formal, interpretando así os termos “lexislación vixente” do art. 25.1 CE, sen ad-

mitir, salvo casos ou hipóteses de normas preconstitucionais, a remisión ó regulamento. Certo que esta garantía formal, repetimos, foi considerada ás veces susceptible de minoración ou de menor esixencia, non só en supostos de normas sancionadoras preconstitucionais (non é posible esixila reserva de lei de maneira retroactiva para considerar nulas e inaplicables disposicións regulamentarias respecto das cales esa esixencia formal non existía antes da Constitución, segundo STC 219/89), como, en fin, nas situacións chamadas de suxeición especial «aínda que incluso no devandito ámbito unha sanción carecedora de toda base legal deviría lesiva do dereito fundamental que recoñece o art. 25.1 CE». En todo caso, dise nesas sentencias, o que prohibe o art. 25.1 CE é a remisión ó regulamento que faga posible unha regulación independente e non claramente subordinada á lei, pero non a colaboración regulamentaria na normativa sancionadora». (STC do 29 de marzo de 1990).

Ó respecto da constitucionalidade da colaboración regulamentaria que concreta a reserva de lei insistiu a maioría da doutrina científica. Entre outros Parejo Alfonso insistiu en que a lei pode non chegar, pola súa xeneralidade, nivel de abstracción e vocación de permanencia, ata determinados niveis de regulación que son propios das normas regulamentarias, como mostra da colaboración destas coa norma legal.

Do mesmo modo, a xurisprudencia insistiu na importancia decisiva que xogan os regulamentos naqueles casos nos que a lei non esgota a descrición das infraccións e sancións. A Sentencia do TS do 1 de febreiro de 1992 (Ar. 794) é unha boa mostra disto:

«O mandato do artigo 25.1 determina a necesaria cobertura da potestade sancionadora da Administración, nunha norma con rango legal, pero non exclúe que esa norma conteña remisións a normas regulamentarias, sempre que naquela queden suficientemente determinados os elementos esenciais da conducta antixurídica e a natureza das sancións que hai que impoñer».

En canto á potestade sancionadora das entidades locais, non é posible entendela máis que a través de ordenanzas que claramente delimiten os seus límites pola lexislación sectorial vixente ou –se é o caso– por medio da norma regulamentaria habilitada pola antedita lexislación, e isto debido á imposibilidade legal de esgotarlas táboas de infraccións e sancións derivadas da vida local.

«O art. 59 do texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local –R.D. lex. 781/1986, do 18 de abril– non derogou a normativa sancionadora contida no TRLS 76 e no RDU, non só pola especialidade do ordenamento urbanístico, senón porque tal precepto vai dirixido a establecer multas que hai que impoñer “por infracción de ordenanzas” o que non é o caso das sancións urbanísticas nas que as infraccións van referidas á Lei do solo independentemente de que en virtude da remisión ó planeamento –art. 76 TRLS 76– esta veña integrarse con aquela

na ordenación urbanística do territorio nacional. Na medida en que a redacción do art.30 da ordenanza dea lugar a que as sancións previstas na Lei do solo e o RDU se apliquen a infraccións que non están tipificadas na normativa urbanística e que o sexan na ordenanza, haberá que entender que é nulo o susodito art. 30: as infraccións da ordenanza que non integren infracción urbanística tipificada no TRLS 76 e no desenvolvemento desta que constitúe o RDU só poderán ser sancionadas coas multas de contía moito máis baixa previstas no art. 59 do xa citado texto refundido. Así o impón o principio de xerarquía normativa establecido no art. 9.3 CE, 1.2 do título preliminar do CC, 26 da LRXAE, sen necesidade de aludi-lo principio de legalidade formal, aplicable nesta materia». (Sentencia do TS do 2 de xaneiro de 1989. Ar. 377).

1.2. Principio de irretroactividade

O artigo 9.3 CE establece que «A Constitución garante...a irretroactividade das disposicións sancionadoras non favorables ou restrictivas de dereitos individuais». E o art. 62.2 da LRXPAC determina que «tamén serán nulas de pleno dereito as disposicións... que establecen a retroactividade de disposicións sancionadoras non favorables ou restrictivas de dereitos individuais». Por último, verbo da potestade sancionadora da Administración, o art. 128 LRXPAC establece que «serán de aplicación as disposicións sancionadoras vixentes no momento de se produciren os feitos que constitúan infracción administrativa», principio que atopa a súa excepción no parágrafo 2º do citado art. 128: «As disposicións sancionadoras producirán efecto retroactivo en canto favorezan o presunto infractor».

«Por outro lado, despois de subsumi-los feitos sancionados na infracción definida nos arts. 68 e 89 RDU... e de proclamar como principio do dereito sancionador en materia urbanística o de retroactividade da norma máis beneficiosa...». (STC do 16 de novembro de 1992).

«... sendo o réxime disciplinario de carácter case penal no que rexon os mesmos principios informadores deste... tamén hase aplica-lo principio da retroactividade da lei penal máis favorable, baseado esencialmente en que se, coma neste caso, desaparece nas disposicións legais e regulamentarias que o regulan, o feito e a causa da sanción, non existe xa a tipicidade do caso». (Sentencia do 20 de xuño de 1986. Ar. 3276).

1.3. Principio de tipicidade

Non existe delicto ou infracción administrativa se non se manifesta un comportamento activo ou omisivo que deberá definirse previamente coa necesaria precisión. Só se existe acción ou omisión pode existir delicto, falta ou infracción administrativa. Desta máxima infírese que non cabe impoñer pena ou sanción a actitudes puramente internas.

O artigo 129.1 da LRPAC plasma as garantías antes enunciadas ó dispoñer que «só constitúen infraccións administrativas as vulneracións do ordenamento xurídico previstas como tales infraccións por unha lei» e «unicamente pola comisión de infraccións administrativas poderán ser impostas sancións que, en todo caso, estarán delimitadas pola lei». As sentencias do TS do 4 de xullo de 1983 (Ar. 3971) e 13 de xuño de 1986 (Ar. 3607) constitúen un claro exemplo do exposto:

«...sería igualmente procedente a admisión da demanda sobre a base da alegación nela esgrimida de que os decretos sancionadores se apoian nuns feitos indefinidos, pois non se concreta ónde se efectuou esa redada, tampouco os que foron os detidos, nin as circunstancias de lugar, data e hora, nin sequera qué membros da Policía interviñeron: falta de concreción dos feitos nos que se apoian, que evidentemente lle impiden agora á sala revisar adecuadamente a legalidade das sancións impostas».

«Ante a ausencia dun dereito penal administrativo, a doutrina científica e xurisprudencial establece que o poder sancionador da Administración hase seguir e inspirar polos mesmos principios da orde penal clásica. E un de tales principios, *nullum crimen nulla pena sine lege*, alcanza categoría de axioma, pois os feitos imputados hanse encontrar previamente cualificados como faltas na norma aplicable, sendo a tipificación materia de interpretación restrinxida, esixíndoo así os principios fundamentais de tipicidade e legalidade da sanción».

4. Principio de culpabilidade

Se ben a Constitución non consagrou de modo inequívoco o principio da culpabilidade, non é menos certo que o TC se encargou de consagralo criterio correcto con ocasión do recurso de inconstitucionalidade interposto contra a Lei 10/1985, do 26 de abril, de modificación da Lei xeral tributaria, ó declarar que *non hai pena –nin sanción administrativa– sen culpabilidade* (STC 76/90, do 26 de abril de 1990):

«É certo que, a diferenza do que ocorreu no Código penal, no que se substituíu aquel termo (accións ou omisións voluntarias, empregado no antigo art. 1 CP) pola expresión “dolosas ou culposas”, na LXT excluíuse calquera adxectivación das accións ou omisións constitutivas de infracción tributaria. Por iso non pode levar á errónea conclusión de que se suprimise na configuración do ilícito tributario o elemento subxectivo da culpabilidade para substituílo por un sistema de responsabilidade obxectiva ou sen culpa. Na medida en que a sanción das infraccións tributarias é unha das manifestacións do *ius puniendi* do Estado, tal resultado sería inadmisíbel no noso ordenamento».

Unha consecuencia do principio de culpabilidade é a necesaria proporcionalidade de deber garda-la sanción imposta coa infracción cometida, sobre todo naqueles casos nos que non estea tipificada en tódolos

seus elementos a infracción ou sanción impositiva. Este criterio da proporcionalidade constitúe, en consecuencia, un principio normativo que se lle impón coma un precepto máis á Administración e que lle reduce o ámbito das súas potestades sancionadoras.

«A xurisprudencia vén mantendo a procedencia de concreta-las sancións administrativas en consideración da infracción cometida, para gradualas co adecuado criterio de proporcionalidade innato nos principios ordenadores do dereito sancionador, e sopesar a tal fin as circunstancias concorrentes no feito constitutivo da infracción sancionada, correspondéndolle á actividade xurisdiccional non só a facultade de subsumi-la conducta do infractor nun determinado tipo legal, senón tamén por paralela razón, adecuarlle a sanción ó feito cometido, xa que nun e noutro caso se trata da aplicación de criterios xurídicos plasmados na norma escrita e inferibles de principios informadores do ordenamento xurídico, como son os de congruencia e proporcionalidade entre infracción e sanción». (Sentencia do TS do 14 de decembro de 1994. Ar. 9791).

No tocante á aplicación do principio da culpabilidade ás persoas xurídicas, o dereito administrativo, a diferenza do dereito penal –*societas delinquere non potest*–, si admite a responsabilidade daquelas polas infraccións que cometan as persoas físicas que actúan como os seus axentes ou empregados.

«O correcto funcionamento da responsabilidade administrativa do empresario polas faltas dos empregados ou familiares ó seu servizo e cometidas con ocasión de o prestar reside na *culpa in eligendo* ou/e na *in vigilando*, con arraigo milenario no dereito común...; da mesma maneira que, e co mesmo fundamento, a xurisprudencia declara con carácter xeral no ámbito do dereito administrativo sancionador, a responsabilidade das persoas xurídicas pola actuación dos seus dependentes e empregados». (Sentencia do 28 de novembro de 1989. Ar. 8331).

1.5. Principio de presunción de inocencia

A STC 13/82, do 1 de abril de 1982, establece que «a presunción de inocencia deixou de ser un principio xeral do dereito que ha informa-la actividade xudicial (*in dubio pro reo*) para se converter nun dereito fundamental que vincula tódolos poderes públicos e que é de aplicación inmediata... O dereito á presunción de inocencia non se pode entender reducido ó estricto campo do axuízamento de condutas presuntamente delictivas, senón que se debe entender tamén que preside a adopción de calquera resolución, tanto administrativa coma xurisdiccional, que se basee na condición ou na conducta das persoas e cunha apreciación da que se derive un resultado sancionador por estas ou limitativo dos seus dereitos».

É este un principio a través do cal se fai realidade a tutela xudicial efectiva contida no art. 24 da CE e que, como postula o Alto Tribunal non resulta de aplicación simplemente ós procesos tramitados ante xuíces ou tribunais.

A presunción de inocencia ten unha función decisiva no ámbito da potestade sancionadora da Administración, como é a de proba-los feitos susceptibles de sanción administrativa.

1.6. O principio *non bis in idem*

A xurisprudencia do TC, pronuncouse de maneira rotunda sobre este principio. Unha das súas primeiras manifestacións foi a STC do 30 de xaneiro de 1981, na que, aínda recoñecendo que o dito principio non aparece expresamente formulado no texto constitucional, si se pode considerar intimamente ligado ós principios de legalidade e tipicidade das infraccións recollidos no art. 25 da CE:

«O principio xeral do dereito, coñecido por *non bis in idem*, supón, nunha das súas máis coñecidas manifestacións, que non recaia duplicidade de sancións –administrativa e penal– nos casos nos que se aprecie a identidade do suxeito, feito e fundamento sen existencia dunha relación de supremacía especial da Administración –relación de funcionario, servizo público, concesión, etc.– que xustifícase o exercicio do *ius puniendi* polos tribunais e, á súa vez, da potestade sancionadora da Administración».

Esta doutrina non foi o resultado dunha primeira aproximación ó debate sobre este principio, senón que solidificou nunha constante xurisprudencia constitucional:

«Hase entender implicitamente incluído o principio *non bis in idem* no art. 25 CE, como intimamente vinculado ós principios de legalidade e tipicidade das infraccións, principio que se configura coma un dereito fundamental do sancionado. Este principio veu sendo aplicado fundamentalmente para determinar unha interdicción de duplicidade de sancións administrativas e penais respecto a uns mesmos feitos, pero iso non significa que só inclúa a incompatibilidade de sancións penal e administrativa por un mesmo feito en procedementos distintos correspondentes a ordes xurídicas sancionadoras diversas. O principio *non bis in idem* é aplicable tamén dentro dun mesmo proceso ou procedemento, a unha pluralidade de sancións principais ante unha unidade de suxeitos, feitos e fundamentos, obxecto ou causa material e acción punitiva». (STC do 15 de xaneiro de 1990).

Resulta clara a identidade de feitos, suxeito e fundamento para que poida invocarse este principio. Polo tanto, non se quebrará cando a citada identidade decaia aínda que sexa tan só nun dos elementos antes

citados. Do mesmo modo, tampouco lles resulta aplicable o principio ás situacións nas que concorre unha relación de supremacía especial entre o expedientado e a Administración (por exemplo, a súa calidade de funcionario), e iso debido a que unha mesma conducta pode infrinxir, á vez, o ordenamento interno que garante a potestade disciplinaria e o ordenamento xeral, que protexe o sistema penal.

A *sensu contrario*, o principio *non bis in idem* supón, en canto ás relacións administrativas de suxeición xeral (como son as de disciplina urbanística), a imposibilidade de que uns mesmos feitos poidan ser obxecto simultáneo dunha pena e dunha sanción administrativa, e, consecuencia diso, o cesamento da competencia administrativa a favor da penal, cando existan indicios de delito ou falta nos feitos que deron lugar á apertura do expediente administrativo sancionador.

2. As infraccións urbanísticas

2.1. Concepto e clasificación

De conformidade co disposto no art. 181 L.S.G. e o 69 R.D.U.G. «son infraccións administrativas as accións e as omisións que vulneren as precisións contidas na lexislación e no planeamento urbanístico, tipificadas e sancionada naquela». Deste modo se exclúen outras accións ou omisións que vulnerando o ordenamento urbanístico non foron tipificadas; o que non fai máis que afondar na ineludible aplicación do principio de legalidade.

Os principais efectos que se derivan dunha infracción urbanística serán:

- A restauración da orde xurídica perturbada e a realidade física alterada.
- O resarcimento dos danos e perdas á Administración pública ou a terceiros.
- E por último, a sanción administrativa.

O artigo 70 R.D.U.G. clasifica as infraccións administrativas en:

a) Moi graves:

Son infraccións moi graves as accións e as omisións que constitúan incumprimento das normas relativas ó uso e á edificación que afecten zonas verdes, espazos libres, dotacións, equipamentos ou solo rústico con especial protección. Son, así mesmo, infraccións moi graves o parcelamento urbanístico en solo rústico e a realización de obras de urbanización sen a previa aprobación do planeamento e do proxecto de urbanización esixido.

b) Graves:

Son infraccións graves as accións e as omisións que constitúan incumprimento das normas relativas a parcelamentos, aproveitamento urbanístico, uso do solo, altura, volume, situación das edificacións e ocupación permitida da superficie da parcela, agás que se lles demostre a escasa entidade do dano producido ós intereses xerais.

c) Leves:

Son aquelas que non teñen o carácter de graves ou moi graves e, en todo caso, a execución de obras realizadas sen licencia ou sen orde de execución cando sexan legalizables por seren conformes co ordenamento xurídico.

2.2. Persoas responsables das infraccións urbanísticas

A responsabilidade derivada dunha infracción urbanística recaerá na persoa (física ou xurídica) á que se lle poida imputa-la comisión do acto ou dos actos que respondan ós requisitos de antixuridicidade, tipicidade e culpabilidade que presupoñen a conculcación do contido da lei ou dos plans urbanísticos. A Sentencia do 29 de maio de 1991 (Ar. 4161) resume a posición xurisprudencial sobre este extremo:

«As infraccións urbanísticas supoñen a vulneración das prescricións contidas na lei ou no planeamento e levan consigo, como consecuencia ineludible, a imposición da correspondente sanción ó responsable, de conformidade co establecido nos arts. 225, 227 e 228.1 TRLS, de onde se infire no seu contido que as infraccións urbanísticas só poden ser aquelas que reúnen os requisitos de antixuridicidade, tipicidade e culpabilidade, que presupón esa conculcación do que se conteña na lei nos plans, que queda suxeito a sanción...».

No suposto concreto do nº 1 do art. 72 R.D.U.G., a responsabilidade limítase ás «obras executadas sen licencia ou con inobservancia das súas condicións», considerándose indiferente para os efectos agora tratados a posible *legalización* daquelas.

«Na tipificación que efectúa o art. 228.1 en relación co art. 178, ambos do TRLS, considérase como infracción urbanística a execución das obras sen licencia ou con inobservancia das súas cláusulas. No caso de autos, é un feito que as obras se iniciaron antes de que se concedera a licencia de apertura, sen que esta "legalización" posterior puidera evita-la dita consideración de infracción urbanística, tal e como se deriva do art. 53.2. b) RD 2187/1978 do 23 de xuño, que alude indiferenciadamente á alternativa de que sexan ou non legalizables, en atención á súa desconformidade ou conformidade coa normativa urbanística aplicable e do propio criterio xurisprudencial; en consecuencia, sendo incuestionable que se executaron obras sen licencia, produciuse unha vulneración da lei que ten atri-

buída a consideración de infracción urbanística». (Sentencia de TSX das Balears do 29 de novembro de 1991. *La Ley*, 1992-2, 241).

«Se ben as obras de autos realizadas sen licencia, foron posteriormente legalizadas, existen méritos suficientes para acceder ó petición respectivo á imposición da preceptiva sanción por infracción urbanística; conclusión á que se chega que non queda embazada pola alegada actuación dunha elevación do 50% das taxas municipais que gravan a solicitude de licencia que puidera enche-las esixencias do ordenamento urbanístico». (Sentencia do TSX de Cataluña do 22 de xullo de 1992. *La Ley*, 1993-1, 90).

«Se a simple non petición de licencia, de algo que é legalizable, é motivo de infracción urbanística, e de sanción, con moita máis razón será sancionable a conducta dolosa de tratar de encubrir algo non autorizable en principio, cunha solicitude na que, falseando os feitos, trátase de os presentar como adecuados a unha posible autorización». (Sentencia do 20 de marzo de 1990. *La Ley*, 1990, 3-1, 1120).

«No caso é clara a esixencia da previa licencia para a instalación de carteis de propaganda, e, conseguintemente, o incumprimento desta obriga-ción xera a correspondente infracción, conforme o establecido no art. 225 TRLS e no art. 53.2. b) do RD 2187/1978, que tipifica como infraccións desta clase "as actuacións que, estando suxeitas a licencias ou a outra autorización administrativa de carácter urbanístico, se realizan sen ela, sexan ou non legalizables..."». (Sentencia do 17 de febreiro de 1990. *La Ley*, 1990, 3-1, 1032).

Seguindo co teor literal do artigo 72 R.D.U.G. obsérvase como «a causa das obras que se executen sen licencia ou con inobservancia das súas condicións serán sancionadas por infracción urbanística as persoas físicas ou xurídicas responsables delas en calidade de promotor, de empresario das obras ou de técnico director destas».

«Non ofrece dúbida a esta sala que o vertido de terras efectuado, correspondente á descarga duns 40 camiós, está encadrado no art. 178 do texto refundido da Lei do solo e no art. 1.9 do Regulamento de disciplina urbanística, cunha enumeración de supostos de movementos de terras que non constitúe *númerus clausus*, ó se esixir para tal actividade e a teor dos artigos citados, a correspondente licencia municipal, onde a súa ausencia constitúe infracción urbanística susceptible da adopción das medidas precisas para a restauración da realidade física alterada e da imposición de sanción ós responsables, entre os que se encontra o promotor e o empresario das obras, calidade unha e outra que exercía o aquí demandante». (Sentencia do TSX de Galicia do 25 de xaneiro de 1991. R.X.C.A., 1991, 95).

«Obtida a licencia de obras para a construción das vivendas apegadas, incumpríuse unha das previsións do proxecto –non se respectou a distancia entre o nivel da beirarrúa e a cara inferior do forxado da planta baixa que establecía o proxecto– e, polo tanto, e por exceso se infrinxe a licen-

cia que o autorizaba. Como consecuencia disto deberanse te-las edificacións construídas como vivendas de tres plantas, o que obriga a gardar unha distancia mínima de 7 metros entre edificacións tanto a lindes coma a fachadas. Estarase, pois, ante unha infracción grave da que resulta responsable o autor na súa calidade de técnico director das obras». (STSX CV do 13 de novembro de 1998. *La Ley*, R. 2362/1993).

Como claramente se deduce do artigo citado, o concepto xenérico «persoas responsables» engloba tanto as persoas físicas coma as xurídicas (neste caso serán responsables polas infraccións cometidas polos seus órganos ou axentes –art 73 R.D.U.G.–), así como as administracións públicas; extremo que, aínda que non se desprenda do teor literal da norma, devén admitido por reiterada xurisprudencia:

«Os particulares, e tamén a Administración, están absolutamente obrigados ó cumprimento das disposicións sobre ordenación urbana contidos no TRLS e nos plans e nas ordenanzas aprobadas e publicadas legalmente, tal como impón de modo categórico e preceptivo o art. 57 TRLS, e como lóxica consecuencia de tal obrigatoriedade da observancia dos plans e das ordenanzas...». (Sentencia do 29 de abril de 1996. *La Ley*, 1996, 6566).

A identificación entre promotor e propietario do terreo sobre o baixo no que se comete a infracción urbanística hase tomar coa necesaria prevención. A pesar do aparente automatismo co que opera normalmente na realidade, o número 2 do art. 72 constrúea coma unha *presunción iuris tantum* que se poderá destruír mediante proba en contrario.

«O artigo 228 TRLS establece que as sancións derivadas da realización de obras sen licencia haberánselles impoñer ó promotor, ó empresario das obras e ó director técnico destas, sen que por iso teña relevancia que o recorrente pretende a determinación da titularidade dominical do terreo ou das mesmas obras». (Sentencia do 31 de maio de 1986. RAX, 4482).

«A responsabilidade en materia urbanística ha ser inevitablemente unha consecuencia da participación nos feitos constitutivos da infracción, e iso con independencia da titularidade dominical do terreo afectado». (Sentencia do 31 de outubro de 1990. R. 8855).

Ó indicar o art. 74 R.D.U.G. que «as sancións que se lles impoñan ós distintos suxeitos por unha mesma infracción terán entre si carácter independente», está concluíndo que a responsabilidade derivada da comisión dunha infracción urbanística non terá carácter solidario senón persoal e individualizado. Iso é así dado que o dereito sancionador se atopa impregnado dos principios básicos do dereito penal, do que se infire que a individualización das penas é plenamente aplicable ó ámbito urbanístico, e contrario, xa que logo, á solidariedade penal; o que tamén estaría en contra do disposto no art. 25 da CE.

«... unha soa cuestión, de natureza estrictamente xurídica, velaquí se presenta: se a sanción de multa de cincocentas mil pesetas lle pode ser imposta solidariamente a "Ferrovia, SA" e ó empresario con quen aquela subcontratou ou se a sanción lle debe ser imposta, de acordo cun criterio personalista, unicamente ó autor material da infracción executoria por propia –iniciativa da escavación realizada sen autorización–, non estando axustado a dereito que a responsabilidade sexa solidariamente compartida por quen non levou a cabo tales actos de extracción.

A cuestión debe ser resolvida a favor da tese que a sentenza obxecto de recurso acolle: a infracción é só imputable a quen realizou os actos constitutivos da infracción... A inaplicabilidade da solidariedade neste ámbito da potestade sancionadora da Administración está recoñecida, entre outras, nas sentencias do Tribunal Supremo do 15 de xullo de 1981 (RX, 3507), 2 de novembro de 1992 (RX, 8742) e 30 de novembro de 1992 (RX, 9003). Nesta última lémbrese que o principio de individualización das penas é aplicable en materia administrativa sancionadora, pois o contrario sería oposto ó artigo 25 da CE. No ámbito das relacións "inter privatos" a solidariedade non se presume (art. 1137 CC). Na Lei 30/92, do 26 de novembro, só os responsables dos feitos constitutivos de infracción poden ser sancionados (art. 130.1) e a responsabilidade en forma solidaria (art. 130.3 par. 1º) só cabe cando o cumprimento das obrigacións previstas nunha disposición legal lles corresponden a varias persoas conxuntamente, o que non acontece no caso xulgado». (Sentencia do 28 de febreiro de 1997. Ar. 1534).

«Ante unha sanción por infracción urbanística conforme os arts. 225 e 228.6 TRLS, que expresamente sinala que as sancións a que se refire se lles imporán a "aqueles que realicen algunha das actividades a que se refire o art. 178.1 TRLS", faise ineludible practicar nas actuacións administrativas as dilixencias necesarias para concretar aquel ou aqueles que levaron a cabo a construción do edificio litixioso. Contra o que se acaba de indicar non se pode alega-lo contido do disposto no art. 13.1 RSCL, conforme o cal nos supostos dunha transmisión de licencias quedan o antigo e o novo constructor ou empresario suxeitos a tódalas responsabilidades que se deriven para o titular daquela, caso de que non se lle comunique por escrito á corporación municipal a transmisión, pois o disposto no citado artigo debe ceder ante a esixencia do principio de que a sanción administrativa só se lle pode impoñer ó autor da infracción que a determina». (Sentencia do 7 de febreiro de 1989. *La Ley*, 1990, 3-1, 946).

«Débese rexeita-la pretensión da entidade constructora sancionada de reduci-la sanción á metade, baseándose en lle imputa-la outra parte á promotora das obras, pois as multas que se lles impoñan ós distintos suxeitos como consecuencia dunha mesma infracción teñen entre si carácter independente». (Sentencia do 29 de maio de 1991. R. 8984).

«A responsabilidade persoal pola infracción urbanística, consistente en executarse obras sen licenza, esténdeselles, segundo os arts. 228.1 TRLS e 57 RD 2187/1978 do 23 de xuño, ó promotor, ó empresario das obras e ó

director técnico destas, non no sentido de responsabilidade solidaria, senón a título persoal autónomo, polo que en caso de concorrencia plural nunha mesma infracción a sanción a cada un deles ten o carácter de independente, sen prexuízo de que para ela sexa preciso aprecia-lo necesario elemento da culpabilidade, predicable do ilícito administrativo, en cada un deles». (Sentencia do TSX das Balears do 29 de novembro de 1991. *La Ley*, 1992-2, 241).

Sen prexuízo do exposto anteriormente, ¿que ocorrerá naqueles casos nos que participe máis dunha persoa nalgunha das categorías previstas no art. 72 R.D.U.G.? A xurisprudencia tampouco admite neste caso a responsabilidade solidaria aínda que entende que se debe distribuír entre quen compartise unha mesma función:

O art. 228 TRLS, onde se enumeran como suxeitos sancionables o promotor da obra, o constructor ou o empresario desta e o seu técnico director, en realidade, non prevé a circunstancia de que algún deses suxeitos estea integrado por unha pluralidade de persoas, senón que as considera coma un todo ou un conxunto, «establecendo a disposición mencionada, tanto no ámbito legal coma no regulamentario, a imposición dunha soa sanción ós tres suxeitos distinguidos polo xa citado par. 1 do devandito art. 228...». (Sentencia do 13 de febreiro de 1989. *La Ley*, 1989, 4-929).

«Debe ser admitida a petición do autor de que a sanción de multa terá que ser única para os dous arquitectos e distribuída pola metade entre ambos». (Sentencia do 19 de febreiro de 1992. R. 2969).

Naqueles casos nos que as obras realizadas se acollen ás disposicións dunha licenza cun contido que sexa constitutivo de infracción urbanística grave ou moi grave, ademais dos responsables aludidos (promotor, empresario e director técnico) tamén o serán o facultativo que informase favorablemente do proxecto e as autoridades ou os membros da corporación que resolvesen ou votasen a favor do outorgamento da antedita licenza sen os informes previos esixibles ou cando estes fosen desfavorables (art. 72.3 R.D.U.G.).

Unha das consecuencias que se poden derivar da comisión dunha infracción urbanística é a do *resarcimento dos danos e perdas* que se lles puideran ocasionar a terceiros.

O titular do dereito que vaia esixir indemnización é o que sufrise unha lesión patrimonial como consecuencia da infracción urbanística. A posición do prexudicado pode derivar:

- Da situación xurídica respecto dun inmovible que resulte afectado pola actividade urbanística ilegal.
- Da ocupación dun inmovible, en virtude de calquera título xurídico, que é obxecto de demolición.

- Do exercicio de calquera actividade que resulte obstaculizada ou dificultada pola actuación urbanística ilegal.

Se a prexudicada fora unha entidade pública, estará así mesmo lexitimada para deduci-la pretensión de indemnización. O carácter «público» da persoa que sufrira os prexuízos non comporta unha posición de privilexio para obte-lo resarcimento. Se o dano deriva dunha infracción urbanística, aínda cando se lle ocasione á Administración pública como tal, no exercicio de funcións administrativas, o resarcimento unicamente se poderá facer efectivo a través do proceso civil ordinario, no que a entidade pública adoptará a posición de demandante ó igual ca calquera outro suxeito de dereito.

Serán *responsables* aqueles que coas súas actuacións causasen o dano ou perda, ou o que é o mesmo, quen fose sancionado pola comisión dunha infracción urbanística. Non obstante, a dita responsabilidade recaerá en suxeitos diferentes segundo as obras executadas estivesen ou non amparadas en licencia.

Se a obra non estivese amparada en licencia ningunha, considéranse responsables os promotores, os empresarios daquela e o técnico director desta. No caso de que a obra estivese lexitimada por licencia, a anulación desta materializará a correspondente responsabilidade da Administración ademais de –no caso de infracción manifesta e grave ou moi grave– os facultativos que informasen favorablemente do proxecto e as autoridades ou os membros da corporación que resolvesen ou votasen a favor do outorgamento da licencia sen os informes previos ou cando estes fosen desfavorables.

O carácter solidario do resarcimento dos danos e perdas que se establece no par. 4 do art. 72 R.D.U.G. parece desbota-la necesidade de dirixirse simultaneamente fronte a tódolos infractores (litisconsorcio pasivo necesario). O prexudicado poderá dirixirse contra un, varios ou contra tódolos infractores simultaneamente, en aplicación da regra xeral da solidariedade prevista no artigo 1114 do CC.

2.3. Regras para determina-la contía das sancións

2.3.1. *As infraccións conexas*

A aplicación da regra prevista no art. 75 R.D.U.G. require a conexión de causa e efecto entre as infraccións cometidas. Non é suficiente a existencia de calquera tipo de conexión senón que se lles ha estender ós extremos antes sinalados.

A consecuencia de que concorra este requisito serálle-la imposición ós suxeitos responsables de máis dunha infracción dunha soa sanción, a diferenza do resto dos supostos (nos que non existe esa conexión de

causa e efecto) onde lle aplicarán as sancións correspondentes a cada unha das infraccións cometidas.

Dado que as sancións se impoñen en función dun resultado económico final, neste tipo de infraccións a sanción responderá a ese resultado perseguido, na súa contía máxima.

2.3.2. A cuantificación da sanción

A base para o cálculo das multas que consistan nunha porcentaxe do valor da obra ou da instalación realizada estará integrada polo custo dos materiais ou da instalación e o da súa execución ou implantación, excluídos o beneficio empresarial, os honorarios profesionais e os impostos (art. 77 R.D.U.G.). Desta regra xeral despréndense tres interrogantes que é preciso matizar:

- A concreción da porcentaxe aplicable.
- A base sobre a que se aplica a porcentaxe.
- A cuantificación do valor da obra ou da instalación executada.

A concreción da porcentaxe aplicable sobre o valor da obra ou da instalación realizada basease en criterios derivados do principio de proporcionalidade como son a gravidade da materia, a súa importancia económica, a reiteración na comisión de accións ou o grao de culpabilidade do infractor. A pretendida discrecionalidade que o artigo 77 R.D.U.G. lle parece atribuír á Administración non se pode interpretar como libre arbitrio, senón como o exercicio dunha actividade represora de condutas tipicamente antixurídicas, onde o elemental principio de proporcionalidade basease en que se deben axustar tódolos actos da Administración urbanística. Así pois, o exercicio da discrecionalidade administrativa basease en observancia dos principios contidos no art. 103 CE, de tal maneira que o exercicio de tal potestade terá que se basear nunha acreditada actividade probatoria.

«O exercicio do *ius variandi* que lle compete á Administración urbanística na ordenación do solo, é materia na que actúa discrecionalmente –que non arbitrariamente– e sempre con observancia dos principios contidos no art. 103 CE; de tal sorte que o éxito argumental que se alegue, fronte ó exercicio de tal potestade, en casos concretos e determinados, tense que basear nunha clara actividade probatoria que deixe acreditado que a Administración incorreu en erro ou á marxe da discrecionalidade, ou con afastamento dos intereses xerais a que debe servir, ou sen ter en conta a función social da propiedade, ou a estabilidade ou a seguridade xurídicas, ou con desviación de poder ou falta de motivación na toma de decisións». (Sentencia do 18 de marzo de 1998. R. nº 3614/1992).

«Se ben conforme co principio de proporcionalidade... debe existir unha xusta correspondencia entre medios e fins, o que traducido a excesos constructivos, esixiría que estes fosen da suficiente pouquitude para

evitar que o acomodamento dunha correcta normalidade urbanística esixise a soa medida extrema da demolición do construído, cando isto non pugnase notablemente con esta, por unha parte, as infraccións extra licenza e en contra da normativa urbanística cometidas con ocasión da construción do edificio litixioso, de forma ningunha se poden reputar de escasa entidade, e por outra parte, non pode menos de se ter en conta que o art. 52 RD 2187/1978 do 23 de xuño, é contundente ó dispoñer que “en ningún caso poderá a Administración deixar de adoptar as medidas tendentes a repoñer os bens afectados ó estado anterior á produción da situación ilegal”, precepto que impón a maior rigorosidade na aplicación do principio de proporcionalidade». (Sentencia do 17 de outubro de 1995. *La Ley*, 1996, 1080).

«O principio ou criterio de proporcionalidade, congruencia ou menor demolición, desenvolvido pola xurisprudencia, pretende na súa aplicación evita-la desharmonía que se puidera producir entre a entidade ou a gravidade da infracción cometida e as consecuencias danosas que se derivan da imposición dunhas medidas desproporcionadas coa dita falta, resultando necesaria a ponderación de ámbolos factores baixo un criterio de proporcionalidade e congruencia, que debe actuar como presuposto lexitimador das medidas que en cada caso concreto se adopten. Igualmente a xurisprudencia vén entendendo que procede a aplicación do principio de proporcionalidade naqueles casos nos que a entidade da infracción non se corresponda co rigor e cos efectos da medida de demolición disposta. Non procede, polo tanto, a demolición nos casos en que se estea ante desaxustes mínimos coa normativa urbanística da construción ilegal.

Coma no caso, estase ante a construción dun edificio que realmente substituíu a outro que se achaba fóra de ordenación sen que a nova construción se axuste á normativa urbanística no relativo á parcela mínima e distancias a lindeiros e viais, e como ademais a dita nova construción supuxo un substancial aumento do volume respecto do edificio antigo, non pode dicirse que no suposto se dean mínimas alteracións ou leves desaxustes coa planificación urbanística que xustifican a aplicación do principio de proporcionalidade para non proceder á demolición». (Sentencia do 3 de novembro de 1993. *La Ley*, 1994-1, 825).

«Debe ser atendida a alegación de falta de proporcionalidade entre a sanción imposta e a gravidade dos feitos sancionados, consistentes en se realizaren obras de urbanización sen a previa aprobación do correspondente proxecto, por non seren adecuadamente ponderadas circunstancias tan significativas e cualificadas como que as obras se realizaron coa expresa aquiescencia do concello competente; que en ningún momento se pon en cuestión a súa conformidade co planeamento, o que permite a súa plena legalización; que tampouco existen indicios de mala fe ou enriquecemento inxusto por parte do urbanizador, nin de grave prexuízo para o interese público ou para terceiros». (Sentencia do 28 de febreiro de 1983. RAX, 2770).

O principio de proporcionalidade opera en dous tipos de supostos. Con carácter ordinario, naqueles supostos nos que o ordenamento xurí-

dico admite a posibilidade de elixir un entre varios medios utilizables e, con carácter excepcional, nos supostos nos que aínda existindo en principio un único medio este resulta a todas luces inadecuado e excesivo en relación coas características do caso considerado.

Polo que se refire á base sobre a que se aplica a porcentaxe, a normativa galega introduce unha novidade que consiste en tomar como tal o custo dos materiais ou da instalación e o da súa execución, e excluí-los gastos derivados dos honorarios profesionais e impostos así como o beneficio empresarial.

Elimínase a diferenciación que o RDU 76 realizaba entre obras legalizables e non legalizables, e dáse paso a un máis amplo exercicio da discrecionalidade administrativa –cos límites antes perfilados–

Verbo dos criterios de valoración de obras ou de instalacións, considera Arredondo Gutiérrez (en alusión a López Pellicer) que a determinación do valor non se ha facer segundo os criterios de taxación da lexislación urbanística, «senón atendendo o valor de mercado...». Así se manifesta o TSX de Madrid, que, nunha recente Sentencia do 10 de febreiro de 1999 (Rec. n.º 1127/1995), e con ocasión da «fundamentación de dereito» que sustentaba a incompatibilidade da regra do comiso cando se produce a demolición, entende que ámbalas medidas só serían compatibles «*se o beneficio económico tivera como parámetro non o valor de mercado do construído para os efectos dun posible alleamento, senón o valor de uso do construído dende a conclusión das obras*».

Continúa a dici-lo citado autor que, en ausencia doutras, a xurisprudencia non excluíu a consideración de valoracións que resultan de normas de natureza fiscal, e cita como exemplo as sentencias do 5 de maio de 1989 (R. 3654) e do 18 de agosto de 1989 (R. 6577), ás que se unen outras máis recentes como a do 7 de outubro de 1996 (Ar. 8701):

«Se ben é certo que o “valor da obra proxectada” a que se refire o art. 76.1 RDU para a cuantificación da sanción de multa que ha ser imposta, deberá determinarse mediante o correspondente “dictame pericial”, a realidade é que, no presente caso, nin no expediente administrativo nin nas actuacións xudiciais consta ningún informe –emitido por técnico competente, con expresión do seu título e asinado por este– relativo ó valor da obra proxectada, nin tampouco respecto da executada, polo que resulta preciso aterse, conforme se solicita polo autor no seu escrito de demanda, ó –valor catastral– de 799.416 pts. (que figura no recibo de contribución territorial urbana achegado na primeira instancia durante o período de proba) ó se-lo único do cal nas actuacións administrativas existe constancia».

«O que se discute non é a porcentaxe aplicada, que é do 20 por 100, senón a do valor dos terreos, ó aplica-lo concello demandado o Catálogo de valores para os efectos do imposto de plusvalía correspondente a 1986. E a este respecto convén ter en conta que iniciado o parcelamento en 1977 onde o valor do terreo era, segundo o Catálogo, de 80 pts. m² e

finalizada aquela actividade en 1983, na que se cifraba en 196 pts. non resulta xusto nin equitativo aplica-lo índice correspondente a 1986, senón calcula-la media correspondente ó período en que teñen lugar as segregacións, e que resulta ser de 183 pts. m²».

«A problemática exposta nesta litispendencia radica na determinación da contía da multa que lle hai que impoñer ó autor de tal infracción urbanística, sancionable con multa do 10 ó 20 por 100 do seu valor, toda vez que o artigo 43, b) da Lei rexional de Murcia 12/1986, do 20 de decembro, establece que en materia de edificacións –construcións– non constitutivas de vivendas, o valor da obra calcularase polo valor en venda de edificacións similares en características e emprazamentos, fixados pola Administración, logo do informe técnico e da audiencia do interesado.»

2.3.3. *Prohibición de beneficio económico do infractor*

Se algunha finalidade ten a potestade sancionadora, esta é persuadilo infractor do ordenamento xurídico de que, malia a imposición dunha sanción, a infracción reportaralle un beneficio económico. Para conseguilo, a normativa urbanística actual e as que a precederon desenvolveron a regra do *comiso do beneficio económico* ilegal, que non ten outra finalidade que evitar que a comisión dunha infracción resulte máis beneficiosa có cumprimento da normativa urbanística.

Unha análise retrospectiva da normativa urbanística depáranos, como se comentou, a visión dunha regra nas súas diferentes manifestacións, pero sempre presente. A Lei do solo de 1956 consideraba a posibilidade de elimina-lo beneficio económico obtido mediante parcelamentos ilegais (único ámbito ó que se dirixía). No texto refundido de 1976 recoñécese a posibilidade de incrementa-la sanción «na contía equivalente ó beneficio obtido». A L.S.G. impón un límite mínimo para a sanción que será o resultado de incrementa-la «suma da sanción imposta e do custo das actuacións de reposición dos bens e situacións ó seu primitivo estado» (art. 184.4) ata o importe que represente o beneficio económico obtido polo infractor.

«Para que se produza o comiso do beneficio ilegal experimentado polo infractor haberá que ter en conta, por un lado, a sanción de multa que fose fixada e o importe que supoña a reposición dos bens afectados ó estado anterior á produción da situación ilegal, e, por outro, o beneficio obtido polo infractor coa actuación urbanística de que se trate. Nos casos en que a suma dos referidos importes da multa e do custo de reparación sexa inferior ó beneficio obtido, a contía da multa, conforme o art. 231 TRLS, haberase incrementar ata alcanza-lo importe do beneficio obtido polo infractor». (Sentencia do 29 de novembro de 1993. Ar. 7393).

«A regulación da infracción urbanística en materia de parcelamento é consecuencia obrigada do preceptuado no art. 94.2 TRLS, que sanciona a

ilegalidade por infracción do planeamento, e do disposto no art. 96 da propia lei que declara a imposibilidade de realizar parcelamentos urbanísticos en solo non urbanizable e, no seu apartado segundo, a necesidade de suxeita-lo parcelamento logo de licencia. Tales infraccións son sancionadas con multa que non será nunca inferior á diferenza entre o valor inicial e o de venda da parcela correspondente». (Sentencia do 3 de outubro de 1995. Ar. 184).

A aplicación da regra do comiso do beneficio ilegal precisa a concorrencia dos seguintes elementos:

- a. A existencia real duns beneficios e a súa persistencia trala reposición das cousas ó estado orixinal.
- b. Fixación da contía da multa que proceda.
- c. A insuficiencia do custo da reposición e da sanción para anula-la persistencia dos beneficios mencionados.

«A normativa urbanística en materia de infraccións responde ós dous principios seguintes:.. e, b) evitar, en todo caso, que a comisión dunha infracción urbanística poida, dalgún modo, supoñer beneficios para o infractor; por iso último, o art. 62 RD 2187/1978 do 23 de xuño permite eleva-la sanción no caso de que queden absorbidos polas cantidades representativas da sanción e do custo das actuacións para a reposición dos bens e das situacións ó seu primitivo estado, ata conseguila súa total anulación, desenvolvendo o art. 231 TRLS, pero na intelixencia de que se teñen que cumprir os seguintes requisitos: a) a existencia real duns beneficios; b) a súa persistencia trala reposición das cousas ó estado primitivo; e c) a insuficiencia do custo desta reposición e da sanción para anula-la persistencia dos beneficios mencionados». (Sentencia do 27 de xuño de 1988. *La Ley*, 1988, 4-118).

«Estivo plenamente recoñecido polas dúas partes e non sendo desvirtuado o feito de que a superficie abusiva construída existe, que esta é utilizable e supón para a constructora un beneficio de 1.540.000 pts., diferenza entre o prezo de venda do dito exceso e o seu custo de construción, resulta claro que non é lícito que tal constructora se beneficie co devandito importe da infracción, polo que a aplicación ó caso dos arts... necesariamente conduce á conclusión da procedencia da sanción imposta á constructora polo referido lucro ilícito». (Sentencia do 6 de febreiro de 1988. *La Ley*, 1988-2, 816).

Determinar se existe ou non beneficio económico require fixar, por unha parte, os gastos da actuación urbanística e, por outro, o rendemento da operación. A diferenza entre uns e outros indicará o beneficio adquirido polo infractor.

«Segundo as contas feitas na proposta de resolución o valor inicial dos terreos é o de 124 pesetas o metro cadrado (que resulta de dividi-los 40 millóns de pesetas aboados pola compra da parcela polos 65.760 metros cadrados de superficie das vinte parcelas vendidas (excluídas as do cha-

mado Club de Campo), e o valor de venda é o de 439 pesetas o metro cadrado (resultante de dividi-lo prezo total da venda das vinte parcelas, que é de 28.867.995 pesetas, polos 65.760 metros cadrados), do que se deriva que a diferenca entrámbalas magnitudes é de 315 pesetas o metro cadrado, que é o valor tomado en conta para impoñe-la sanción». (Sentencia do 16 de outubro de 1997. Ar. 7494).

Entre os gastos da actuación urbanística pódense incluí-los necesarios para adquiri-lo solo, o custo de execución da obra, os gastos financeiros, os de notaría e de rexistro e mercadotecnia e publicidade.

Cando falamos de beneficio, cómpre desbota-la idea de computar a estes efectos o beneficio bruto. Se así o fíxese, obviaríanse partidas de gastos que inflúen de maneira determinante no beneficio neto da actuación. Unha delas está representada pola reposición dos bens ó seu estado orixinario, e pódese da-lo caso que o seu importe sexa de tal magnitude que por si soa absorba a totalidade dos beneficios obtidos.

«Por se-lo comiso do beneficio ilegal o límite mínimo da sanción administrativa en materia urbanística, reviste especial importancia a fixación do *total beneficio neto* derivado da actuación administrativa ilícita e, se é o caso, o importe das obras realizadas sen licencia. Nestes extremos, e polo que se refire ó suposto de autos, o dictame pericial emitido polo perito procesual designado por sorteo, leva a entender como máis axustadas á realidade as valoracións obtidas no seu detallado informe -1.202.920 pts. o beneficio económico obtido pola empresa sancionada e 21.556.120 pts. de valor total das obras realizadas sen licencia- cás contidas no expediente administrativo e, á luz destas, considerar que as sancións impostas pola Administración e impugnadas hanlles ser obxecto de ordenación ás anteditas valoracións e, en consecuencia, fixadas, respectivamente, en 1.202.920 pts. e 65.716 pts.». (TSX de Cataluña do 30 de abril de 1992. *La Ley*, 1992-2,662).

«Para que a norma do art. 231 TRLS sexa aplicable é necesario que o beneficio do infractor se produza e permaneza ó seu favor, e iso non sucede no caso de autos, por canto, de acordo co establecido no art. 183.3 TRLS, procede o derrubamento do exceso de volume construído e a adaptación da obra realizada á licencia concedida. É dicir, a Administración municipal non se achaba ante unha situación opcional, senón ante a indubidable necesidade de, para respecta-la lei e o planeamento vixente, proceder ó derrubamento do ilegalmente construído, co cal, ó non existir beneficio para o constructor, resulta de todo inaplicable a norma contida no citado art. 231 TRLS». (Sentencia do 7 de novembro de 1988. *La Ley*, 4-491).

Dada a natureza da regra do comiso do beneficio económico (de carácter agravante) é preciso que as variables que a materialicen se definan con exactitude. Non cabe acudir a criterios analóxicos, nin tampouco a meras presuncións para fixa-lo custo das actuacións ou a cuantificación dos beneficios que delas se derivan:

«No caso, a Administración actuou de modo improcedente; dun lado, non especificou o valor estimado das obras non autorizadas realizadas, que é o que se debe tomar como base para a cuantificación inicial da multa, senón que dende o primeiro momento o concello recorrente tomou como referencia o valor estimado do beneficio que resulta de tales obras; e en segundo lugar, porque a estimación do beneficio resultante se realizou de forma incorrecta. En efecto, a resolución sancionadora limítase a deixar a salvo a posibilidade de adoptar-las medidas necesarias para impedi-la persistencia do uso pretendido coas obras, pero non especifica en qué haberán consistir, non realiza, polo tanto, unha estimación do custo de tales obras. Deste modo cuantificouse o beneficio resultante para o infractor sen deduci-lo custo das obras de reposición». (Sentencia do 3 de novembro de 1992. *La Ley*, 1993-1, 263).

«A total falta de proba acerca do beneficio económico obtido coa actividade ilegal e do custo de reposición dos bens e situacións ó seu primitivo estado, proba que lle incumbía á Administración, e acerca da que non existía máis ca unha referencia na resolución sancionadora, sen que no expediente apareza o informe dos servicios técnicos municipais a que se remite, razón pola que era patente a ausencia absoluta dos datos necesarios para a correcta aplicación do disposto no art. 231 TRLS». (Sentencia do 3 de novembro de 1992. R. 8744).

2.3.4. *Circunstancias atenuantes e agravantes*

A graduación das multas atenderá –de acordo co art. 185.2 L.S.G. e o 79 R.D.U.G.– a gravidade da materia, a entidade económica dos feitos constitutivos de infracción, a reiteración por parte de persoa responsable e o grao de culpabilidade de cada un dos infractores.

A gravidade da materia é o principal elemento que permite analiza-la transcendencia da infracción, sobre todo cómo esta puido incidir no ordenamento urbanístico e prexudica-lo interese xeral ou, polo contrario, limita-los seus efectos á mera conculcación da norma sen estendelos ó conxunto da colectividade.

«Conforme o art. 90 RD 2187/1978 do 23 de xuño, a sanción de multa prevista neste para as infraccións urbanísticas depende na súa contía de que as actividades de que se trate sexan ou non legalizables, do que resulta que cando se incoase un expediente para a legalización dunhas obras ou dunhas actividades que motivasen a apertura dun expediente sancionador, este non pode ser resolvido ata tanto non se decidise en relación coa expresada legalización, e no caso, dado que no expediente sancionador se dictou resolución coa legalización solicitada respecto das obras orixe do expediente, non se pode entender axustada a dereito a sanción imposta por se entender que as obras en cuestión non son legalizables, pois este extremo non consta acreditado nas actuacións, sen prexuízo do que se poida resolver no seu día no expediente unha vez acreditado ou resolto no de legalización das obras en cuestión». (Sentencia do 22 de febreiro de 1989. *La Ley*, 1989-2, 841).

No tocante á entidade económica dos feitos constitutivos da infracción, e en consonancia coa regra do comiso do beneficio do infractor, a sanción non será inferior ó beneficio obtido e será congruente coa transcendencia económica individual ou colectiva que xere a infracción.

A concorrencia de reiteración ou de reincidencia esixe que o infractor fose anteriormente sancionado por outra ou outras infraccións urbanísticas. Polo contrario, non se apreciará esta circunstancia se o infractor está inmerso en dous ou máis expedientes en trámite, ou cometera unha nova infracción con identidade de obxecto antes de finaliza-lo primeiro expediente. En definitiva, para que exista reiteración ou reincidencia cómpre que a infracción se sancionase e que o novo acto urbanístico susceptible de sanción se materialice con posterioridade á resolución do expediente sancionador.

«No ordenamento xurídico, a reincidencia configúrase como unha agravante, tanto no dereito sancionador urbanístico coma no dereito penal, e a xurisprudencia declarou que, para a súa virtualidade, é necesaria, en dereito penal, condena anterior por sentenza firme e, no ámbito administrativo, resolución sancionadora firme da Administración». (Sentencia do 22 de abril de 1992. *La Ley Archivo*, 1992, 4940).

O grao de culpabilidade é a última das circunstancias modificativas da graduación da sanción. Un concepto que engloba os feitos «dolosos ou culposos» realizado polo presunto infractor.

A concorrencia dalgunha circunstancia agravante ou atenuante suporá a aplicación da sanción nos seus graos máximos ou mínimos, respectivamente. Se a dita concorrencia non se produce (nin de circunstancias atenuantes nin agravantes) a Administración imporá a sanción na súa contía media. E por último, se concorren conxuntamente circunstancias atenuantes e agravantes, procederá a súa compensación para os efectos de determina-la sanción, ponderando a transcendencia dunha e doutra.

«Tamén se debe acolle-la tese da demandante que co fin de que á cuantificación da sanción se lle apliquen as normas de dereito penal, co resultado de diferenciar na franxa de porcentaxes permitida os tres sucesivos graos máximos, medio e mínimo, e de face-la elección do aplicable seguindo os criterios do Código penal. Pero sen que se poida acolle-lo seu razoamento de que a ausencia de danos ó interese xeral ou a particulares permita acepta-la existencia dunha circunstancia atenuante, pois tal extremo, de existir, non ten encaixe en ningunha das posibilidades de atenuación que de forma taxada establece o RDU. Consecuentemente, non sendo o caso de se apreciaren circunstancias agravantes ou atenuantes, a elección aquí hase facer entre os graos medio e mínimo, que resulta máis acorde coa situación de feito que se axuiza optar pola aplicación do grao medio, xa que as características das obras e a súa situación non revelan a absoluta ausencia de gravidade que xustificará o grao mínimo». (Sentencia do 7 de outubro de 1996. Ar. 7393).

Son circunstancias agravantes:

a) Aproveitarse, para cometela, da titularidade dun oficio ou dun cargo público, agás que o feito constitutivo da infracción fose realizado, precisamente, no exercicio do deber fundamental propio do seu cargo ou oficio.

O precepto exclúe o suposto de que a infracción fora cometida en exercicio das súas funcións polo titular do órgano administrativo competente para dicta-lo acto administrativo constitutivo da infracción. Se for así, se o acto ilegal fora dictado polo titular do órgano administrativo, estaríamos ante algo máis grave ca ante unha circunstancia agravante dunha sanción administrativa, estaríamos ante un acto constitutivo de delicto de prevaricación, coa conseguinte repercusión na nulidade do acto administrativo. Realmente non ten sentido a exclusión, pois aínda cando o feito constituía delicto tamén pode constituír unha circunstancia agravante no ámbito administrativo.

b) A utilización de violencia ou de calquera outro tipo de coacción sobre a autoridade ou o funcionario público encargado do cumprimento da legalidade urbanística ou mediante suborno.

A concorrencia desta circunstancia agravante implica a configuración dos delitos de coaccións e suborno como tal circunstancia.

c) Cometela alterando os supostos de feito que presuntamente lexitiman a actuación, ou mediante a falsificación dos documentos nos que se acredita o fundamento legal da actuación.

A norma refírese tamén a se comete-la infracción «alterando os supostos de feito que presuntamente lexitimaren a actuación». Parece evidente que o suposto non se refire a ofrecer unha versión inexacta dos feitos, pois este é un dos supostos de falsificación de documentos. Se a alteración dos supostos de feito se realiza conforme o ordenamento xurídico e, unha vez alterados, queda lexitimada a actuación, non estaremos ante unha «circunstancia agravante», senón ante unha lexitimación da actuación ilegal. E se «a alteración dos supostos de feito» constitúe unha infracción urbanística, non será unha circunstancia agravante, senón unha infracción autónoma ou causa da segunda. Por todo iso, parece difícil que se dea a circunstancia agravante con independencia do suposto de falsificación.

d) O incumprimento dos requirimentos efectuados pola Administración verbo da paralización das obras e da restauración da legalidade urbanística e da denegación do acceso ós terreos ou construcións ós funcionarios encargados da inspección urbanística.

A *sensu contrario*, pódese reflectir esta circunstancia agravante na Sentencia do 20 de setembro de 1983 (RAX 4525):

«A simple resistencia do promotor dunha obra fronte á orde de suspensión desta non se estima como circunstancia agravante, por censurable

que, dende logo, é esa actitude rebelde, xa que ó se rexer sempre o dereito administrativo sancionador por idénticas regras e principios polos que o fai o dereito penal, ningún motivo de agravación pode aplicarse se a lei expresamente non o prevé, nin sequera por un principio de analoxía con outros de modo expreso previstos».

e) Realízala aproveitando ou explotando en beneficio propio unha grave necesidade pública ou do particular ou particulares que resultasen prexudicados.

Son circunstancias atenuantes:

a) Non ter intención de lles causar danos graves ós intereses públicos ou ós privados afectados polo feito ilegal.

Para que se dea esta circunstancia atenuante convén que exista unha desproporción entre o dano cometido e o realmente querido. Estamos ante o suposto de preterintencionalidade.

«O destino dado ó soar para uso deportivo, a escasa importancia das obras, que non inclúen edificacións e menos vivendas que dificulten o seu derribamento e a mellora do estado anterior do terreo son circunstancias que permiten inferir que o recorrente non tivo intención de lles causar un grave dano ós intereses públicos e, xa que logo, determinen a aplicación da atenuante do art. 55.2 do RD 2187/1978 do 23 de xuño, coa secuela de reduci-la multa ó 10% do valor do solo». (Sentencia do 1 de xuño de 1985. RAX, 4815).

«A atenuante que invoca falta de intencionalidade de causar un dano tan grave só se pode aplicar cando se trate de infraccións que pola súa natureza produzan ese dano, o que non é do caso, pois dano, dende logo, non houbo; pero é que, ademais aínda que se admitira a posibilidade de aplicar esa atenuante no suposto de autos, habería que ter en conta tamén o principio sentado no art. 62 RD 2187/1978 do 23 de xuño, que di que “en ningún caso a infracción urbanística pode supoñer un beneficio para o infractor”, e é o caso que se estivo a percibir unha renda pola ocupación dos locais sen licencia». (Sentencia do 31 de xullo de 1989. *La Ley*, 3-1, 343).

b) Proceder o responsable a corrixi-la situación creada pola comisión da infracción.

Caben aquí todas aquelas actuacións tendentes a restaura-la orde urbanística infrinxida e a realidade física alterada antes de inicia-lo expediente de reposición da legalidade, ou ben iniciado antes da súa terminación.

«Imos admiti-lo presente recurso de apelación, a fin de rexeita-lo recurso contencioso-administrativo, na medida en que non concorre no caso de autos a circunstancia atenuante de “procede-lo responsable a reparar ou diminuí-lo dano causado antes da iniciación do procedemento sancionador”. E o Tribunal de Madrid funda a súa apreciación en tres datos que, en verdade, non concorren no caso de autos, pois, en efecto, en primeiro lu-

gar, a circunstancia de non se suspende-lo outorgamento de licencias carece de relevancia neste suposto, porque a clasificación que tiña o solo antes da aprobación do Plan xeral era a de solo non urbanizable, de forma que, estando prohibido construír nel, carecía de sentido calquera suspensión de licencias, que, obviamente só ten razón de ser cando o ordenamento urbanístico anterior permite o outorgamento destas; en segundo lugar, o dato de que o concello coñecera a realidade da obra non exime nin atenúa a responsabilidade de quen constrúe sen licencia e, en terceiro lugar, non é certo que, aínda que esas dúas circunstancias se desen, houberan de orixinar algunha crenza na entidade autora sobre a licitude da súa conducta, xa que era consciente da necesidade de licencia e de que esta non lle fora concedida». (Sentencia do 6 de febreiro de 1997. Ar. 803).

«Non cabe equipara-lo desígnio do infractor de realizar unhas obras sen solicita-la preceptiva licencia, xustifícase ó estar baseado no principio de proporcionalidade en relación coa entidade da infracción, pois esta non pasou do mero incumprimento dun trámite formal (a solicitude da licencia de obras, no momento previo ó seu inicio), conseguindo a autorización municipal con anterioridade á ultimación do expediente, o que é merecedor dun trato distinto daqueles casos nos que, por exemplo, coa omisión da petición de licencia búscase un feito consumado, para intentar conseguirlo que non se obtería se se pedira a licencia formalmente no momento oportuno». (Sentencia do 21 de decembro de 1990. *La Ley Archivo*, 1991, 3593).

«Non cabe equipara-lo desígnio do infractor de realizar unhas obras sen solicita-la preceptiva licencia por coñecer de antemán que esta non se podía conceder, dada a ilegalidade do proxectado, co simple comezo destas, despois de presenta-la solicitude pero antes de que a autorización se concedera, sendo concedible en razón desa legalidade, e que a autoridade municipal efectivamente concedeu, no seu momento, diferenciación esta que, incluso, polo que fai referencia a aquel outro factor ou circunstancia conconcorrente, debe ponderarse co obxecto de admitila como motivo de atenuación para os efectos da sanción impositiva». (Sentencia do 20 de setembro de 1983. RAX, 4525).

Son circunstancias que, segundo o caso, poden agravar ou atenua-la responsabilidade:

a) O maior ou menor coñecemento técnico dos pormenores da actuación, de acordo coa profesión ou coa actividade habitual do responsable.

«O Tribunal inferior, ó reduci-la contía da multa imposta na crenza da inexistencia de causas modificativas da responsabilidade da empresa inculpada, non tivo en conta que, no presente suposto, concorren dous motivos para xustifica-la elevación dese *quantum* ó grao máximo: 1º) a conversión en agravante da circunstancia do coñecemento técnico dos pormenores da actuación, pola profesionalidade e habitualidade da empresa constructora destes bloques de vivendas; 2º) a improcedencia de que dunha infracción desta natureza se deduza un resultado lucrativo». (Sentencia do 21 de outubro de 1987. *La Ley*, 1987, 4-703).

«Dada a entidade económica dos feitos, a frecuencia coa que a empresa sancionada se vén colocar á marxe da legalidade urbanística mediante actuación sen licencia, así como a obvia culpabilidade ó adopta-la súa decisión co coñecemento inherente da súa dedicación profesional á actividade constructora, xustifícase de sobra que se lle impuxera a máxima sanción». (Sentencia do 27 de abril de 1987. R. 4764).

b) O maior ou menor beneficio obtido da infracción ou realizala sen consideración ningunha ó posible beneficio económico que dela se derive.

«O Tribunal inferior, ó reduci-la contía da multa imposta na crenza da inexistencia de causas modificativas da responsabilidade da empresa inculpada, non tivo en conta que, no presente suposto, concorren dous motivos para xustifica-la elevación dese *quantum* ó grao máximo:1º)... así como o beneficio derivado da infracción». (Sentencia do 21 de outubro de 1987. *La Ley*, 1987, 4-703).

c) A maior ou menor magnitude física do dano producido.

d) A maior ou menor dificultade técnica para devolve-los terreos ó seu estado orixinal.

2.3.5. A prescrición

O artigo 183 L.S.G. (art. 104 R.D.U.G.) dispón que as infraccións urbanísticas moi graves prescriben ós seis anos, as graves ós catro anos e as leves ó ano.

A través da institución da prescrición, a responsabilidade derivada dun ilícito administrativo en materia urbanística se extingue como consecuencia da conxunción de dous feitos: o transcurso dos prazos sinalados pola lei e a falta de exercicio da potestade sancionadora por parte da Administración. Sen embargo, a prescrición non constitúe a única causa de extinción da dita responsabilidade. Entre outras cabe distinguir:

a) O pagamento da sanción imposta é o medio normal de extinción da responsabilidade.

b) A desaparición por falecemento do infractor:

A potestade sancionadora urbanística aparece dirixida á represión de condutas típicas, persoais e culpables, como se deduce de especificar quen pode se-la persoa responsable das infraccións urbanísticas. Polo tanto, resulta obvio non só que nas sancións derivadas do exercicio de potestades sancionadoras urbanísticas unicamente se lles poden impoñer ás persoas que figuren como autoras responsables das condutas perseguibles, senón tamén que a desaparición por morte do imputado ha determina-la extinción da acción sancionadora, onde a súa existencia só resulta explicable en atención á subsistencia da persoa que veña asumi-la responsabilidade dos feitos.

c) A revogación:

Se ben nin na L.S.G. nin no R.D.U.G. se prevé a posibilidade de extingui-la responsabilidade derivada do ilícito urbanístico a través da revogación, non é menos certo que, como acto de gravame ou desfavorable para o administrado resulta posible revogalo, sempre e cando iso non constitúa dispensa, exención non permitida polas leis, ou sexa contraria ó principio de igualdade, ó interese público ou ó ordenamento xurídico; todo iso de conformidade co disposto polo art. 105.1 da LRXPAC.

d) A caducidade das potestades previstas na lei para a protección da legalidade urbanística. Unha vez que se faga realidade a devandita caducidade será inviable calquera medida de reacción contra a realidade urbanística, o que provocará a súa consolidación pola tolerancia administrativa.

«Non se debe confundi-lo prazo de prescripción de infraccións, co establecido no art. 185 TRLS, para ordena-la suspensión e se é o caso a demolición das obras executadas sen licencia ou sen se axustar ás condicións sinaladas, pois, aínda que en ámbolos casos é dun ano, o seu cómputo é diferente, posto que no primeiro caso, de acordo co art. 230.2 TRLS comeza coa total terminación das obras...». (Sentencia do 2 de outubro de 1984. RAX, 1984, 4882).

«Debe distinguirse entre a prescripción do exercicio da facultade sancionadora da Administración e o da utilización das medidas tendentes á corrección de tales infraccións...». (Sentencia do 7 de novembro de 1985. RAX, 1986, 357).

e) A caducidade do procedemento administrativo sancionador.

f) A prescripción das sancións. A L.S.G. non establece prazos de prescripción das sancións, razón pola que se entenden de aplicación os previstos no art. 132.1 da LRXPAC.

2.3.6. *O dies a quo*

O R.D.U.G. establece tres posibilidades para fixa-lo *dies a quo* do prazo da prescripción. A primeira delas (art. 104.1), fixa o día inicial do cómputo na finalización das obras ou da actividade; a segunda (art.104.2), referida a actividades de carácter continuo, fíxao na finalización da actividade ou na do último acto co que se consuma a infracción, e, por último, o art. 105 establece que, para os casos de actos que autoricen actividades constitutivas de infracción urbanística, o prazo de prescripción comezará a contar dende que se anularen os citados actos administrativos.

A fixación dos límites correspondentes a cada un dos conceptos sinalados non resultou pouco belixerante para a doutrina xurisprudencial dada a multiplicidade de interpretacións que destes se poden extraer.

Así, a delimitación dun concepto que a primeira vista non esperta interrogantes –como é o «da finalización da obra ou da actividade»– xerou unha intensa xurisprudencia.

«O recorrente reconece que entre mediados de 1977 e o mes de xuño de 1978, reconstruíu na Baiuca 86, no concello de Arteixo, unha casa que carecía de licencia municipal pero afirma que pese a se atopar tal edificación a 150 metros da casa do concello, non se produce reacción da autoridade municipal ata a data da incoación do expediente -10 de novembro de 1988-, polo que entende a parte demandante que en aplicación dos artigos 185 e 230.1 da Lei sobre o réxime do solo e ordenación urbana, e do artigo 92.1 do Regulamento de disciplina urbanística aprobado polo Real decreto 2187/1978 do 23 de xuño, se produciría a prescrición da infracción. Sen embargo, para que esta alegación puidera ser acollida sería preciso que estivera plenamente acreditada a data en que finalizaron as obras, e ó respecto de tan fundamental cuestión cabe significar que sendo a proba documental a que verdadeiramente podería levar á constatación da circunstancia de que se trata, pola agora parte demandante non foi achegada no seu día no expediente administrativo documentación que acredite fidedignamente que as obras concluíron na data que se indica na demanda, sendo evidente a insuficiencia a tal fin, da achegada factura de carpintería -na que omite toda referencia a unha obra concreta-, do denominado recibo do constructor -do que non se infire a verdadeira data en que finalizaron as obras-, e da copia da notificación para o pagamento da contribución urbana». (Sentencia do 13 de maio de 1991. R.X.C.A., 1991, 737).

«O *dies a quo* para o cómputo do prazo de 1 ano previsto no art. 230 do TRLS ha ser ante todo, o da consumación da infracción, o que no caso equivale á terminación das obras». (Sentencia do 24 de xuño de 1991. *La Ley*, 1994-1, 907).

«Nas infraccións derivadas dunha actividade continuada, a data inicial do cómputo prescricivo será a da finalización da actividade ou a do último acto co que a infracción se consuma, que dende logo no suposto tivo lugar dentro do prazo de 4 anos establecido no art. 9 RDL 16/1981, do 16 de outubro». (Sentencia do 2 de abril de 1996. *La Ley*, 1996, 5703).

Fixar con exactitude cando finalizou a obra ou a actividade, pode non resultar tan sinxelo, sobre todo cando as actividades realizadas rara vez se levan a cabo nun único e preciso desenvolvemento temporal. De aí que en multitude de ocasións a determinación dese concreto momento constituía unha mera cuestión de proba, cunha carga que lle corresponde ó administrado, como é obvio, por ser el quen pretende elimina-la responsabilidade administrativa derivada do ilícito urbanístico.

«O prazo de prescrición de 4 anos do art. 9 RDL 16/81, do 16 de outubro, empeza a contar dende a total terminación das obras, e sen necesidade de acudir ás regras xerais da carga da proba, elaboradas por indución, sobre a base do disposto no art. 1214 CC, será de destacar que a carga da proba no caso -requirimento de legalización de obras realizadas sen licencia, ó alega-la recorrente o transcurso de 5 anos dende o remate das obras ata a iniciación das actuacións municipais-, sópórtaa, non a Administración, senón o administrado que voluntariamente se colocou

nunha situación de clandestinidade na realización dunhas obras e que, polo tanto, creou a dificultade para o coñecemento do *dies a quo*, e o principio da boa fe, plenamente operante no campo procesual, impide que o que crea unha situación de ilegalidade poida obter vantaxes das dificultades probatorias orixinadas por esa ilegalidade». (Sentencia do 8 de xullo de 1996. *La Ley*, 1996, 9552)».

«Expedito o certificado final de obra o 9 de outubro de 1981, resultaba de aplicación o prazo de 1 ano do art. 230 TRLS, por iso, en aplicación do disposto no art. 32.1.a está prescrita a infracción litixiosa». (Sentencia do 16 de maio de 1989. *La Ley*, 1989, 1301).

«O art. 9 RDL 16/81, do 16 de outubro, establece que o prazo fixado para a adopción das medidas de protección da legalidade urbanística no art. 185.1 TRLS queda ampliado a 4 anos a partir da total terminación das obras e a disp. trans. 2ª clarifica que iso lles será de aplicación ás obras terminadas con posterioridade á súa entrada en vigor; a data da finalización dunha obra é un dato obxectivo e físico, e xa que logo, proporcionano os que profesionalmente a dirixiron e a executaron materialmente en harmonía coa dirección, é dicir, os arquitectos e apareladores, e esta é non só a letra, senón tamén o espírito do art. 32.1.a RD 2187/1978 do 23 de xuño». (Sentencia do 28 de novembro de 1988. *La Ley*, 1989-1,794).

A diferenza do que dispón o TRLS (76), a L.S.G. e o R.D.U.G. non fan referencia ó «momento en que se puidera incoa-lo procedemento» como determinante para inicia-lo cómputo do prazo de prescrición, e renunciar así á xurisprudencialmente consolidada regra dos «signos externos» como fundamento do *dies a quo*. Sen embargo, co obxecto de evitar problemas de proba (momento de terminación das obras) naqueles casos nos que a infracción cometida ten carácter clandestino ou oculto, resulta lóxico atribuírlle á regra antes citada o xusto respecto que se merece como conciliadora de moitas situacións nas que determina-lo *dies a quo* non cabe senón conxugando este mecanismo.

«O art. 92 RD 2159/1978 do 23 de xuño, fixa a data inicial do cómputo do ano durante o cal non naceu a prescrición, ou ben dende a comisión da infracción urbanística, ou, se non, dende que se puidera incoa-lo procedemento sancionador, e entenderase, di o artigo, que se pode incoa-lo procedemento sancionador cando aparezan signos externos que permitan coñecer-los feitos constitutivos da infracción...». (Sentencia do 6 de xuño de 1991. Ar. 4201).

«As obras no interior da vivenda non ofrecían posibilidades de coñecemento, e, por conseguinte, de actuación municipal, polo que o prazo de prescrición respecto delas comeza a partir do día "en que se puidera incoa-lo procedemento"...». (Sentencia do 19 de febreiro de 1991. Ar. 3865).

«No referente á nave ou cubrición do patio de rueiro interior para uso de almacén, realizado sen licenza, non é posible acepta-la prescrición alegada, en primeiro lugar porque non está acreditada a data de realiza-

ción de tal obra, e claro é que ó se descoñece-lo *dies a quo* do prazo prescricional, onde a súa proba lle corresponde á parte que a alega, non se pode iniciar-lo cómputo deste, e en segundo lugar porque, aínda cando se estimara acreditada a data, como queira que se trata de patio interior de rúeiro, non existiron signos externos de tal obra que puidesen dar lugar á incoación do expediente ata a denuncia destas». (Sentencia do 14 de febreiro de 1990. Ar. 1318).

«Non se produciu no caso a prescrición argumentada porque ó non consta-la data da terminación das obras de modo fidedigno, non pode ser coñecida por terceiras persoas, ou pola autorización municipal, pois ó se levar a cabo no interior do domicilio, o prazo de 4 anos a que se refiren os arts. 230 TRLS e 92 RD 2187/1978 empeza a contarse dende a incoación do oportuno expediente, que no caso se inicia por denuncia dun veciño». (Sentencia do 26 de decembro de 1994. Ar. 5326).

«No suposto xulgado sobre a finalización das obras, onde a súa legalización solicita o concello demandado, tivo lugar con moita anterioridade á súa inscrición rexistral; non se está ante unha actividade continuada coma a do parcelamento, senón ante unha mera construción na que o cómputo inicial do prazo sería o da aparición de signos externos que permitan coñecer os feitos constitutivos da infracción, facultando o inicio da actividade municipal; tal feito queda acreditado en autos, polo que, consecuentemente, se está ante unha obra ilegal, non legalizable, mais prescrita, polo que carece de viabilidade legal o requirimento de solicitude de licenza e a medida que ordena restaurar-la orde xurídica infrinxida, xa que logo, procede declarar-la súa nulidade». (Sentencia do TSXC do 18 de xuño de 1993. *La Ley* 1993-2, 180).

En canto ás infraccións derivadas de actuacións de carácter continuado, caracterizadas pola repetición de actos análogos con unidade de obxectivos dentro dun mesmo ámbito territorial (definido rexistral ou fisicamente), o art. 104 R.D.U.G. establece que a data inicial para o cómputo do prazo de prescrición será o da finalización da actividade ou a do último acto co que a infracción se consuma. En todo caso enténdense incluídas neste ámbito os parcelamentos urbanísticos ilegais.

«O uso do solo constitúe ordinariamente unha actividade continuada e, polo tanto, o prazo de prescrición non empeza a correr ata que tal actividade estea finalizada; que prescribise con anterioridade a infracción integrada polas obras que deron lugar á edificación na que se desenvolveu o uso, non é obstáculo para que subsista a posibilidade de sancionalo dito uso (mentres que as obras integran unha actuación pasaxeira, o uso normalmente está a se desenvolver activamente ó longo do tempo) e esta solución resulta coherente co sistema do art. 184 TRLS. Se a Administración pode impedir-lo uso ilegal en tanto que este dure, será razoable que o prazo de prescrición, no que atinxe a potestade sancionadora, non empece a correr mentres se mantéña o uso». (Sentencia do 15 de setembro de 1989. *La Ley*, 1989, 3-1, 352).

«Unha vez determinado que os actos de división levados a cabo polo recorrente constitúen un parcelamento urbanístico e que este é ilegal, conforme o establecido no art. 94.2 TRLS, é indubidable que tal proceder integra a infracción prevista e penada no art. 66.1 RD 2187/1978 do 23 de xuño, que ha ser reputada de grave, a teor do disposto no art. 54.3 do mesmo regulamento e que de modo ningún se pode estimar prescrita, pois, como determina o art. 92.2 deste real decreto, nas infraccións derivadas dunha actividade continuada ou de treito sucesivo, segundo reiterada xurisprudencia, o día inicial ou *a quo* comezaría a correr dende que tivo lugar a última segregación; e como queira que dende ese día ata que se acordou por decreto da alcaldía a incoación do procedemento sancionador non transcorrera o prazo de prescrición de 4 anos fixado para as infraccións urbanísticas polo art. 9 RDL 16/1981 do 16 de outubro, hai que entender como non prescrita a infracción sancionada». (Sentencia do 18 de setembro de 1989. *La Ley*, 1989, 3-1, 365).

2.3.7. Prazo de prescrición

A excepción da Lei do solo de 1956, na que non se establecía prazo de prescrición para as infraccións urbanísticas (aplicábase supletoriamente o prazo de dous meses do art. 113 do CP), as regulacións posteriores fixaron un prazo, que ía dende o ano da comisión da infracción (agás...) previsto na Lei do 2 de maio de 1975 ou o TRLS de 1976; os catro anos establecidos polo RDL 16/1981, do 16 de outubro, para a adopción das medidas de protección da legalidade urbanística, ou a regulación prevista no declarado inconstitucional e nulo (en virtude da STC 61/97) art. 263 do TRLS de 1992, no que se fixaba un ano para as infraccións leves e catro para as graves.

O artigo 183 da L.S.G. dispón que as infraccións moi graves prescribían ós seis anos, as graves ós catro anos e as leves ó ano. Estes períodos contaríanse de acordo coas previsións contidas no apartado anterior, tanto para o caso de actividades de carácter continuado coma para aquelas que non reúnan as características propias das antes citadas.

É importante recorda-las discrepancias que se manifestan entre as diferentes regulacións destes prazos, diferencias que provocan na práctica problemas de contradicción coma os que se manifestan co disposto no Código penal para os delitos urbanísticos (prazo de prescrición de tres anos, inferior ó das infraccións graves ou moi graves), ou o previsto respecto da revisión dos actos anulables, que é de catro anos, mentres que as infraccións moi graves prescriben ós seis.

2.3.8. Infraccións imprescritibles

O artigo 67 R.D.U.G. establece que as «licencias ou ordes de execución que se outorgasen con infracción da zonificación ou uso urbanístico das

zonas verdes, espacios libres, dotacións, equipamentos ou solo rústico con especial protección previstos no planeamento serán nulas de pleno dereito. Nestes casos, o conselleiro de Política Territorial, Obras Públicas e Vivenda requiriralle ó alcalde para que proceda segundo o disposto nas seccións primeira e segunda deste capítulo, sen a limitación de prazo prevista no art. 56.1 deste regulamento». Se ben este suposto se refire, inicialmente, ás medidas de protección da legalidade urbanística, non é menos certo que a compatibilidade destas coa imposición de sancións parece estenderlle a eliminación de todo límite temporal ó exercicio da potestade sancionadora.

«Onde se construíu o garaxe é un terreo que forma parte dun espacio libre, inapropiable por ningún particular, no que as apropiacións ou usurpacións ilegais non poden prescribir, coma non prescriben as que se produzan en calquera ben de dominio público ou de uso xeral». (Sentencia do 6 de marzo de 1990. *La Ley*, 1990, 3-1, 1068).

«O concepto de espacios libres a que se refire o art. 94 RD 2187/1978 do 23 de xuño para, de conformidade co disposto no art. 188 TRLS, declarar non suxeitos a prescrición os actos urbanísticos ilegais que se realicen sobre eles non se corresponde coa súa significación vulgar, senón coa precisa de estar así determinados por unha previsión do planeamento encamiñada a fixa-lo sistema xeral de espacios libres no ámbito territorial do Plan de ordenación». (Sentencia do 20 de marzo de 1989. *La Ley*, 1989, 3-1, 1067).

«A equiparación do xardín privado ó público produce inevitablemente o efecto da imprescritibilidade da infracción administrativa...». (Sentencia do 28 de novembro de 1984. RAX 5984).

O problema que presenta esta regra xeral ponse de manifesto coas limitacións previstas no artigo 106 LRJPAC, ó limita-las facultades de revisión da Administración cando o seu exercicio resultase contrario á equidade, o dereito dos particulares ou as leis. Así pois, prodúcese un choque frontal entre a imprescritibilidade das infraccións que afectan zonas verdes... e a limitación temporal da potestade sancionadora da Administración. O criterio da xurisprudencia resúmese na Sentencia do 13 de febreiro de 1990 (*La Ley*, 1990, 3-1, 961):

«A imprescritibilidade que prevé o art. 94.1 RD 2187/1978 do 23 de xuño, respecto das infraccións coma a do caso, que afecten terreos cualificados de zonas verdes ou espacios libres, non debe operar naqueles casos nos que, polo transcurso dun longo período de tempo entre a infracción e a sanción, se vulnera a equidade; no suposto, o transcurso do prazo sobre os 5 anos non debe ser obstáculo para chegar á conclusión de non aprecia-la prescrición da infracción en cuestión».

2.4. As sancións por infracción urbanística

O artigo 185 da L.S.G. establece que as infraccións urbanísticas se sancionarán da seguinte forma:

- a. As infraccións leves, con multa de ata o 5% do valor da obra, instalación ou actuación realizada.
- b. As infraccións graves, con multa de ata o 30% do valor da obra, terreos, exceso de edificación ou actuación realizada.
- c. As infraccións moi graves, con multa de ata o 50% do valor da obra, terreos, edificación ou actuación realizada.

O R.D.U.G., posteriormente, formulou a correspondente graduación pomenorizada das sancións así como unha concreta tipificación das infraccións antes aludidas. Con carácter xeral a regulación regulamentaria establece tres intervalos nas porcentaxes sinaladas para o cálculo das multas: do 1 ó 5% para as leves, do 5 ó 30% para as graves, e do 30 ó 50% para as moi graves.

2.4.1. Sancións por infraccións moi graves:

2.4.1.1. Serán sancionadas con multa do 30 ó 50% do valor da obra, instalacións, terreos afectados, edificación ou actuación realizada aqueles que incumpran as normas relativas ó uso e á edificación que afecten zonas verdes, espazos libres, dotacións, equipamentos ou solo rústico con especial protección.

«O referido art. 76 RDU impón forzosamente a porcentaxe do 20 por 100, pero só cando a actuación infractora afecta solo destinado a viais, parques e xardíns públicos, zonas deportivas de recreo ou expansión ou equipamento comunitario. Algo totalmente alleo á condición dos terreos, propiedade do promotor, e, polo tanto, de carácter enteiramente privado». (Sentencia do 14 de abril de 1992. R. 3427).

«O art. 4 RDL 16/1981 do 16 de outubro, prevé dúas clases de solo non urbanizable: o simple e o protexido, distinción que leva consigo un diferente réxime xurídico, pois o previsto polo art. 85 TRLS para o solo urbanizable non programado aplícaselle só ó solo non urbanizable simple; ó solo non urbanizable protexido refírese o art 86.2 TRLS, e determina que non poderán ser dedicados a unha utilización que impliquen transformación do seu destino ou natureza ou lesionen o valor específico que se quere protexer. O solo en que se instalou o bar-restaurant litixioso é, conforme o planeamento aplicable, non urbanizable de especial protección, para o que está establecido que só se poden construír edificacións vinculadas ás actividades agrícolas, polo que procede dictar unha resolución confirmatoria do apelado, que declarou a existencia dunha infracción urbanística grave». (Sentencia do 16 de abril de 1991. *La Ley, Archivo*, 4014).

«A construción dunha nave industrial e dun anexo en terreo que ten carácter de rústico e que ademais se encontra clasificado como zona de

horta na que non se permiten outros usos cós agrícolas, constitúe unha infracción urbanística cualificable como grave». (Sentencia do 21 de xaneiro de 1983. RAX 278).

«Considérase grave aquela infracción que contraveña a normativa relativa ó uso do solo... e, no caso de autos, sucede que mentres o proxecto básico presentado pretende a construción de 19 vivendas, iso só se pode facer en tanto fora compatible coa clasificación como área forestal, porque da normativa aplicable resulta que ese é o uso permitido e, polo tanto, calquera outro está prohibido. Neste sentido, a falta de proxecto de execución, dos datos que ofrece o básico aparece que o número de vivendas -19-, a envergadura da infraestrutura prevista e, incluso, o vial de acceso, denotan un uso alleo ó perseguido pola normativa urbanística. Ademais, a incompatibilidade de usos é manifesta, por canto o permitido é o forestal e o que resulta do proxecto hase considerar como residencial. Cabe engadir a todo isto que o proxecto precisaba unha distribución da situación distinta en tanto que a prevista non respectaba a Lei 22/1988 do 29 de xullo (costas), así como que a área foi considerada "natural de especial protección" o que precisaba a aplicación do réxime previsto no Plan provincial das Baleares polos elementos paisaxísticos singulares». (Sentencia do TSX das Baleares do 1 de outubro de 1990. *La Ley*, 1991-1, 356).

2.4.1.2. Sancionaranse con multa do 30 ó 50% do valor dos terreos afectados a aqueles que realicen parcelamentos urbanísticos en solo rústico. Esta sanción imporase na súa contía máxima se a división realizada lesiona o valor específico que, se é o caso, protexa o ordenamento urbanístico.

Se ben o parcelamento é unha actividade tipicamente privada realizada por particulares de acordo coas normas do dereito común, a importancia desta actividade sométea a unha constante intervención da Administración urbanística.

O artigo 3.4.a) da L.S.G. é un exemplo da marcada facultade de intervención administrativa no exercicio das facultades dominicais relativas ó uso do solo, no que se refire ó parcelamento dos terreos, pero non o único. Sen prexuízo da prohibición prevista no art. 174 da L.S.G., o art. 77.7 da citada norma limita os fraccionamentos do solo rústico á súa conformidade co disposto pola lexislación agraria.

«O lexislador sitúa os parcelamentos ilegais no primeiro lugar da lista de infraccións urbanísticas, tipificadas como tales, e no momento de cuantificalas multas que hai que impoñer, establéceas coas maiores porcentaxes. Evidentemente, pola lóxica coa que o lexislador está obrigado a traballar, o parcelamento ilegal adoita representarlle a maior agresión á orde urbanística, orde que chegou a alcanzar un ámbito de universalidade, posto que non se cuestiona en ningunha parte do mundo civilizado, e a cal se dotou dun réxime disciplinario, cando, ata agora, o disciplinario estaba confinado nos ámbitos das relacións especiais de poder e de suxeición; e moi mal visto e inaceptado fóra deles». (Sentencia do 29 de outubro de 1991. *La Ley, Archivo*, 4331).

Nas demais clases de solo previstas pola lexislación urbanística galega é factible o parcelamento dos terreos sempre e cando se aprobase o correspondente instrumento de planeamento e obtido a oportuna licencia.

Os «*terreos afectados*» unicamente serán aqueles que realmente fosen obxecto do parcelamento e non o conxunto da parcela da que formaban parte.

«O valor que ha servir de punto de partida nos parcelamentos ilegais é concretamente o dos “terreos afectados”. “Terreos afectados” son unicamente os que foron realmente obxecto do parcelamento e non é resto da parcela matriz...». (Sentencia do 8 de xuño de 1987. R. 6098).

Un dos efectos máis importantes da comisión dunha infracción deste tipo é a imposibilidade de considerar soares os lotes que resultasen do parcelamento e a conseguinte prohibición de edificar sobre eles. Dado que todo parcelamento urbanístico está suxeito a licencia, resulta evidente que ó se realizar un parcelamento sen a obtención daquela operará con toda a súa virtualidade a prohibición prevista no art. 83.3 R.D.U.G.

2.4.1.3. Serán sancionados con multa do 30 ó 50% do valor da obra realizada quen realice obras de urbanización sen a aprobación previa de planeamento e do proxecto de urbanización esixible.

Os proxectos de urbanización, a diferenza dos plans nas súas diferentes manifestacións, non dispoñen de natureza normativa, dado que se trata de simples proxectos de obras que teñen por finalidade executar os servizos e dotacións establecidos no planeamento. De aí que non poidan modifica-las previsións do planeamento que desenvolven, sen prexuízo de que poidan efectua-las adaptacións esixidas pola execución material das obras.

«Ó carecer de plan xeral o municipio, e ó non te-la condición de solo rústico ou non urbanizable o terreo, resulta obvia a comisión dunha falta grave, patente sen necesidade de interpretación ningunha, pois aínda que se entenda que o Plan provincial opera subsidiariamente e hase de estar a este en canto á cualificación do solo, ó non se demostrar cál fora esta, na memoria asevérase que é a de “solo non urbanizable” ou “solo rústico agrícola-gandeiro”, cunha ocupación permitida do 5%...». (Sentencia do 28 de febreiro de 1986. RAX, 6593).

«A situación en que se constata a existencia duns proxectos de plan parcial que non pasaron da fase preliminar, ó non obte-la aprobación definitiva do órgano competente para iso; a existencia dun parcelamento de feito, sen cobertura xurídica, ó falta-lo plan e a específica licencia; a existencia dunhas obras de infraestrutura carentes tamén de legalidade, a pesar da licencia concedida polo concello, ante a ausencia do Plan parcial e de Proxecto de urbanización, constitúen, evidentemente, unha serie de infraccións manifestas e graves, que, ademais, se produciron gradualmente, e, polo tanto, co carácter de infraccións continuadas, non fixadas nun momento concreto». (Sentencia do 10 de xullo de 1985. RAX, 3893).

2.4.2. Sancións por infraccións graves:

2.4.2.1. Serán sancionados con multa do 5 ó 30% do valor dos terreos e das obras e instalacións executadas sobre aqueles que realicen parcelamentos urbanísticos que incumpran o disposto nos plans de ordenación e nos artigos 173 y 174 da Lei do solo de Galicia.

Os artigos 173 e 174 da L.S.G. establecen unha serie de precisións sobre a condición de parcelas indivisibles e o réxime xurídico dos parcelamentos. A infracción destas normas comporta, a maiores da sanción pecuniaria que se estableza en cada caso, os efectos detallados no punto 2.4.1.2.

«Todo parcelamento urbanístico sen licenzia previa é ilegal e constitúe unha infracción urbanística grave, segundo se deriva do art. 226 TRLS, ó dispoñer que “terán en principio o carácter de graves as infraccións que constitúan incumprimento das normas relativas a parcelamentos...; tan grave considera o lexislador esta omisión que, tras sancionar xenericamente as infraccións urbanísticas con multas, engade que “nos parcelamentos ilegais o importe da multa poderase ampliar a unha cantidade igual a todo o beneficio obtido, mailos danos e perdas ocasionados, e a contía da sanción non será inferior á diferenza entre o valor inicial e o de venda da parcela correspondente”». (Sentencia do 7 de outubro de 1987. *La Ley, Archivo*, 4-645).

«As agregacións e segregacións de parcelas ilegalmente realizadas implican unha infracción urbanística grave ó supoñer un parcelamento efectuado sen licenzia nin logo da aprobación dun plan parcial». (Sentencia do 28 de febreiro de 1983. RAX, 1062).

2.4.2.2. Serán sancionados con multa do 5 ó 30% do valor da obra ou instalación realizada ou terreo afectado por accións constructivas ou non constructivas en contra do uso, destino e natureza que lle corresponda ó solo no que se executasen, sempre que a infracción no estivese cualificada como moi grave.

O art. 3.4.c) da L.S.G. establece, entre as facultades de intervención no exercicio das facultades dominicais relativas ó uso do solo, a prohibición daqueles usos que non se axusten á ordenación urbanística.

«A infracción urbanística sancionada foi, no caso, a realización de obras sen a correspondente licenzia, consistentes na construción dunhas pistas de tenis, unha terraza solarío, un quiosco-bar, piscina e ampliación de zona deportiva e recreativa dun hotel. As ditas obras constitúen, conforme o disposto nos arts. 226.2 e 228.1 TRLS, un incumprimento das Normas sobre uso do solo e sobre concesión de licenzias xerador dunha infracción urbanística de carácter grave». (Sentencia do 9 de abril de 1996. *La Ley*, 6926).

«A licenzia cuestionada constitúe manifestamente unha infracción urbanística grave, porque foi concedida cando fora publicada unha suspen-

sión de licencias que impedían o seu outorgamento, consagrándose así unha infracción urbanística grave, posto que a licencia permitía realizar unha construción –é dicir, un uso do solo– que estaba de momento prohibido pola suspensión de licencias. Era, polo tanto, manifesto que non se podía outorgar-la licencia, porque doutro modo se permitiría unha infracción urbanística grave referida a un ilegal uso do solo». (Sentencia do 23 de novembro de 1995. *La Ley*, 1260).

«Son tres as infraccións nas que incorreu o autor: execución de obras con exceso ó autorizado nas licencias, incremento de volume sen previa licencia como consecuencia da cubrición parcial da terraza e cambio de uso non autorizado, infraccións que, consideradas en conxunto, han ser cualificadas como graves, de conformidade co disposto no art. 226.2 TRLS, en relación co art. 54.3 RD 2187/1978 do 23 de xuño. De tales infraccións, por aplicación do art. 60 do antedito regulamento, a terceira –cambio de uso– ha ser sancionada no seu grao máximo, pois ese era o resultado perseguido. Agora ben, no suposto debatido non é aplicable o art. 79 do regulamento, que sanciona con multa do 5 ó 10% do valor de edificio, planta, local ou dependencia a quen altere o uso a que estivese destinado polo plan, norma ou ordenanza, precepto que é o aplicado pola autoridade municipal, senón o art. 90.1 da propia disposición, que sinala unha multa do 1 ó 5% do valor da obra, instalación ou actuación proxectada e realizada sen licencia ou orde de execución, cando as ditas actividades sexan legalizables por ser conformes coa normativa urbanística aplicable». (Sentencia do 11 de setembro de 1989. *La Ley*, 1989, 3-1, 348).

«O art. 76 RDU soamente se pode aplicar cando se realicen obras de edificación ou de urbanización que vulneran o uso que lle corresponde ó solo en que se executen; aquí ninguén discute que o uso que lle corresponde ó solo no que se construíron sen licencia as vivendas é o residencial, polo que non se infrinxiu o uso que lle corresponde a este e non se lle pode aplicar-lo art. 76.1 RDU...». (Sentencia do 14 de novembro de 1986. R. 893).

«Ó se trataren duns terreos comprendidos no plan nunha zona de protección agrícola, pódese afirmar que as obras lesionan o valor específico que o plan quere protexer e que polo tanto a súa prohibición tamén deriva do disposto no art. 86.2 TRLS, o que, en definitiva, permite aseverar que o contido da licencia constitúe unha infracción urbanística grave, ó incidir nun incumprimento das normas relativas ó uso do solo». (Sentencia do 24 de abril de 1985. RAX, 2227).

«Verbo de solo urbanizable non programado, a súa cualificación depende dos plans parciais e dos programas de actuación urbanística que se redacten e mentres tanto, descoñécese o uso a que está destinada a dita zona actualmente cualificada de rural, polo cal, en tanto non se realicen os plans parciais e os programas de actuación urbanística, a obra edificada ilegalmente varía os usos do solo, polo que é de aplicación o artigo 76 do RD 2187/1978 do 23 de xuño». (Sentencia do 14 de xullo de 1984. RAX 4385).

2.4.2.3. Serán sancionados con multa do 5 ó 30% do seu valor a realización de edificacións, construcións ou instalacións sen a preceptiva autorización da Comunidade Autónoma nos supostos regulados no art. 77.4º e disposición adicional 3ª-2 da LSG.

2.4.2.4. Sancionárase con multa do 5 ó 30% do valor do exceso de aproveitamento urbanístico previsto no planeamento.

Os arts. 91 e ss. da L.S.G. establecen as determinacións para a fixación do aproveitamento tipo en solo urbano e urbanizable de cada unha das áreas de repartición creadas polo planeamento. Iso requirirá contar con datos como o aproveitamento lucrativo total da área de repartición (para o que será preciso fixa-lo dotacional privado e a superficie total desta).

«Ó estar esgotada a edificabilidade da parcela polo hotel xa existente, a autorización na parcela segregada doutro hotel de case 10.000 m³, sobre o baixo rasante, sen dúbida "constitúe manifestamente unha infracción urbanística grave", por usa-los mesmos termos có art. 186 TRLS. E iso, aínda cando para a súa constatación foran precisas medicións, pois doutra sorte deviría ineficaz o sistema previsto no dito artigo...» (Sentencia do 24 de xaneiro de 1994. *La Ley, Archivo, 7247*).

2.4.2.5. Sancionárase con multa do 15 ó 30% do seu valor o exceso de edificación sobre a permitida no planeamento.

Os diferentes tipos de plans fixan, dependendo da clase de solo, os niveis de intensidade de edificación das diferentes zonas afectadas polo planeamento. No caso do solo urbano será o Plan xeral de ordenación municipal (art. 11.1.b), e no suposto do solo urbanizable, os plans parciais (art. 24),

«Existe unha infracción urbanística manifestamente grave, conforme os arts. 186, 187 e 226 TRLS, en relación cos arts. 51, 52. e 53 do RD 2187/1978 do 23 de xuño, ó exceder en máis da metade do volume autorizado e en tres plantas a altura que procede, o cal non pode menos que afecta-la legalidade da licenza outorgada, ó non ter en conta esta os límites autorizados polo planeamento». (Sentencia do 25 de setembro de 1989. *La Ley, Archivo, 3-1, 401*).

2.4.2.6. Sancionárase con multa do 5 ó 15% do valor do exceso sobre a altura determinada no planeamento, sempre que o susodito exceso non supoña aumento de volume ou de superficie construída.

«Non se pode admiti-la cualificación como leve da falta cometida, amparándose na escasa entidade do dano producido ós intereses xerais e na inexistencia de risco respecto destes, por ser clara a cualificación de grave da falta cometida, ó quebranta-la obra realizada a... altura edificable no patio obxecto de aproveitamento». (Sentencia do 2 de abril de 1986. RAX, 4218).

«Ó non existir planificación de ningún tipo, nin normas subsidiarias que a viñesen substituír con tódolos efectos dunha auténtica planificación, é claro que rexía, respecto de tal particular, o disposto no art. 74 TRLS, en canto limita as alturas que en tal data se puideran conceder a tres, cando a realidade é que se concederon 6 plantas, o que en principio supón unha grave ocupación urbanística, a teor do art. 226 TRLS». (Sentencia do 2 de novembro de 1983. RAX, 5985).

2.4.2.7. Sancionárase con multa do 5 ó 30% do valor do realizado a execución das obras de consolidación, modernización ou incremento do seu valor de expropiación en edificios cualificados como fóra de ordenación, segundo o disposto no artigo 58 da L.S.G., salvo nos casos de excepción previstos no apartado terceiro deste artigo. Se as devanditas obras levasen consigo aumentos de volume ou incrementos de altura en relación coa situación existente, a sanción imporase na súa porcentaxe máxima.

O réxime xurídico de «fóra de ordenación» obedece á finalidade de que os edificios que mereceron esa cualificación non prolonguen a súa existencia máis alá do que cabe esperar destes polo estado de vida dos seus elementos compoñentes, e por iso esa situación non supón a súa inmediata desaparición, nin a súa condena como ben económico-social, en canto que aqueles seguirán a existir e a presta-lo servizo para o que foron esixidos ata que chegue o momento da súa desaparición. En consonancia con esta finalidade o mantemento dos edificios está suxeito a importantes limitacións verbo das obras que se poden realizar nestes, non sendo admisible calquera tipo de obras, senón unicamente as pequenas reparacións que esixise a hixiene, o ornato e a conservación do inmovible; estando prohibidas as obras de consolidación, aumento de volume, modernización e aquelas que incrementen o seu valor de expropiación. Vexamos algúns casos concretos que reflicte a xurisprudencia do T.S.:

«O decreto do caso que denegou a solicitude de declaración de ruína do edificio cuestionado, e ordenoulle á propiedade a realización das obras necesarias de reparación estrictamente precisadas, en función do previsto no art. 181 TRLS, co correspondente apercebimento de execución substitutiva, obras que non foron realizadas, o que motivou a resolución impugnada, que é axustada a dereito, porque, independentemente de que o edificio estivera afectado polas normas que regulan os requisitos de protección do patrimonio histórico artístico, é o certo que as obras de reparación ordenadas na cuberta da rede de pluviais e fachada son as adecuadas para mante-lo edificio nas condicións de seguridade, salubridade e ornato públicos expresadas de modo xenérico no art. 181 TRLS, e incluso das contidas no art. 60.2 TRLS como reparacións que esixe a hixiene, o ornato e a conservación do inmovible, sen que polo tanto sexa relevante para os efectos impugnadores a inclusión do edificio no plan parcial de ordenación e reforma do núcleo antigo da cidade, toda vez que a norma

antedita permite e autoriza tales obras en edificios fóra de ordenación, sen que o carácter de pequenas reparacións a que alude o art. 60 TRLS, ó ser tal custo debido á prolongada inactividade do recorrente durante anos, que veu incumprindo a obrigaición que lle foi imposta, o que en ningún caso se pode converter en beneficio do autor». (Sentencia do 10 de maio de 1989, *La Ley*, 1989-3, 709).

«Á vista do regulado no art. 60 TRLS, débese chegar á conclusión de que as obras realizadas –apertura de dous vanos– merecen a cualificación de autorizables porque, fundamentalmente, se dirixen a satisfacer a existencia de adapta-lo edificio ás necesidades do seu ocupante, o que só implicou pequenas reformas que para nada inciden nos elementos fundamentais e estruturais do inmovible e, polo tanto, no seu estado de vida, sen que, pola propia natureza das obras poida, de ningunha maneira, estimarse, nin aínda empregando un rexeitable estricto criterio interpretativo, que supoñan consolidación, aumento de volume ou incremento de valor do edificio» (Sentencia do 15 de abril de 1987. *La Ley* 1987, 4-87).

«Non existe razón urbanística ningunha que impida a legalización solicitada para o tellado do alpendre cuestionado, razón pola cal procede legaliza-la obra dado que ela non se pode considerar incurso no art. 60 TRLS, pois aínda que é certo que para a paraxe en cuestión se atopa prevista unha edificación moi superior en altura, que hai que realizar dentro dos 8 anos seguintes á vixencia do plan, a realidade é que non consta unha previsión específica de demolición do agora existente e moito menos a súa expropiación, ó ser pertinente, cando o caso chegue, a cesión de terreos para o vial, que non afecta o lugar do soar sobre o que o alpendre ou o almacén se encontra situado». (Sentencia do 11 de abril de 1987. *La Ley*, 1987, 4-62).

2.4.2.8. Sancionárase con multa do 15 ó 30% do importe da obra que se sitúe fóra dos límites ós que se deba axustar por incumprimento das regras de distancia dos edificios entre si e en relación coas vías públicas, espazos libres e lindeiros.

«... impónselle unha sanción á parte recorrente por unha suposta infracción urbanística grave ó abeiro do art. 85 do RDU, por canto executou unhas obras nun alpendre da súa propiedade sen suxeitarse ás condicións da licenza que lle foi outorgada no seu día... e dando lugar a unha sanción de 62.000 pts. en consonancia co valor ou co custo das obras fixadas en 310.000 pts, polo técnico municipal, non desvirtuado por proba en contrario.

Estima a parte demandante que a execución da obra a que fai referencia a denuncia non está fóra dos límites e que... se axusta á aliñación, non sendo de recibo a dita afirmación contida na súa demanda, por canto reiteradamente fora advertida pola corporación no informe da Comisión de Urbanismo do 21 de agosto de 1982, e polo técnico municipal o 30 de novembro de 1984, onde resaltan que a aliñación da reconstrución da fachada do seu alpendre non garda a aliñación trazada pola Comisión de Urbanismo, ata o punto de que se construíu moi preto do camiño e fóra

da liña que se lle sinalara, por iso estimamos que existe unha clara e manifiesta infracción urbanística, aplicándose correctamente o disposto no art. 85 do Regulamento de disciplina urbanística». (Sentencia do TSX de Galicia do 30 de xaneiro de 1991. R.X.C.A., 1991,122).

«A cuestión da contía da multa débese resolver procurándolle a adecuación da sanción á entidade da infracción, polo que a multa correspondente neste suposto (obra efectuada sen licencia, que en parte invade terreo destinado a vía pública) hase determinar simultaneamente polos arts. 76 e 90 do RDU, o primeiro respecto ó valor da obra que efectivamente invade o terreo destinado a vía pública...». (Sentencia do 1 de febreiro de 1986. R. 2141).

2.4.2.9. Sancionárase con multa do 15 ó 30% do valor da obra realizada, as edificacións en parcelas cunha superficie inferior á establecida como mínima edificable. Graduarase a multa en función da maior ou menor desproporción que exista entre a superficie da parcela edificada e a superficie da parcela mínima segundo o plan. Neste punto é preciso lembra-las previsións dos arts. 173 e 174 L.S.G.

«É indubidable que non respecta-lo uso da parcela e as regras sobre parcela mínima supón un dos atentados de maior transcendencia que se pode cometer na orde urbanística. Por iso non é de estrañar que o art. 226 TRLS as inclúa entre as infraccións graves...» (Sentencia do 14 de febreiro de 1983. RAX, 823).

2.4.2.10. Sancionárase con multa do 15 ó 30% do valor da obra realizada a execución de construcións, instalacións ou usos do solo que vulneren as normas de protección dos elementos incluídos en catálogos ou inventarios dos instrumentos de planeamento. Cando se trate de bens que teñan a condición de bens de interese cultural, a sanción imporase na súa porcentaxe máxima.

O art. 32 da L.S.G. prevé a protección dun conxunto de elementos entre os que cabe destaca-los monumentos, xardíns, parques naturais ou paisaxes. Unha medida que enlaza con algunha das finalidades previstas para os plans especiais (art. 26.2.b. L.S.G.), entre as que se encontra a protección de recintos e conxuntos arquitectónicos, históricos e artísticos. En todo caso, débese recordar –como indica o citado art. 32– que na protección destes elementos xoga un papel decisivo a lexislación específica, en concreto a vixente sobre protección do Patrimonio Histórico.

O art. 59 L.S.G. contén unha precisión respecto á necesaria adaptación ó ambiente do enclave das construcións en lugares inmediatos a aqueles que formen parte dun grupo de edificios de carácter artístico, histórico, arqueolóxico, típico ou tradicional.

«Non se pode cualificar de grave a infracción cometida no caso pois non se trata dunha construción que pugne directa e absolutamente co

plan ordenador existente, senón de simple obra, máis ben de pintura, decoración de dúas medianeiras e axardinamento do espazo intermedio, pois aínda que pugnen cos criterios da comisión de seguimento do Plan especial establecido para o recinto histórico-artístico da Vila de Madrid ou, máis ben, cos do seu arquitecto xefe, non se sinala a infracción de ningunha norma do planeamento citado...». (Sentencia do 18 de xullo de 1989. *La Ley, Archivo*, 3-1, 256).

2.4.2.11. Sancionárase con multa do 15 ó 30% do valor do ben afectado, as cortas de árbores e os abatementos que constituían masa arbórea, espazo boscoso, arboredo, parque e aqueles exemplares illados que polas súas características específicas posúan un interese botánico ou ambiental, e que se realicen sen licencia.

2.4.3. Sancións por infraccións leves:

2.4.3.1. Sancionárase con multa do 1 ó 5% do valor da obra ou instalación, a execución de obras ou instalacións realizadas sen licencia ou orde de execución cando sexan legalizables.

«A sanción litixiosa impúxose como consecuencia dunha “infracción urbanística consistente no desenvolvemento da actividade de almacenaxe de áridos e materiais para a construción sen a preceptiva licencia municipal”. É de advertir que con posterioridade e pola vía do art. 58.2 TRLS, outorgáronse licencias que autorizaban tanto a actividade coma as obras... Pois ben, dado que aquel precepto se refire a usos ou obras xustificadas de “carácter provisional” e que ademais non facultan a execución dos plans, haberá que entender que a viabilidade de licencia prevista no art. 58.2 TRLS arrastra a aplicación do art. 77.1.2. RDU». (Sentencia do 10 de outubro de 1988. R. 7461).

2.4.3.2. Sancionáranse con multa do 5% do custo das obras e do valor dos terreos a quen realice algún dos actos previstos nos números 14, 15, 16 e 17 do artigo 10 do R.D.U.G. sen a preceptiva licencia.

Os citados números refírense a actividades de extracción de áridos, minerais, líquidos, vertidos no subsolo, obras de infraestrutura civil e construcións nas zonas de dominio público.


2.4.3.3. Sancionárase con multa do 1 ó 15% do valor das obras ordenadas que incumpran as ordes de execución dictadas.

«O prazo concedido para a execución das obras opera a modo de requisito de perseguibilidade da infracción do deber de conservación, obxectivamente constatada ó se dictar con anterioridade a orde de execución, de modo que se se atende ó cumprimento daquel deber dentro do prazo que a Administración lle sinala ó propietario en razón da magnitude das obras, a infracción non se persegue, pero transcorrido este e en tanto non se satisfaga o deber definido no art. 181 TRLS, a infracción urbanística mantense pola súa natureza permanente». (Sentencia do 24 de decembro de 1985. R. 6546).

2.4.3.4. Sancionárase con multa do 1 ó 15% do valor da súa construción e instalación, a colocación sen licencia de carteis e paneis de propaganda visibles dende a vía pública.

2.4.3.5. Sancionáraselle con multa do 1 ó 5% do seu valor a quen leve a cabo sen licencia cerramentos e valados de predios.

2.4.3.6. Sancionárase con multa de 50.000 a 500.000 pts a realización de publicidade con incumprimento do disposto no art. 6.2.

2.4.3.7. Sancionárase con multa de tanto ó quíntuplo do custo de conexión, o incumprimento das obrigacións establecidas nos artigos 17.4 y 53.1. 



A ELABORACIÓN DA LEI DO VOLUNTARIADO DE GALICIA: ASPECTOS PARLAMENTARIOS

Xosé Antonio Sarmiento Méndez

Profesor da Universidade de Vigo
Lerado da Comisión Institucional, de Administración Xeral,
Xustiza e Interior do Parlamento de Galicia

Como analicei no seu día¹, a normativa autonómica reguladora da solidariedade e garante do «estado do benestar» descansaba sobre piares moi febles, condicionada fundamentalmente ó contido das leis anuais de orzamentos. Quizais este novo instrumento lexislativo que me dispoño a glosar, poida supoñer un cambio no panorama do dereito autonómico na materia.

Son diversas as razóns que salientan dende o punto de vista xurídico-político a relevancia da aprobación polo Parlamento de Galicia da Lei de voluntariado. Sen dúbida constitúe un dos feitos lexislativos máis subliñables do ano 2000 no Parlamento galego que ademais vén acompañada da feliz coincidencia da súa data de aprobación coa proximidade do día 5 de decembro que, segundo a Resolución do 17 de decembro de 1985, da Asemblea Xeral das Nacións Unidas, é o día internacional dos voluntarios para o desenvolvemento económico e social.

¹ No meu traballo: «A lexislación de integración social da Comunidade Autónoma galega». *Boletín informativo n.º 3 de Xustiza e Sociedade de Galicia*. Outubro 1991. Páxinas 2 e ss.

1. A noción de voluntariado

Son moi variadas as aproximacións teóricas que se teñen feito ó concepto de voluntariado, todas elas impulsadas recentemente polo florecemento dos estudos dogmáticos sobre o denominado «terceiro sector». Dende un principio é imprescindible aborda-la cuestión dende unha reflexión crítica que permita deslinda-lo voluntariado doutro tipo de prácticas que, baixo ese mesmo nome, esconden realmente modelos diverxentes e que en moitos casos enñan estratexias de lexitimación da «desorde establecida»².

Os problemas actuais que formula o voluntariado nacen na súa problemática incardinación dentro das diversas facetas das ciencias sociais. Entre nós Peces Barba vén de subliña-la utilidade de vincula-lo voluntariado ó proceso de desenvolvemento dos dereitos humanos, poñendo de manifesto que só coa mediación dos deberes e a partir destes o valor da solidariedade alumea dereitos³.

Para unha perspectiva estrictamente xurídica o debate fundamental céntrase na pretendida «publicación» do voluntariado a través da regulación normativa polos poderes públicos. Neste sentido Conxa Vidal Vidal posiciónase claramente en contra da posibilidade de que a organización e macroestructura da Administración poidan desvirtua-la solidariedade e crea-lo que denomina «voluntariado de plástico» ou «voluntariado á carta»⁴. Esta polémica non foi allea como veremos, á tramitación da lei autonómica de Galicia, ó tratarse dun texto que posibilita, entre outras cousas, a creación de entidades voluntarias a instancias exclusivamente da Administración pública.

Os comentaristas⁵ da Lei 6/1996, do 15 de xaneiro, reguladora do voluntariado no ámbito estatal formularon tamén o seu receo á regulación normativa desta materia, pois, tratándose dun fenómeno espontáneo, podería dar lugar á súa petrificación e burocratización. Por contra alegouse que se facía sen dúbida necesaria a lexislación para delimita-los

² Esta reflexión provén do traballo de Andrés GARCÍA INDA: «O voluntariado como fundamento dos dereitos humanos». *Cuadernos de trabajo social* núm. 11 (1998) páx. 28. Ed. Universidad Complutense, Madrid 1998.

³ Reflexións que poden consultarse na obra de Gregorio PECES BARBA: *Ética, poder y derecho*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1995.

⁴ Ideas recollidas no seu traballo «Fomento y Promoción del Voluntariado», páxs. 185 a 197 de Documentación Social. *Revista de Estudios Sociales e de Socioloxía Aplicada*, núm. 104 (1996).

⁵ Así, entre outros, María Asunción TORRES LÓPEZ: «Régimen jurídico del voluntariado en España: del voluntariado social al voluntariado para la sociedad» *Actualidad Administrativa*, núm. 19, do 8 ó 14 de maio de 2000 e FERNÁNDEZ PAMPILLÓN: *El voluntariado social: Reconocimiento y marco jurídico en España*. Ed. Cruz Roja Española, Madrid, 1989, páxs. 17 e ss.

ámbitos do traballador remunerado e do traballador solidario e ademais, para perfila-los problemas xurídicos que se suscitan cando se realiza unha acción voluntaria.

Un último aspecto que en ningún momento pode perderse de vista na conceptualización da acción voluntaria é o de que a liberdade é substancial a este tipo de actividades. A propia exposición de motivos da lei estatal do voluntariado establece que un dos seus obxectivos fundamentais e garanti-la liberdade dos voluntarios e das organizacións nas que se integran, por este motivo segundo Mogín Barquín⁶ é aconsellable limita-la regulación xurídica ó mínimo imprescindible.

2. A cuestión no seo dos parlamentos autonómicos

Sen dúbida os debates e procedementos parlamentarios nos que a temática do voluntariado vén recollida son moi abondosos. Pretendo aquí só deixar constancia dalgúns feitos legislativos de singular relevancia e proximidade ós nosos días.

A. No Parlamento de Galicia

Dentro das iniciativas tramitadas no seo da Cámara acadou certa singularidade a pregunta escrita formulada polo deputado don Bieito Lobeira Domínguez sobre os resultados do fomento do asociacionismo xuvenil, voluntariado e participación social que a Xunta de Galicia respondeu co contido que pode consultarse no *Boletín Oficial do Parlamento de Galicia* núm. 583, do 27 de xaneiro de 1997. Trátase dunha iniciativa que o Executivo resolveu dando conta das medidas contidas no plan de emprego xuvenil que afectaban basicamente aspectos atinentes á promoción da economía social.

Dun xeito máis directo o labor do comisionado parlamentario autonómico previsto no artigo 14 do Estatuto de Autonomía para Galicia ten abordado a materia que me ocupa. Así, co gallo do informe extraordinario do Valedor do Pobo sobre a situación dos anciáns en Galicia esta institución recomendou o desenvolvemento sen tardanza da Lei 4/1993, do 14 de abril, de servizos sociais, nos aspectos relacionados cos servizos sociais para anciáns. De igual xeito recomendou que ó desenvolve-los aspectos desa lei relacionados coa promoción e organización do voluntariado se teñan especialmente en conta as posibilidades que nese campo ofrecen os mozos.

⁶ Teresa MOGÍN BARQUÍN: «El plan estatal de voluntariado: una mano abierta a la sociedad». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 10, páxs. 157 a 162. Madrid, 1998.

B. Noutras comunidades autónomas

Interesa aquí poñer de manifesto as iniciativas lexislativas que foron rexeitadas nas comunidades autónomas de Andalucía e Cantabria. Na primeira delas unha proposición de lei recollida no *Boletín Oficial da Cámara* do 12 de agosto de 1997 contou co criterio contrario do Goberno á súa toma en consideración, sendo finalmente rexeitada no Pleno da Cámara dos días 25 e 26 de marzo de 1998. De xeito similar, na Comunidade cántabra ámbalas dúas proposicións de lei do voluntariado social e do voluntariado, presentadas respectivamente o 12 de marzo de 1997 e o 1 de agosto dese mesmo ano foron rexeitadas polo Pleno da Cámara no oportuno debate de toma en consideración. Son todos eles trámites que, como veremos, impediron que estas comunidades autónomas conten cunhas leis especificamente referidas ó voluntariado, véndose abocadas a unha regulación marxinal desta materia noutras leis autonómicas.

3. A xuridificación do voluntariado

O punto de partida da doutrina constitucionalista española ó trata-lo voluntariado vén sendo o artigo 9.2 da Constitución española que recolle o seguinte mandato: «correspóndelles ós poderes públicos promoveren as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e, mais dos grupos en que se integra sexan reais e efectivas, removeren os atrancos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitaren a participación de tódolos cidadáns na vida política, económica, cultural e social». Este precepto segundo o Tribunal Constitucional non pode servir de base para a declaración de inconstitucionalidade dunha norma na que, presuntamente, se incumpra o mandato de promover-la igualdade real, e polo tanto non contén nin reconece dereito subxectivo ningún que sexa susceptible de protección de amparo⁷.

Ó carón deste mandato constitucional que responsabiliza os poderes públicos do fomento da solidariedade no seu sentido máis amplo, preséntase como constante no ordenamento xurídico español a vinculación do voluntariado ó ámbito das responsabilidades da Administración local. Como veremos a lexislación incide unha e outra vez nas competencias das entidades locais e, especialmente dos concellos no tocante ó desenvolvemento das actividades do voluntariado.

⁷ Cf. SSTC-98/1985 do 29 de xullo e 120/1990, do 27 de xuño.

A. No espacio europeo

O Consello de Europa vén de aprobar dúas recomendacións do Consello de Ministros polas que se incide sobre o voluntariado na acción social e sobre a promoción dun servizo voluntario, aspectos recollidos en documentos do 21 de xuño de 1985 e máis recentemente, do 24 de maio de 1994.

Dentro do sistema da Unión Europea resulta de singular relevancia a Declaración 38 do Tratado de Amsterdam do 12 de outubro de 1997 sobre as actividades de voluntariado, posto que a conferencia recoñeceu de xeito explícito a importante contribución das actividades do voluntariado para o desenvolvemento da solidariedade social. Igualmente a comunidade proclamou a súa vontade de estimular a dimensión europea das organizacións do voluntariado, poñendo unha énfase particular no intercambio de información e experiencia, así como na participación dos mozos e das persoas maiores no traballo voluntario⁸.

De menor rango xurídico pero con importantes reflexións substantivas son as resolucións do Consello de Ministros do 31 de outubro de 1994 relativa ó fortalecemento da cooperación comunitaria en materia de protección civil e a do 30 de novembro de 1994, sobre o fomento dos períodos de prácticas de voluntariado no ámbito da xuventude. As outras institucións comunitarias tamén se teñen preocupado desta cuestión, e así a Comisión Europea na súa comunicación do 6 de xuño de 1997, recolle importantes conclusións sobre o fomento do papel das asociacións e fundacións en Europa.

Finalmente o Parlamento europeo conta cunha longa tradición nos debates atinentes ó voluntariado, tradición que nace na Resolución do 16 de decembro de 1983 e continúa na do 19 de decembro de 1993 sobre a protección social dos voluntarios para o desenvolvemento, plasmando de xeito normativo na decisión conxunta co Consello número 1.686/98, do 20 de xullo pola que se establece o programa de acción comunitaria «servizo voluntario europeo para os mozos».

B. O marco estatal

O Estado español dotouse dunha lei reguladora do voluntariado no ano 1996. O lexislador estatal asumiu unha triple tarefa que consiste en garanti-la liberdade dos cidadáns a expresa-lo seu compromiso solidario a través das canles que mellor se acomodan ás súas máis íntimas motivacións, en segundo lugar, a obriga do Estado de recoñecer, promover e impulsar eficazmente a acción voluntaria nas súas diversas modalidades e,

⁸ Texto que pode consultarse do *Diario Oficial das Comunidades Europeas*, serie C, 340/139, do 10 de novembro de 1997.

en terceiro lugar, a obriga de respecta-la orde constitucional de distribución de competencias e por tanto, as normas que sobre esta mesma materia se dictaran ou poidan dictar nun futuro as comunidades autónomas (exposición de motivos da Lei 6/1996, do 15 de xaneiro).

Como instrumento de desenvolvemento da lei citada aprobouse o Plan estatal do voluntariado 1997-2000 que segundo informacións do ministerio ó remate do 1999 se tiña desenvolvido nun 75%. Para a execución deste plan foron aprobados un real decreto que contiña o regulamento sobre a validación de servizos voluntarios para os efectos da prestación social substitutoria e varias ordes anteriores foron executadas no tocante ó voluntariado cultural e ó voluntariado nos centros públicos que impartan ensinanzas de réxime xeral.

Dende o punto de vista galego interesa chama-la atención sobre a afirmación anteriormente transcrita contida na exposición de motivos da lei estatal do voluntariado no tocante ó necesario respecto do ámbito do voluntariado na nosa Comunidade Autónoma. Nesta mesma orde de cousas o artigo 2 da lei estatal ó regula-lo ámbito de aplicación é moi restrictivo posto que o limita a aqueles voluntarios que participen en programas de ámbito estatal ou supraautonómico, así como ás correspondentes organizacións en canto desenvolvan os ditos programas. Tamén sería de aplicación para os voluntarios e organizacións que participen en programas que desenvolvan actividades de competencia exclusiva estatal.

C. Dereito autonómico comparado

Unha análise da normativa existente nas distintas comunidades autónomas conduce a conclusións moi diversas, xa que as leis son heteroxéneas entre si e só un esforzo clasificatorio pode presentalas de xeito sistemático.

Nun primeiro grupo poden incluírse aquelas comunidades que contan (coma a galega) con leis reguladoras de xeito exhaustivo da materia do voluntariado. Neste grupo cabe subliña-la Comunidade Autónoma de Cataluña que conta cunha lei institucional e de carácter organizativo de 1991, que se completou cun regulamento constitutivo do consello asesor do Instituto Catalán do Voluntariado, e unha Lei de protección civil de 1997 que afecta parcialmente o voluntariado. De xeito parello merece citarse a Lei aragonesa de 1992 que detalla polo miúdo na súa exposición de motivos a base normativa desta e que foi obxecto dunha análise moi pormenorizada por parte da profesora Casares Villanueva⁹.

⁹ María Lúisa CASARES VILLANUEVA: «Voluntariado y Derecho. Análisis de la Ley aragonesa 9/1992, de 7 de octubre, del voluntariado social». *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 5 (1994) páxs. 209 a 289.

Fronte a leis coma a balear de 1998 que predín o esquema galego atópanse leis coma a canaria do mesmo ano, nos que prima o enfoque «personalista» do voluntariado e outras que contan cun desenvolvemento regulamentario moi importante (a Lei de Castela-A Mancha de 1995)¹⁰.

Un segundo bloque de comunidades autónomas tratan o tema en relación á lei de servizos sociais, opción lexislativa que ten a virtude de integra-lo voluntariado con outros fenómenos cos que se atopa fundamentalmente relacionado, pero que presenta un problema de técnica lexislativa ó ocultar no título da lei o contido heteroxéneo desta¹¹. Así os artigos 25, 26, 29 e 30 da lei andaluza recollen o recoñecemento e apoio á iniciativa social que foron posteriormente desenvolvidos por un regulamento do ano 1993. De xeito parello os artigos 13 a 15 da lei asturiana tratan da promoción de iniciativas sociais de interese para a Comunidade Autónoma, os artigos 91 e 92 da lei de Murcia definen o voluntariado e establecen a colaboración con este e, por último os artigos 18 e 20 da lei valenciana céntranse especialmente no fomento e nas axudas económicas ó voluntariado.

O terceiro grupo de comunidades autónomas teñen en común engloba-la lexislación sobre o voluntariado baixo a denominación «acción social». Así os artigos 11 a 21 da Lei 5/1992 de Cantabria optan por esta solución, e só podemos atopar disposicións sobre o voluntariado no regulamento que afecta exclusivamente os voluntarios de Protección Civil do 21 de abril de 1998. O outro grande exemplo de tratamento no eido da acción social é a Comunidade de Castela-León posto que na súa Lei do 28 de decembro de 1988 de acción social e servizos sociais dedícalle media ducia de artigos ó voluntariado, contando posteriormente cun decreto do 19 de xaneiro de 1995 que regula o voluntariado social.

4. A Lei galega: o seu contido e tramitación parlamentaria

O capítulo primeiro da lei galega contén disposicións xerais sobre o obxecto da lei, delimita o seu ámbito de aplicación e define o voluntariado, os seus fins e os principios básicos das actuacións das persoas voluntarias. Froito de varias emendas incorporouse no contido dos artigos

¹⁰ Neste grupo tamén poderían incluírse as leis 7/1998 da Rioxa, a 17/1998 do País Vasco a 2/1998 de Navarra a 1/1998 do voluntariado social de Estremadura e a 1/1998 do voluntariado social da Comunidade de Madrid.

¹¹ Antonio GUTIÉRREZ RESA expón variadas razóns polas que os voluntarios e a súa solidariedade non deben enmarca-la actividade no contexto dos servizos sociais comunitarios. Cfr. O seu manual: *Acción social no gubernamental. Análisis y reflexiones sobre las organizaciones voluntarias*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. Páxina 336.

1 e 3.º o cualificativo de «democráticas» referido ás entidades públicas ou privadas que poidan vehicula-las actuacións organizadas do voluntariado. Igualmente dentro dos fins do voluntariado a comisión que traballou sobre esta lei acordou incorpora-la eliminación de calquera tipo de violencia dentro da sociedade, aspecto que é primordial dentro da maior parte dos que autores como Jaime Pastor¹² denominan «novos movementos sociais», e dentro dos que, sen dúbida, temos que incluí-las organizacións voluntarias. Por último é subliñable neste capítulo introductorio a achega parlamentaria que afecta os principios básicos do artigo 6.º posto que certas emendas suprimiron a previsión de creación de espazos e programas de actuacións coordinadas que se contiñan no texto do proxecto governamental.

O capítulo segundo establece as entidades de acción voluntaria e as súas relacións coas persoas voluntarias. Nesta materia suprimiuse no trámite parlamentario a referencia a unha prelación das persoas voluntarias no desenvolvemento dos programas previsto no artigo 4 e, ademais incluíuse nas obrigas das entidades coas persoas a de efectua-lo seguimento e a avaliación das actividades programadas, garantindo a consecución dos obxectivos previstos. Esta emenda tende a reforza-los mecanismos de control no funcionamento daquelas asociacións que reciban axudas públicas para o desenvolvemento das actividades do voluntariado.

O capítulo terceiro ó regula-las persoas voluntarias trata de perfilar un estatuto do voluntario, de xeito amplo que permita a participación de tódolos cidadáns, e profile os dereitos e deberes das persoas voluntarias. Neste último aspecto a comisión parlamentaria acordou *in extremis* a incorporación ó articulado da posibilidade que ten a persoa voluntaria de ter recoñecemento do seu labor social mediante a súa valoración no seu currículo. Ademais e de acordo ós criterios doutriniais máis reputados incorpórase a garantía para os voluntarios de non lles seren asignadas a execución de tarefas alleas á natureza da entidade¹³.

O capítulo cuarto da lei aborda a promoción e o fomento do voluntariado e establece as competencias da Xunta de Galicia e das corporacións locais na aplicación da lei, para facer efectiva unha política de fomento da actividade voluntaria e de participación dos cidadáns e cidadás. No trámite parlamentario de comisión impúxoselle á Xunta a obriga de crear un fondo documental e unha base de datos sobre volun-

¹² Así Jaime PASTOR: «Movimientos sociales y nuevas demandas políticas: el movimiento por la paz». *Revista de Derecho político*, nº 34, páxs. 225-235.

¹³ Nesta liña maniféstase Agustín DOMINGO MORATALLA no seu traballo: «Estado social y ética del voluntariado». *Revista Sistema*, núm. 144 de 1998. En concreto, este autor móstrase preocupado respecto da posible competencia que co emprego asalariado poidan supoñe-las actividades dos voluntarios. Vid. páxs. 75 a 77.

tariado que integrará o contido dos diferentes programas de acción voluntaria. Especialmente complexa foi a aceptación dunha emenda transaccional que posibilita que as entidades de acción voluntaria computen, do xeito que se precise regulamentariamente, como parte da súa contribución ó financiamento dos programas dirixida á actividade das persoas voluntarias. A terceira modificación que sufriu este capítulo afecta a posibilidade de que os programas experimentais poidan promoverse a iniciativa propia da Administración ou en colaboración coas entidades de voluntariado.

O artigo 23 prevé un importante instrumento desta política pública ó establece-lo plan galego para a promoción e o fomento da acción voluntaria. Resulta criticable a tramitación prevista dese plan, posto que en ningún momento se establece a participación parlamentaria na súa elaboración ou seguimento, o que pode provocar unha ausencia dos principios de pluralismo e participación no seu contido.

O capítulo quinto da lei crea o Servicio Galego de Voluntariado como organismo especializado na materia e ó que se adscribe a comisión de arbitraje. Dende o punto de vista estrictamente técnico é discutible a súa creación no articulado da lei, posto que se ten a consideración de organismo autonómico debe dicirse expresamente e se non é así podería terse creado regulamentariamente.


O Consello Galego do Voluntariado considérase no capítulo sexto como un organismo consultivo e asesor, adscrito á consellería con competencias en materia de administración local. A comisión parlamentaria mellorou a redacción deste capítulo ó unifica-lo *nomen iuris* do órgano que noutros artigos aparecía como Consello do Voluntariado de Galicia.

O capítulo sétimo regula a comisión de arbitraje como instrumento de protección e defensa das partes que levan a cabo actuacións de voluntariado. Resulta criticable a técnica utilizada das «leis en branco», posto que o apartado segundo do artigo 27 establece de xeito xenérico que a organización, funcións e procedemento determinaranse regulamentariamente «de conformidade co disposto nesta lei».

Singularmente reticente mostrouse o Parlamento a incorporar varias suxestións do Consello Económico e Social que non foron previstas no proxecto de lei e que afectaban varios aspectos de carácter formal, sen dimensión normativa, da exposición de motivos¹⁴.

Por último cabe facer algunhas observacións respecto do capítulo oitavo que crea o rexistro das entidades de voluntariado e, especialmente en relación co tocante á parte final da lei. A comisión acordou unha

¹⁴ Dictame 1/2000 do Consello Económico e Social de Galicia sobre o anteproxecto de lei de voluntariado. Páxs. 3 a 9.

transacción pola que se lles amplía o mandato de desenvolvemento regulamentario a outros dous órganos e non só ó Servicio Galego de Voluntariado. Deste xeito no prazo de seis meses dende a entrada en vigor da lei o Consello da Xunta de Galicia, por proposta do titular da consellería con competencias en materia de administración local deberá aproba-los regulamentos tamén do rexistro de entidades de voluntariado e da comisión de arbitraje do voluntariado. 



XORNADAS DE ORDENACIÓN DO LITORAL

(Ferrol, 25 e 26 de abril de 2000)

Enrique Diego Fernández Pérez

Bolseiro da EGAP

As Xornadas sobre ordenación do litoral realizáronse no salón de actos do Centro de Innovación e Servizos de Galicia, en Ferrol, os días 25 e 26 de abril de 2000, e contaron cun público numeroso e participativo, así como cuns excelentes relatores.

A apertura das xornadas correspondeulle a Domingo Bello Janeiro, director da Escola Galega de Administración Pública, que destacou como obxectivos fundamentais das xornadas: promove-lo coñecemento do novo modelo de ordenación e xestión do litoral marítimo que está a pór en funcionamento a Comisión Europea, e que xa está a conseguir notables éxitos en Francia; así como analiza-la incidencia que ten en sectores estratéxicos como o turismo, as actividades portuarias e a protección ambiental dos recursos costeiros.

A primeira intervención da mañá realizouna Mahfoud Ghezali, profesor da Universidade do Litoral Côte d'Opale de Francia, sobre o modelo de ordenación do litoral francés na que se referiu á zona costeira como unha noción nova empregada polo dereito internacional e o dereito comunitario, que está calcada dun espazo, o litoral, aínda pendente de ser definido con precisión no plano científico.

Sen dúbida, falta unha vontade política claramente expresada para poder impoñer na concertación necesaria unha visión coherente da or-

denación, do desenvolvemento e da protección das costas marítimas. Agora ben, a ausencia dunha certa vontade política non pode impedi-la concepción e a aplicación, máis alá dos espazos litorais, dunha política marítima, concibida ela mesma como un desafío nacional e programada baixo o tríptico da ordenación do territorio, do desenvolvemento económico e da protección do medio natural.

Tal toma de conciencia pode ter múltiples implicacións, en primeiro lugar a definición dos obxectivos do territorio litoral a unha escala pertinente así como a elección dunha certa ferramenta de planificación supramunicipal. A continuación prevalece a política de ordenación, de desenvolvemento e de protección do litoral, non só en termos de xestión de conflitos de utilización, senón tamén de construción de consenso en termos de sinerxía e de lexitimidade na acción que se debe facer prevalecer.

Naturalmente, a xestión integrada das zonas costeiras (XIZC) converteuse nunha esixencia ineludible no enfoque do desenvolvemento sostible das zonas costeiras.

En efecto, todo o mundo está de acordo na necesidade dun novo estudo integrado da ordenación e da xestión das zonas costeiras: esta esixencia obsérvase en tódolos ámbitos na maioría dos textos de dereito internacional, comunitario e nacional.

Unha das esixencias da xestión integrada translócese en filigrana: saír da dimensión miniaturizada do municipio litoral e promover un novo territorio propio que responda ó imperativo de novas escalas axeitadas para a ordenación e a planificación. O informe da Comisión Europea subliña dabondo esta primeira dimensión da integración: aquela das institucións chamadas a integrar as competencias, aquela das normas aplicables, económica, ecolóxica, xurídica, situadas en cada unha das partes que solicitan a integración nos niveis internacionais, comunitario, nacional, rexional, departamental, municipal.

Se hai un concepto particularmente ponderado no dereito do medio natural, é aquel da xestión integrada aplicada a varias esferas ou espazos do medio natural: augas, espazos e recursos naturais.

En primeiro lugar, a xestión integrada formou parte da linguaxe das institucións internacionais e comunitarias, con notable fortuna no dereito internacional, comunitario e nacional. Isto obsérvase nos textos fundamentais da Conferencia de Río, en *Agenda 21*, nos programas de acción comunitaria, na Carta europea de Torremolinos do 20 de maio de 1983, nas resolucións e recomendacións do Consello de Europa e da OCDE, e sempre constituíu, segundo a afortunada expresión do autor da «lei modelo» das zonas costeiras do Consello de Europa, o decano Michel Prieur, un enigma sobre o plano xurídico. A xestión integrada debe, en efecto, abstraerse dos problemas de competencias e de regras relativas á xerarquía das normas. Trátase de aplicarlle a análise sistemática a un es-

pacio dado, empregando o precepto: «actuar localmente e pensar globalmente». Trátase entón de privilexiar unha análise global que faga unha ecuación de múltiples factores e que integre o medio natural, debendo se-lo conxunto tratado, avaliado na perspectiva dunha realidade plural, rica e diversa. Así pois, defínense dous niveis de integración que inscriben a xestión integrada na perspectiva do desenvolvemento durable.

■ Primeiro nivel. A integración global e xeral que se traduce na necesidade de integra-lo medio natural en tódalas políticas públicas (principio 4 da Declaración de Río) «para alcanzar un desenvolvemento durable, a protección do medio natural debe formar parte integrante do proceso de desenvolvemento».

A esixencia da integración foi xuridicamente introducida na acta única (artigo 130 R2 do título XVI) dedicado ó medio natural, e firmemente formulada: «As esixencias en materia de protección do medio natural deben ser integradas na definición e na aplicación das demais políticas da comunidade». Subliñemos que a obriga xurídica introducida está firmemente expresada polos termos directivos de «esixencias» e «deben». No plano formal, o litoral non está mencionado a través da integración do medio natural na concepción e na aplicación da política do litoral, senón que as políticas comúns implican loxicamente unha integración nos campos da pesca, transportes, mercado interior, cohesión económica e social

■ O segundo nivel está representado pola xestión dun espacio dado, que supón un contacto estreito no terreo das zonas costeiras.

O artigo 57 da Lei de descentralización do 7 de xaneiro de 1983 relativo ó plan de aproveitamento do mar (SMVM) que fala de «zonas costeiras» conténtase con mencionalas, e esixe no decreto de aplicación que o plan constitúa unha unidade xeográfica ou marítima», que presente uns intereses ligados, concorrentes ou complementarios con relación á protección, á explotación ou á ordenación do litoral».

A Lei do litoral do 3 de xaneiro de 1986 refírese ó «litoral» que constitúe unha «entidade xeográfica que require unha política específica de ordenación, de protección e de valoración» e menciona unha «zona litoral» no seo da cal fomenta «o mantemento ou o desenvolvemento das actividades agrícolas, silvícolas, da industria, do artesanado e do turismo».

Admítese que o estatuto da zona costeira integra dous espazos inseparables: «terrestre e mariño». «Por unha parte o territorio terrestre esténdese a partir da costa sobre unha profundidade de polo menos unha decena de quilómetros, que lle corresponde ó territorio que vive en simbiose directa coa costa; por outra parte o espacio marítimo achegado á costa e directamente ligado polos fenómenos de interaccións con aquela, constituído por unha franxa cunha anchura que pode variar dende algunhas

millas mariñas ata varias decenas de miles, en función da estrutura da chaira continental e do movemento das mareas» (Comisión das Comunidades Europeas, 2º Programa de acción comunitaria de 1980).

Aínda é necesario ter en conta certos criterios, en particular o nivel de control efectivo das polucións mariñas, a superficie dos medios naturais vivos, terrestres e mariños, a integración das concas que desembocan nas ribeiras litorais, a coherencia da política de ordenación do litoral sobre os plans administrativo, político, sociolóxico, financeiro, a identificación do potencial dos recursos susceptibles de seren xestionados.

Para globalizar e integra-lo enfoque e a acción, a Côte d'Opale puxo en marcha unha serie de instrumentos complementarios:

Un organismo público intermunicipal, o Sindicato Mixto con Obxectivo Múltiple, SMCO.

Un proxecto coordinado de desenvolvemento global, a Carta de desenvolvemento da Côte d'Opale, discutida por un foro da rexión Nord-Pas de Calais en 1994 e que prevé unha serie de proxectos-tipo de ordenación.

Un marco de concertación-participación para lexitima-los proxectos de desenvolvemento nos planos á vez científico e político.

Unha estratexia de desenvolvemento, o polo litoral constituído a partir da plataforma B (Boulogne), C (Calais), D (Dunkerque) e da Audoumarois e da apertura sistemática a Europa gracias ó punto fixo transmancha, ó TGV, á autoestrada, á eurorrexión, reforzado polo Arco Mancha e a cooperación transfronteiriza e interrexional.

O SMCO constitúe a estrutura estratéxica da zona costeira en tanto que instrumento de planificación, de concertación integrada en tódolos estadios de avance de proxectos co xogo da colexialidade dos órganos, de recomposición do territorio. Gracias ó desenvolvemento da intermunicipalidade institucional e convencional (contratos de plan), a zona Côte d'Opale dilatouse en máis dunha 5ª parte da rexión Nord-Pas de Calais cubrindo o conxunto do litoral.

Máis alá do imperativo de coordinación institucional, continúa formulada unha cuestión fundamental, a da existencia de institucións suficientemente cribles e lexítimas para testifica-lo coñecemento profundo dos desafíos da rexión, da pertinencia das prioridades establecidas en tódolos plans económicos, ecolóxicos, sociais e en definitiva das capacidades de arbitraxes na zona costeira.

A Conferencia rexional para a ordenación e o desenvolvemento do territorio, creada en cada rexión, pon en práctica o plan rexional dos consellos rexionais, de desenvolvemento económico e social, elaborado polo Consello rexional tralo dictame dos consellos rexionais.

A conferencia está copresidida polo representante do Estado na rexión e o presidente do Consello rexional. Convén sinalar ademais a creación das directivas territoriais de ordenación (DTA) pola Lei Pasqua de

1995 que modifica o artigo L.111.1.1 do Código de urbanismo) e elaboradas baixo a responsabilidade e por iniciativa do Estado coa asociación da rexión, dos departamentos, dos concellos cabeza de partido, dos agrupamentos de municipios competentes en materia de ordenación do espacio, dos municipios con máis de 20 000 habitantes. Elas fixan en certas partes do territorio as orientacións fundamentais do Estado en materia de ordenación e de equilibrio entre as perspectivas de desenvolvemento, de protección e de explotación dos territorios. Elas fixan os principais obxectivos do Estado en materia de localización das grandes infraestructuras de transportes, de grandes equipamentos, así como en materia de conservación dos espazos naturais, de paraxes e de paisaxes.

Tamén a rexión aparece deseñada para aseguralas arbitraxes necesarias no campo do medio natural e da xestión integrada das zonas costeiras e no marco da repartición de tarefas. Neste punto das institucións integradas, a Côte d'Opale válese dunha experiencia interesante.

A Côte d'Opale inclúe o seu proxecto no marco do desenvolvemento duradeiro, é dicir, na duración, e fai intervi-lo que se concibe como instrumento, a xestión integrada. O significado profundo do recurso ó AIZC, queda estreitamente ligado á concepción, á formulación e á aplicación do desenvolvemento duradeiro: o conxunto das actividades do litoral forma o patrimonio ecolóxico e cultural comunitario, digno de ser conservado.

Hai que destaca-la importancia, tanto no plan comunitario coma no nacional da integración normativa. No nivel nacional a integración normativa pon en evidencia a necesidade de incluír nun informe de conformidade o conxunto dos textos de dereito internacional comunitario e nacional: sen dúbida os textos comunitarios impoñenselles ós estados da UE que os aplican directamente ou os traspoñen.

O Goberno francés emprendeu unha obra de codificación do medio natural onde aflora unha lóxica así e onde as zonas costeiras son perfectamente visibles. Pero o proxecto de codificación quedou ata este momento nos caixóns da Asemblea Nacional.

No nivel comunitario europeo imponse o mesmo criterio de incluír unha reflexión global de integración de numerosas medidas sectoriais nas zonas costeiras: o desafío está na coherencia das políticas comúns neste campo sensible de espazos fráxiles.

Os principios que poden contribuír á xestión integrada das zonas costeiras poñen en evidencia as liñas directrices que se deben aplicar no litoral para promove-la ordenación e a xestión integrada das zonas costeiras. Son á vez de orde xeral e específica ás esixencias da urbanización e da protección do medio natural litoral.

Os principios de orde xeral tradúcense por unha serie de regras protectoras do medio natural, como os principios de orde xeral de desenvolvemento duradeiro, da prevención, a precaución, o acceso á información

-participación- dos procedementos xurisdiccionais, a cooperación internacional.

1. *O desenvolvemento duradeiro*

O principio do desenvolvemento duradeiro, o proxecto de desenvolvemento das zonas costeiras, ó servizo das cales está iniciada a xestión integrada das zonas costeiras. En efecto, as eleccións de ordenación e de desenvolvemento das zonas costeiras deben incluírse na duración, para poder satisfacer as necesidades das xeracións presentes. Deben tamén garantir o mantemento dos procesos ecolóxicos esenciais e a diversidade xenética, biolóxica e paisaxística destes espazos costeiros considerados como ricos e fráxiles.

2. *A precaución*

Un principio así significa que, incluso en ausencia de certeza científica, as autoridades competentes deben adoptar tódalas disposicións necesarias para prohibir ou regulamenta-las actividades susceptibles de ter consecuencias prexudiciais ou danos dificilmente reparables para as zonas costeiras, en particular no medio mariño.

3. *Contaminador-pagador*

Os contaminadores débennlle repara-los danos causados ó medio natural das zonas costeiras. Deben especialmente, chegado o caso, restaura-los medios naturais degradados, co fin de rexenera-los ecosistemas naturais.

As autoridades políticas, nesta perspectiva, deben pola súa parte, facerse cargo dos custos de protección das zonas costeiras, e poñer estes custos a cargo dos investidores e dos usuarios públicos e privados.

4. *Información-participación-acceso ós procedementos xurisdiccionais*

Segundo o Acordo de Aarhus de 1998 (Dinamarca) e o principio 10 da Declaración de Río sobre medio natural e desenvolvemento de xuño de 1992, o Estado debe promover o acceso á información sobre as zonas costeiras, organiza-la participación de todos nos diversos procesos de formación de decisións e establece-los procedementos xurisdiccionais adaptados para alcanzar eficazmente este principio.

5. *Cooperación internacional*

En conformidade coa Conferencia de Río de 1992 e a *Agenda 21* (capítulo XVII), dedicada ás zonas costeiras e ó programa de demostración comunitario (estratexia de xestión integrada das zonas costeiras), os estados deben esforzarse no desenvolvemento da súa cooperación internacional, rexional e interrexional para asegurar unha mellor vixilancia e unha mellor conservación das súas zonas costeiras fronteirizas, e subscri-

birse así ás recomendacións dos congresos, das conferencias dos poderes locais e rexionais do Consello de Europa, relativos ó desenvolvemento da cooperación das colectividade locais e rexionais, primeiras responsables das zonas costeiras.

A continuación Juan Ramón Calero Rodríguez, avogado do Estado, realizou unha introducción ó réxime xurídico do litoral. Comezou explicando que cando en 1988 o Goberno lles enviou ás Cortes o Proxecto de lei de costas, a memoria que o acompañaba pronunciábase cuns matices pesimistas que posteriormente foron recollidos na exposición de motivos da lei, e destacaban que o noso litoral sufrira un dobre proceso: de deterioración das súas características naturais e de privatización.

Nos 7880 quilómetros de costa española aséntase máis do 35% da poboación, que ascende enormemente durante as épocas turísticas do ano. A degradación que sufriu o noso litoral só pode solucionarse cun cambio de mentalidade, acompañado por un intenso labor cultural e educativo.

As determinacións normativas dos ordenamentos xurídicos baseáronse nun sistema de valores que a propia conciencia das sociedades occidentais definiron, e que, visto o contido dos diversos dereitos positivos, poden concretarse varias liñas ou orientacións, así se configura como valor dominante a necesidade de conservar o medio natural litoral; ou aspirase a que toda a costa sexa de uso público, suprimindo ou restrinxindo toda privatización, todo dereito ou todo uso que lle impida á colectividade o acceso e o gozo deste espazo público. Estas valoracións determinantes sobre as costas fóronse abrindo paso en cada un dos países occidentais, en gran parte gracias á decisiva influencia dos criterios adoptados pola comunidade internacional.

Na orixe e evolución, en cada unha das nacións, desta conciencia social sobre as costas, o dereito dos estados foi fortemente influído polo dos demais. En poucas materias se pode falar dunha influencia tan intensa dos criterios da comunidade internacional sobre os dos estados, e dos destes entre si. Entre os textos internacionais destacan pola súa especial significación: a Convención das Nacións Unidas sobre o dereito do mar, do 10 de decembro de 1982, e no ámbito comunitario a chamada «Carta europea do litoral» que foi aprobada en Xania (Creta), o 8 de outubro de 1981, pola Conferencia plenaria de rexións periféricas marítimas da Comunidade Económica Europea.

Os principios e obxectivos da Carta europea do litoral influíu decisivamente no noso dereito positivo. Así na exposición de motivos da Lei 22/1988, do 28 de xullo, de costas (parágrafo II, apartado 6º), recoñécese expresamente que nela «se recollen os criterios contidos... na Carta do litoral de 1981, da Comunidade Económica Europea e noutros plans e programas desta».

No dereito español, a regulación das costas experimentou unha complexa evolución, dende as partidas ó Código civil; dende a Lei de augas de 1866 á Lei de costas de 1969, pasando polas diversas leis de portos. Esta evolución mostra unha paulatina concreción dos criterios de valoración normativa do litoral. O artigo 132 da Constitución contén algúns principios básicos das propiedades públicas, referíndose ós bens do Patrimonio do Estado, ó Patrimonio Nacional, ós bens comunais e ós de dominio público.

Pois ben, o artigo 132 sinala que son bens de dominio público estatal a zona marítimo terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona económica e a plataforma continental. Trátase dunha simple enumeración, na que non se contén ningunha descrición das circunstancias físicas que deben concorrer neses bens para que poidan ser considerados como tales, pese a isto non deixa de sorprende-la súa inclusión no texto constitucional, pois carece de todo precedente na nosa historia política. Durante o debate parlamentario da elaboración da Constitución houbo intentos de incluí-las ribeiras dos ríos e dos lagos, e as augas continentais, en xeral, e as subterráneas en particular. As razóns da inclusión na Constitución da referencia ó *dominio público* marítimo-terrestre, segundo o relator foron varias:

A conciencia dos constituíntes da necesidade de protexe-la costa española da degradación física e das usurpacións xurídicas

A preocupación de soberanía e de competitividade con outros estados no aproveitamento de recursos da zona marítima e do mar territorial

Había, así mesmo, unha sincera preocupación ecolóxica.

As consecuencias políticas desta referencia constitucional son moi importantes: a primeira delas é a necesidade de diferenciar entre bens demaniais que o son por determinación constitucional e outros bens do *dominio público* marítimo-terrestre que o serán por determinación de lei ordinaria. Así os bens demaniais que o son por determinación constitucional han de ser sempre de titularidade estatal, e han de ser sempre e en todo caso *dominio público*. Se ben isto último ha de entenderse con matices, pois non é absolutamente certo para o ben concreto, xa que o lexislador ten liberdade para describi-las circunstancias físicas ou naturais, sexa en termos amplos, ou en termos estrictos; e ademais o lexislador ten liberdade para describir estes bens sen estar vinculado polas descrições contidas na lexislación vixente no momento de redactarse a Constitución.

Da Lei 22/1988 destacou-se que é o resultado dun longo esforzo doutrinal e a resposta positiva ó que eran puros desexos ou afirmacións teóricas. A necesidade de que se afirmara pola lei o carácter público de tódalas costas españolas puxérase de manifesto na década dos 60. A Lei de costas de 1969 partía do respecto dos dereitos adquiridos polos particu-

lares sobre o litoral. Tentouse entón insistir na idea de que, calquera que fora a titularidade dos espazos costeiros, todo o litoral estaba suxeito a unha servidume de uso público, se ben esta postura non foi aceptada unanimemente. En todo caso, é notoria a insuficiencia da Lei de 1969 para resolver os problemas das costas españolas e para atender ademais as esixencias dunha conciencia social cada vez máis respectuosa coas características naturais do medio natural.

A lei viña cumprir unha dobre esixencia da Constitución, era pois preciso abordar unha determinación e regulación legal do dominio público marítimo-terrestre; por outro lado o artigo 45 recoñecía a todos o dereito a gozar dun medio natural axeitado. A lei xorde nun momento no que na comunidade internacional se deron grandes pasos no proceso de concienciación sobre a necesidade de protexer-lo medio natural litoral. O propósito da lei reflíctese no artigo 1: «A presente lei ten por obxecto a determinación, protección, utilización e policía do dominio público marítimo-terrestre, e especialmente da ribeira do mar». E no artigo 20 concrétese aínda máis: «A protección do dominio público marítimo-terrestre comprende a defensa da súa integridade e dos fins de uso xeral a que está destinado, a preservación das súas características e elementos naturais e a prevención das prexudiciais consecuencias de obras e instalacións, nos termos da presente lei».

No que respecta á titularidade, a lei non admite outra no litoral que non sexa a pública, se ben as situacións amparadas na normativa anterior obrigaron a articular un complexo sistema de dereito transitorio, no que non se respectan as titularidades privadas, pero se «indemniza» desta expropiación legal mediante a cesión temporal do uso. No que respecta ó uso público, está subxacente ó longo da lei a necesidade de que a costa, en ningún dos seus tramos, sexa subtraída ó uso público, de tal modo que ha de considerarse excepcional toda limitación ou exclusión deste.

O principio conservacionista tamén está latente ó longo da lei. Considérase unha necesidade social a conservación das características naturais do medio natural litoral. Este principio apréciase na regulación das servidumes, limitacións e delimitacións dos dereitos privados sobre inmobles próximos ó *dominio público* marítimo-terrestre; na regulación dos usos do dominio público; e, sobre todo, na configuración dunha potestade sancionadora á que se une a potestade de esixir-lo resarcimento dos danos causados, e repoñerlle as cousas ó estado en que se atopaban antes da infracción.

O relator concluíu valorando de forma positiva, no seu conxunto, a Lei de costas, sen esquecer-las dificultades da súa aplicación.

A última exposición da mañá correu a cargo de Juan M. Barragán Muñoz, profesor de análise xeográfica rexional da Universidade de Cádiz, que comentou o programa de demostración para a xestión integrada das

zonas costeiras da Comisión Europea. Comezou o profesor destacando que os países que compoñen actualmente a Unión Europea parten dunha situación concreta nesta materia de ordenación do litoral: cada un posúe a súa propia organización lexislativa, xurídica, administrativa..., sen embargo empezan a desenvolver iniciativas supranacionais que teñen como obxectivo común a implantación dun programa para a xestión integrada das zonas costeiras (que será exposto en páxinas sucesivas). O subsistema socioeconómico pode describirse a grandes trazos a partir das características dos usos e actividades económicas presentes no espacio litoral europeo: elevada densidade de ocupación; potencia do seu sistema urbano e industrial e acusados contrastes rexionais nos niveis de desenvolvemento. A presión que exerce o dinamismo de certas actividades económicas vinculadas ás áreas litorais fan máis complexo o panorama socioeconómico europeo. Así, o turismo, a acuicultura ou a agricultura forzada constitúen, sobre todo nas rexións mediterráneas de menor desenvolvemento, vectores de crecemento que teñen un control que non é tarefa fácil.

Respecto ó marco lexislativo e institucional, cabe afirmar que non existe na actualidade unha estrutura normativa e administrativa común responsable da xestión das zonas costeiras (XZC) na escala supranacional europea. En consecuencia, tampouco existe un aparato técnico especializado permanente. Iso non implica a inexistencia de notables esforzos ó respecto como veremos en páxinas sucesivas. O marco formal de referencia normativo e institucional na Unión Europea é de carácter sectorial e non está deseñado de maneira específica para a xestión costeira.

As súas principais manifestacións constitúenas as denominadas directivas. Estas figuras xurídicas, de obrigado cumprimento en tódolos países da Unión Europea, son un dos piares básicos, xunto ós regulamentos, da estrutura lexislativa da nova Europa, están orientadas, por exemplo, á regulación da *calidade das augas de baño* (76/160/CEE), ó *tratamento das augas residuais urbanas* (91/271/CEE), á *conservación dos hábitats naturais e da fauna e flora silvestres* (92/43/CEE), á *calidade esixida ás augas para a cría de moluscos* (79/923/CEE), á *conservación das aves silvestres* (79/409/CEE), etc.

Un gran feito da década anterior identifícase coa *VI Conferencia europea de ministros responsables da ordenación do territorio (CEMAT) do Consello de Europa*, realizada en Torremolinos o 19 e 20 de maio de 1983. Tamén nesta ocasión, entre os principios xerais e obxectivos acordados, fíxose especial énfase en aspectos moi importantes da xestión integrada das zonas costeiras.

Algúns anos máis tarde, e froito dese proceso de maduración, é posible recoñece-la existencia dun instrumento de planificación que ten como obxectivo primordial a xestión integrada das zonas costeiras euro-

peas. A comisión desenvolve nestes momentos o denominado *Programa de demostración sobre xestión integrada de zonas costeiras*. O dito programa, do que os documentos iniciais se empezaron a redactar a partir de 1995, tiña prevista a súa finalización arredor do 1999.

Os obxectivos do programa de demostración son, basicamente, tres: a) senta-las bases técnicas e identifica-las condicións dun desenvolvemento sostible máis rápido nas áreas litorais, b) estimula-lo debate entre as partes involucradas no desenvolvemento de tales áreas e c) facilitarlle á Comisión Europea propostas para un plan de acción, tendo en conta os contrastes tan acusados dos contextos xeográficos, culturais, institucionais, xurídicos, económicos, etc. dos países da Unión Europea.

Os principios sobre os que se asenta son, fundamentalmente, dous: desenvolvemento sostible e subsidiariedade. Cada un deles merece amplos comentarios para os cales non hai lugar nun traballo destas características. Non obstante, sobre o primeiro cabe centrarse non só nas fórmulas elixidas para a súa aplicación; tamén o longo espazo de tempo que necesita para a dita aplicación resulta máis que paradoxal en relación coas características e a urxencia dos problemas ambientais das áreas litorais.

As características que deberían ser inherentes ó programa de demostración deben superar algunhas das deficiencias detectadas para iniciativas europeas anteriores. Estas, que durante a década dos anos oitenta cumpriron un papel de conciencia-las administracións públicas nacionais e rexionais implicadas, non puideron alcanza-los niveis de integración que a xestión costeira require. En consecuencia, a aprobación dalgunhas leis estatais na segunda metade do decenio (1986 en Francia, 1988 en España...) constitúe un dos seus logros máis destacados.

Agora o programa de demostración, como se explica no mesmo texto institucional, debe estar máis ancorado na complexa realidade política e administrativa da Unión Europea; descansar sobre bases máis sólidas dende o punto de vista técnico e científico e fomentar amplamente a discusión entre tódalas partes implicadas. Para conseguilo anteriormente descrito utilízanse os seguintes métodos e instrumentos: a) os proxectos de demostración, b) as análises temáticas e c) unha ampla discusión e interacción.

Os proxectos de demostración constitúen o núcleo central dos traballos e, por dicilo así, a materia prima da que se vai nutri-lo programa: obtéñense deles información, conclusións, experiencias, etc. Está composto por 32 áreas costeiras de Europa seleccionadas dos programas LIFE (instrumento financeiro para a implantación da política ambiental europea) o TERRA (apoio ás entidades rexionais e locais para o desenvolvemento da política europea de ordenación do territorio). Ademais, incorpóranse dúas áreas financiadas a través do programa PHARE, con financiamento

adicional do Banco Mundial para Latvija (Letonia) e Lietuva (Lituania), e un proxecto financiado polo Goberno noruegués.

O segundo instrumento enunciado céntrase nos estudos sectoriais básicos que facilitan unha mellor comprensión dos problemas e posibilidades alternativas de xestión. As seis análises temáticas seleccionadas pola Comisión refírense a distintos aspectos da xestión integrada: a) soporte legal e normativo, b) participación no proceso de xestión, c) función e uso das técnicas de xestión integrada, d) planificación e xestión dos procesos de cooperación sectorial e territorial, e) influencia das políticas da Unión Europea, f) natureza da información requirida.

O terceiro e último paso consiste en levar a cabo un intenso e profundo debate dos resultados obtidos.

Un aspecto digno de mención do citado programa supón o feito de que é unha iniciativa na que participan varias direccións xerais da Comisión Europea (a XI de Medio Ambiente, a XIV de Pesca, a XVI de Política Rexional e Cohesión) e conta co apoio da XII (Investigación), o Centro Común de Investigación (CCI) e a Axencia Europea de Medio Ambiente (AEMA).

No último informe-comunicación da Comisión ó Consello e ó Parlamento europeo (12-01-1998) sinálanse algunhas observacións preliminares, entre elas destacan:

- A diversidade de experiencias e situacións ilustradas nos proxectos piloto brindaron algunhas indicacións preliminares sobre a complexidade das condicións necesarias para o éxito da ordenación integrada das zonas costeiras.
- Existencia de diversas estratexias de ordenación integrada das zonas costeiras.
- Diversidade moi ampla de temas tratados: físico-naturais, socioeconómicos, xurídico-administrativos.
- Importancia dos motivos e motivacións (o medio natural non é o único estímulo) para emprender unha ordenación integrada das zonas costeiras.
- Dificultade especial para encontrar un medio para atrae-lo sector privado.
- Necesidade dunha linguaxe común sobre ordenación integrada das zonas costeiras.
- O aspecto máis importante reside nos mecanismos de interacción entre niveis administrativos e sectoriais.

Necesidade imperiosa de formación e desenvolvemento dos recursos humanos en relación co éxito da ordenación integrada das zonas costeiras. Establecemento de sistemas de seguimento e bases de información.

Outros elementos ós que fai alusión o citado informe, como condición para o éxito da xestión integrada das zonas costeiras, son entre outros:

- A posibilidade de establecer unha lexislación ou existencia dun fundamento xurídico.
- Un servizo de control e regulamentación das actividades e uso do solo.
- Sistema de previsións sobre a ordenación.
- Sistema de rexistro da propiedade.
- Mecanismos para facilita-la participación da poboación.
- Mecanismos de indemnización e adquisición controlada –aínda que obrigatoria– de terreos pola Administración.

O primeiro relator da tarde foi Ángel Menéndez Rexach, catedrático de dereito administrativo da Universidad Autónoma de Madrid que explicou a repartición de competencias en materia de ordenación do litoral. Comezou destacando que a Constitución de 1978 é a primeira da nosa historia que fai referencia á institución xurídica do dominio público (art. 132.2), cun dobre propósito: a) reservarlle á lei a determinación dos de titularidade estatal; b) atribuírlle directamente esa cualificación á zona marítimo-terrestre, praias, mar territorial e recursos naturais da zona económica e a plataforma continental. As dúbidas que puideron suscitarse nun primeiro momento sobre o alcance deste precepto constitucional foron aclaradas polo Tribunal Constitucional, na Sentencia 227/88, do 29 de novembro (sobre a Lei de augas), na que se declara que (FJ 14): a) a reserva de lei o é «precisamente á lei estatal»; b) a dita reserva non se refire a bens específicos ou singularmente identificados, senón a tipos ou categorías xenéricas de bens definidos segundo as súas características naturais homoxéneas; c) a incorporación ó dominio público «supón non tanto unha forma específica de apropiación por parte dos poderes públicos, senón unha técnica dirixida primordialmente a excluí-lo ben afectado do tráfico xurídico privado»; d) esta exclusión xenérica de bens do tráfico xurídico privado afecta a igualdade básica entre os españois, polo que só o lexislador estatal ten ese poder de disposición.

A titularidade estatal sobre o dominio público marítimo-terrestre non é unha mera forma baleira de contido ou susceptible de acoller calquera determinación establecida polo lexislador, senón que lle comporta mandatos positivos a este, polo menos na triple dirección que indica o propio tribunal: defensa da integridade, garantía do uso público e preservación dos valores paisaxísticos. Non pode estrañar, polo tanto, que, aínda que o art. 132.2 da Constitución non sexa, en si mesmo, unha norma de distribución de competencias (como xa declarara a STC 227/88 e reitera a 149/91), da titularidade demanial sobre estes bens derivan im-

portantes competencias para o Estado. Ata unha trintena de veces o Alto Tribunal recorre a este fundamento (a titularidade demanial) para xustificarlle a atribución ó Estado das competencias controvertidas.

A titularidade demanial do Estado (e as competencias que dela derivan) atópase limitada pola orde constitucional de competencias e, moi en especial, polas que lles corresponden ás comunidades autónomas en materia de ordenación do territorio e urbanismo. A este respecto, o Alto Tribunal formulou importantes precisións, que son punto de partida obrigado para centra-lo difícil problema da delimitación competencial entre ámbalas dúas esferas territoriais: a) aínda que a Lei de costas non defina o termo «litoral», é evidente que forma parte do territorio, polo que tódalas comunidades autónomas competentes en materia de ordenación do territorio sono tamén para ordena-lo litoral, sendo irrelevante que os estatutos diferenciaren ámbalas competencias (Sentencia 149/91, FJ 1.A.); b) o mar non forma parte do territorio e, polo tanto, non é susceptible de «ordenación» en virtude do citado título competencial (FJ 7.A.b. e h.), sen prexuízo doutros que poidan corresponderlles ás comunidades autónomas (por exemplo, pesca en augas interiores); c) as finalidades de protección do dominio público que ampara o art. 45 da Constitución non poden alcanzarse «sen limitar ou condicionar dalgún modo as utilizacións do *dominio público* e o uso que os seus propietarios poidan facer dos terreos lindeiros e, en consecuencia, tampouco sen incidir sobre a competencia que para a ordenación do territorio posúen as comunidades autónomas costeiras» (id. FJ 1.D); d) a lexitimación desta incidencia é distinta segundo a franxa costeira sobre a que se proxecte, porque, mentres na zona de dominio público ten apoio a titularidade estatal, nos terreos lindeiros (que xa non son de titularidade estatal), á parte dos títulos específicos que poidan invocarse en cada caso (defensa nacional, obras públicas, etc.), hai dous xenéricos, que son a garantía da igualdade substancial (art. 149.1.10) e a lexislación básica sobre medio natural (art. 149.1.230).

Da STC 149/91 despréndese con toda claridade que, aínda que a titularidade demanial non sexa, en si mesma, un criterio de delimitación competencial, o Estado é o único competente para determina-las categorías de bens que integran o dominio público natural e é, ademais, o titular dos ditos bens. A lei á que remite o artigo 132.2 da Constitución para a regulación deses bens é, pois, necesariamente, a lei estatal, como, por tres veces, tiña declarado xa a STC 227/88 (Lei de augas).

Con independencia doutros títulos competenciais de alcance xeral, que inciden tamén sobre o dominio público e que o Alto Tribunal invoca cando o considera necesario (lexislación básica sobre protección do medio natural, réxime xurídico das administracións públicas e, en xeral, os títulos concernentes a materias reservadas ó Estado polo art. 149.1 da

Constitución) hai un amplo repertorio de atribucións que o Tribunal vincula directamente á facultade estatal de regulación destes bens e á titularidade que o Estado ten sobre eles.

Respecto ás técnicas de coordinación das competencias estatais, autonómicas e municipais para a ordenación do litoral, destacou o profesor Menéndez Rexach que a Lei de costas, a diferenza da de augas, non crea uns instrumentos de planificación propios, senón que contén unha serie de criterios e medidas de protección do dominio público marítimo-terrestre, que haberán de ser respectados polos instrumentos de ordenación territorial e urbanística.

O mecanismo primario de coordinación é, pois, o da incorporación das disposicións legais ós mencionados instrumentos de ordenación de competencia das administracións autonómica e municipal. Para garantir a eficacia dese mecanismo establécese outro de coordinación procedemental, e na súa virtude prevese a participación da Administración estatal de costas na tramitación dos ditos instrumentos en dous momentos: a) antes da aprobación inicial (técnica de cooperación) e b) antes da aprobación definitiva mediante a emisión dun informe de carácter obstructivo porque o instrumento non pode ser aprobado se o informe non é favorable nos aspectos que sexan de competencia da propia Administración do Estado (técnica de coordinación propiamente dita).

O informe vinculante, como técnica de coordinación, utilízase tamén en procedementos conxuntos para o outorgamento de determinados títulos de ocupación do dominio público, como é o da «adscripción» a unha comunidade autónoma dunha porción daquel para a execución de proxectos de construción ou ampliación de portos ou vías de transporte da súa competencia. O informe favorable da Administración do Estado sobre o correspondente proxecto autonómico implica a citada adscripción (art. 49.2 da lei).

Outras veces, en cambio, a coordinación procedemental consiste na tramitación pola comunidade autónoma dun expediente, cunha resolución que lle corresponde á Administración do Estado (procedemento bifásico).

A ordenación do litoral establécese mediante:

a) Normas de aplicación directa contidas na lexislación estatal. Tales normas derivan da competencia estatal en materia de protección do medio natural ou da titularidade estatal sobre estes bens de dominio público.

b) Instrumentos de ordenación do territorio e urbanismo, segundo a súa respectiva xerarquía, que deben respectar e incorpora-la normativa estatal (e a adicional autonómica) nos termos expostos.

Pola súa parte, a xestión ou execución da normativa aplicable ó litoral axústase ó seguinte esquema:

Os títulos de ocupación do dominio público son outorgados pola Administración do Estado (cabem outras opcións, pero a adoptada pola Lei de costas é conforme coa Constitución), con suxeición ás determinacións dos instrumentos de ordenación do territorio e urbanismo.

As obras e actuacións do Estado tamén se rexen polo mesmo criterio: adecuación ós instrumentos de ordenación do territorio e urbanismo.

c) Os municipios, ademais das competencias de ordenación urbanística do litoral e do control dos actos de edificación e de uso do solo mediante o outorgamento da correspondente licencia, interveñen por vía de informe nos expedientes de deslinde e nos de outorgamento dos títulos de ocupación do dominio público (art. 115, apartados a e b LC), explotan os servicios de temporada en virtude da correspondente autorización e manteñen as praias nas debidas condicións de limpeza, hixiene e salubridade (art. 115, apartados c e d LC).

A distribución de competencias en materia de ordenación e xestión do litoral pode, a primeira vista, suscitar críticas pola súa complexidade e polo protagonismo da Administración do Estado, que a algúns lles pode parecer excesivo. É evidente que o modelo de organización deseñado pola Lei de costas de 1988 non é o único constitucionalmente admisible, pero tamén o é que existen condicionantes constitucionais importantes de cara á súa posible reforma, como tentamos poñer de relevo.

Antes de adoptar conclusións precipitadas, hai que preguntarse se ese modelo permite ou non satisface-las demandas de xestión integral da costa formuladas dende as instancias internacionais e europeas máis solventes. A este respecto, convén saír ó paso de «solucións» simplistas que intentarían resolver a cuestión mediante o fácil expediente de agrupar todas (ou a maior parte) das competencias nunha soa entidade territorial, calquera que sexa esta.

A complexidade da distribución competencial deriva nesta materia, como en calquera outra, da dita opción organizativa fundamental, que se basea no dereito de tódalas instancias territoriais a intervir na esfera dos seus intereses respectivos. Non fai falla un grande esforzo argumental para poñer de manifesto que a ordenación do litoral e a decisión sobre os usos que hai que implantar ou as medidas de protección que hai que adoptar neste ámbito concírnennles ós municipios, pero tamén ás comunidades autónomas e, dende logo, ó Estado, titular dunha parte substancial destes espazos (os declarados de dominio público marítimo-terrestre), que son un patrimonio colectivo de tódolos españois e non só dos veciños dun municipio ou da poboación da comunidade autónoma na que se atopan, aínda que estes poidan ter, obviamente, un contacto máis directo con eles.

Non parece, pois, que en España poida avanzarse moito pola vía da xestión integral mediante propostas de simplificación administrativa

consistentes na concentración das competencias nalgún dos tres niveis territoriais. Ese obxectivo pode alcanzarse máis ben mediante a correcta articulación do exercicio das competencias que respectivamente lle corresponden a cada unha desas esferas territoriais, para o que deberán utilizarse as técnicas previstas na normativa vixente (convenios, procedementos conxuntos, órganos comúns, etc.), que son máis que suficientes se se ten a vontade de utilizalas.

A xestión integral da costa non implica unha opción organizativa específica, senón que debe ser cada vez máis o resultado da cooperación e coordinación entre as institucións interesadas e obrigadas a intervir en exercicio das súas competencias respectivas. Poderase debater sobre o papel de cada unha delas, no marco das opcións constitucionalmente admisibles, pero non sobre a necesidade de que se poñan de acordo na definición dos obxectivos de protección e as condicións de utilización do litoral. Esta non é unha mera recomendación, senón unha esixencia constitucional.

Finalizou a tarde coa intervención de Joana M^a Socías Camacho, profesora de dereito administrativo da Universitat de les Illes Balears, que tratou sobre a ordenación do turismo no litoral, facendo unha especial referencia á situación das Illas Baleares. Comezou a profesora referíndose a que o turismo europeo elixe como destino prioritario o litoral, especialmente na beira mediterránea, onde as condicións climáticas son moi favorables. Para ter unha referencia da importancia do fenómeno turístico no litoral mediterráneo europeo, sinalaremos que o número de turistas que se dirixiron ás costas mediterráneas duplicouse entre 1970 e mediados dos oitenta, pasando de 58 a 117 millóns; e que o Plan azul do Programa das Nacións Unidas para o medio natural (Plan de acción para o Mediterráneo) prevé para o ano 2000 que esta zona recibirá un número de turistas entre 140 e 180 millóns, en función do crecemento económico.

Sen dúbida ningunha, un dos territorios turísticos por excelencia está constituído polas illas da Comunidade Europea: en total hai 400 illas das cales dúas teñen unha poboación superior ó millón de habitantes (Sicilia e Sardeña); e só Mallorca, Gran Canaria, Tenerife, Reunión e Creta superan os 500 000 habitantes. Nin que dicir ten que unha característica común de tódalas illas comunitarias é a importancia do turismo. Pero é necesario resaltar tamén que outra nota compartida é que o crecemento do turismo nestes espazos non foi planificado, e iso provocou repercusións negativas no medio natural, ademais doutros riscos como a falta de infraestructuras ou de equipamentos, a desaparición do patrimonio cultural ou a perda dos estilos arquitectónicos autóctonos, entre outras.

Dende a Comunidade Europea considérase que as perspectivas de futuro turístico para as illas deben basearse nunha serie de principios fundamentais, dos que podemos resalta-los seguintes: planificación das zo-

nas turísticas cunha visión estratéxica global na que se teña en conta a capacidade de acollida e a posible deterioración dos asentamentos turísticos; creación dunha oferta turística complementaria á de sol e praia; e adopción de medidas para promove-la diversidade das zonas costeiras e protexe-lo contorno natural.

As características do modelo turístico tradicional das Illas Baleares son, en liñas xerais, as mesmas do sector turístico español, especialmente o que se desenvolveu nas zonas litorais (oferta baseada en sol e praia a prezo económico e cun carácter relativo ás vacacións e demanda masiva procedente de clases medias-baixas europeas). Pero tal modelo, que se desenvolveu intensamente a partir da década dos sesenta, non só tivo consecuencias positivas (crecemento económico espectacular), senón tamén negativas debidas á falta de planificación e ordenación, que provocou un crecemento urbanístico desordenado con importantes impactos sobre o territorio, actuacións e presións sobre espazos de alto valor ecolóxico, deficientes infraestruturas e equipamentos e sobreexplotación dos recursos naturais, especialmente a auga potable.

Nas Illas Baleares, ante a masiva expansión deste tipo de aloxamentos, aparece a primeira norma turística balear e unha das primeiras leis do Parlamento da Comunidade Autónoma; o seu Estatuto de autonomía aprobárase en marzo de 1983: a Lei 2/1984, do 12 de abril, sobre aloxamentos extrahoteleiros, coa finalidade de legaliza-la enorme oferta clandestina de apartamentos. E ó mesmo tempo, para frea-la vaga turística iniciada en 1981, o Goberno balear aprobou a segunda norma turística, o Decreto 30/1984, do 10 de maio, de medidas de ordenación de establecementos hoteleiros e aloxamentos turísticos (chamado Decreto «Cladera I», en atención ó nome do entón *conseller* de Turismo), mediante o cal se estableceu un parámetro que pretendía limita-lo número de prazas turísticas, ó implantar unha superficie mínima por cada praza de aloxamento (30 m²/praza).

Tres anos despois, sen embargo, as autoridades responsables do sector déronse conta de que este parámetro quedara insuficiente e aumentaron a superficie mínima a 60 m²/praza; isto realizouse mediante o Decreto 103/1987, do 22 de outubro, de medidas transitorias de ordenación de establecementos hoteleiros e aloxamentos turísticos (tamén coñecido como Decreto «Cladera II»), que se converteu na importante Lei 7/1988, do 1 de xuño, de medidas transitorias de ordenación de establecementos hoteleiros e aloxamentos turísticos. Convén indicarmos tamén que en 1987 apróbase a Lei 8/87, do 1 de abril, de ordenación territorial das Illas Baleares, mediante a que se establecen catro instrumentos de ordenación do territorio: as directrices, os plans territoriais parciais, os plans directores sectoriais e os plans de ordenación do medio natural. En síntese, o que debe resaltarse agora é que, neste segundo período expansivo (1981-88),

o Parlamento e a Administración empezaron a ordenar dende instancias supralocais e de forma expresa, aínda que tardía, unha situación turística depredadora do territorio que comezara a desenvolverse en 1960.

Sen embargo, a pesar das medidas lexislativas e regulamentarias, no período comprendido entre 1989 e 1993 o crecemento da actividade turística incide de forma moi negativa no territorio insular; e ademais o fantasma da crise volve aparecer en forma dunha excesiva e inadecuada oferta. No período comprendido entre 1989 e 1990 a oferta total de aloxamento das Illas Baleares segue a aumentar, e pasa de 476 252 prazas (das que 345 902 son prazas turísticas e 130 350 son prazas de uso turístico) a 488 590 prazas (384 835 prazas turísticas e 103 755 prazas de uso turístico). Sen embargo, no tramo que vai dende 1990 ata 1993 a oferta total de aloxamento diminúe ata chegar ás 468 859 (377 676 prazas turísticas e 91 183 prazas de uso turístico).

En efecto, en 1989 o Parlamento da Comunidade Autónoma considera que non se pode seguir aumentando de forma cuantitativa a oferta turística e que é necesario apostar por unha opción turística máis cualitativa, alternativa e respectuosa co medio natural; neste sentido, en sesión parlamentaria do 23 de febreiro dese ano apróbanse os criterios xerais para a redacción do Plan de ordenación da oferta turística das Illas Baleares, que configuran o dito plan cun carácter netamente urbanístico e de ordenación territorial.

Os datos estatísticos son indicadores da crise que se anunciaba: entre 1989 e 1992 non se superan os 6 710 229 de turistas, e é en 1990 cando se chega á cota máis baixa de visitantes (6 349 254). Debe notarse que é precisamente este ano cando a oferta de aloxamento nas Illas Baleares chegara á súa cifra máxima, como se notou máis atrás (488 590 prazas). Ante esta situación de desequilibrio entre a oferta e a demanda, o Parlamento balear aproba a terceira lei turística importante: a que crea o Plan de modernización de aloxamentos turísticos (Lei 3/1990, do 30 de maio), coa finalidade de adoptar medidas verbo da renovación e reconversión da planta hoteleira e de apartamentos obsoleta. En efecto, o exceso de oferta de aloxamentos sobre a demanda existente naqueles momentos provoca unha baixada de prezos, polo que se estima que a eliminación de toda unha serie de prazas anticuadas e xa de sobra amortizadas (considerábase que unhas 50 000 en Baleares) pode contribuír ó saneamento daquela oferta. Podemos apreciar que a aplicación deste plan ten os seus efectos positivos, xa que a oferta de aloxamento diminúe unhas 20 000 prazas no período comprendido entre 1990 e 1993.

Paralelamente, o Parlamento aproba tamén a Lei 1/1991, de espazos naturais e de réxime urbanístico das áreas de especial protección das Illas Baleares, mediante a que se protexe máis do 40% do territorio das Illas Baleares. Nótase, pois, que a partir dos anos noventa existe unha tendencia

cara a un desenvolvemento turístico máis respectuoso e compatible cos espazos naturais, que empezan a utilizarse como o principal reclamo turístico.

Para o turismo balear, 1993 é un ano de recuperación: supérase lixeiramente o número de visitantes obtido en 1988 (7 130 966). Pero 1994 é un ano de expansión: a situación turística volve dar un xiro notable e aparece de novo unha terceira vaga; en concreto, o número de turistas incrementábase en máis dun millón (8 250 328), ata chegar á cifra máxima de 8 468 138 de turistas en 1995. En canto á oferta de aloxamento, debemos sinalar que no período comprendido entre 1993 e 1995 non se segue polo mesmo camiño que se iniciara na etapa anterior, e a oferta segue a aumentar ata alcanzar en 1995 as 481 733 prazas (384 890 prazas turísticas e 96 843 prazas de uso turístico).

Remarcou a profesora Socías que é neste ano cando se aproba a norma turística balear máis importante e innovadora: o Plan de ordenación da oferta turística (POOT) da illa de Mallorca (Decreto 54/1995, do 6 de abril), que desenvolve os criterios xerais aprobados polo Parlamento en 1989. Debe sinalarse que o POOT é un plan director sectorial de carácter insular dos previstos na Lei de ordenación territorial das Illas Baleares. A partir da súa aprobación, vese un desexo claro de ordenar as zonas turísticas de maneira máis equilibrada e cualitativa (límites ó crecemento da oferta, mellora da existente, creación de infraestructuras e equipamentos públicos e privados, maior protección da natureza), aínda que os efectos do POOT de Mallorca a penas son palpables na práctica. E menos aínda se perciben os resultados desta nova tendencia nas illas de Ibiza e Formentera, porque só hai pouco máis de dous anos que teñen aprobado o seu respectivo POOT (Decreto 42/1997, do 14 de marzo).

A situación de Menorca é distinta á das outras illas, xa que esta foi ata o presente o espazo insular con menor desenvolvemento turístico e cunha economía máis compensada. Nestes momentos, sen embargo, esta illa experimenta unha forte demanda que, se non se ordena e planifica con carácter previo, pode conducir a disfuncións importantes. Como é sabido, Menorca é considerada como reserva da biosfera, o que lle permite realiza-los instrumentos propios dun desenvolvemento sostible. Pero ata agora nesta illa non existe nin POOT nin ningún outro plan similar, polo que a falla de ordenación supramunicipal é patente. A fin de remediar este baleiro de planeamento territorial, dende a Comunidade Autónoma prevíuse a configuración dun plan territorial parcial da illa de Menorca (un tipo de plan previsto na Lei de ordenación territorial das Illas Baleares), a quen corresponderá a ordenación da oferta turística, entre outros mesteres.

Para finalizar con este apartado, hai que engadir que entre 1995 e 1998 a situación turística tamén foi favorable. A pesar de tódalas medidas restrictivas impostas pola lexislación balear, puidemos observar que

o crecemento da oferta de aloxamento seguiu aumentando durante estes últimos anos. Froito desta presión, o Goberno de Baleares aproba o Decreto 9/1998, do 23 de xaneiro, de medidas transitorias relativas o procedemento de expedición de autorizacións previa e de apertura de construcións, obras e instalacións de empresas e actividades turísticas; decreto que, 5 meses despois, se transforma na Lei 4/1998, do 19 de maio, de medidas transitorias relativas ó outorgamento de autorizacións previas de construcións, obras e instalacións de empresas e actividades turísticas. A finalidade principal desta lei (tamén coñecida como Lei de moratoria turística) é limitar dunha vez por todas o número de prazas turísticas de nova creación mentres a *Consellería* de Turismo está a elaborar os traballos previos da que será a «Lei xeral do turismo», lei que finalmente foi aprobada en marzo de 1999 –Lei 2/1999, do 24 de marzo, xeral turística das Illas Baleares– derogando expresamente tanto a Lei 4/1998 coma o Decreto 9/1998. Esta nova normativa –que asume as medidas previstas inicialmente polo Decreto 9/1998 e posteriormente pola Lei 4/1998– impón con carácter obrigatorio que para poder construír novas prazas turísticas é necesario eliminar prazas obsoletas, é dicir, que se previamente non se dan de baixa un certo número de prazas «vellas» non se van poder construír prazas novas.

Tódalas zonas turísticas costeiras teñen unhas posibilidades limitadas de crecemento, que varían en función dun concepto clave: a capacidade de acollida. En relación coa capacidade de acollida dun espazo litoral, a doutrina francesa dispuxo que para a súa determinación hase de localizar e dimensionalo solo urbano e urbanizable en función de varios criterios: a preservación dos espazos naturais, a protección das actividades costeiras tradicionais e o libre acceso do público á ribeira do mar. Por outro lado, a Organización Mundial do Turismo (OMT) indicou que a capacidade de acollida correspóndelle ó nivel de afluencia turística e de equipamento que pode asumir unha rexión para a maior satisfacción dos seus visitantes e sen repercusión importante sobre os seus recursos; e que a súa estimación comprende varios aspectos: a capacidade física (número de usuarios que poden ser acollidos), a capacidade ecolóxica, a capacidade de asimilación de recursos e a capacidade de xestión (capacidade da Administración para achar un xusto medio entre calidade do turismo e repercusión sobre os recursos).

Pero a cuestión máis importante por resolver é qué mecanismos poden aplicarse na práctica para evitar que se desborde a capacidade de acollida ou de carga dun espazo turístico. Como di Cladera Cladera (*Exconseller* de Turismo do *Govern* balear e pai dos decretos «Cladera I e II» así como da filosofía dos plans de ordenación da oferta turística (PO-OTs) de Mallorca e de Ibiza e Formentera), unha zona turística deixa de ter interese cando a capacidade de carga traspasa o límite da tolerancia.

Como é sabido, ata o de agora as lexislacións de solo do Estado non estableceron un réxime específico para a ordenación territorial e urbanística dos referidos espazos. Ó respecto, as únicas medidas estatais de protección do litoral que se aprobaron foron as que establece a vixente Lei de costas de 1988.

Os espazos insulares, polas súas propias limitacións de territorio e de recursos naturais, como a auga, a paisaxe ou as especies, unido á fragilidade dos seus ecosistemas, determinan un uso do solo restrictivo. Non en van a nova Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións, prevé a posibilidade de que a lexislación urbanística estableza criterios complementarios para clasificar os solos non urbanizables e urbanizables dos territorios insulares, por estaren estes plenamente condicionados pola «peculiaridade do feito insular, a súa limitada capacidade de desenvolvemento territorial e a necesidade de compatibilizar unha suficiente oferta de solo urbanizable coa protección e preservación dos elementos esenciais deste» (disposición adicional cuarta).

Con esta exposición a profesora Socías pretendeu deixar patente a necesidade de que se encha o baleiro xurídico que existe no campo do urbanismo turístico; baleiro que se constata ante a escaseza de normas legais e de instrumentos (como plans supramunicipais) que regulen os problemas que resultan da implantación turística nos espazos litorais. En fin, intentouse reflectir que tanto a franxa costeira coma os espazos insulares que sofren os impactos do turismo necesitan ser ordenados con moito rigor, porque se trata de territorios que se caracterizan pola súa fragilidade, a pesar da súa «suposta» capacidade de absorción.

O mércores, día 26 de abril de 2000, iniciou os relatorios Marta García Pérez, profesora titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña, expoñendo a ordenación e xestión das praias. Comezou a profesora García Pérez referíndose en primeiro lugar á Lei de costas de 1969 como o primeiro texto legal que pon de manifesto a insuficiencia das técnicas de control da utilización do dominio público mediante a autorización e a concesión e crea o Plan de ordenación xeral da praia.

Este plan pretendía ordenar determinadas praias e indirectamente as súas propiedades linderais, porque afectaba os accesos e servizos anexos á praia, con frecuencia situados en terreos de propiedade particular, e proxectábase sobre as obras realizadas nas servidumes de salvamento que non podían opoñerse ás disposicións do plan.

A aprobación da Constitución española de 1978 que supuxo o recoñecemento do Estado das autonomías, complicou a articulación das competencias concorrentes sobre o litoral especialmente por canto se lles atribúe ás comunidades autónomas a competencia exclusiva sobre «ordenación do territorio», cando así o recoñezan os seus estatutos de autonomía.

A consideración das competencias das comunidades autónomas sobre o litoral, ó aproveita-la atribución das competencias sobre o seu territorio que proclamaba a Constitución, produciuse con carácter case uniforme entre as comunidades autónomas costeiras (uniformidade logo alcanzada polas decisións do Tribunal Constitucional que afirmaron as competencias sobre o litoral da Comunidade Autónoma de Cantabria, que non lle foran recoñecidas expresamente no seu Estatuto de Autonomía).

Os reais decretos de transferencia incidiron nesta cuestión ó reservar-lle ó Estado a función de emitir informe con carácter preceptivo á aprobación definitiva dos plans de ordenación do litoral, que tiña carácter de vinculante para aqueles aspectos que puideran afecta-las competencias do Estado derivadas de preceptos constitucionais.

A Lei de costas de 1988 supuxo varias novidades fundamentais no referente á ordenación do litoral, e concretamente á ordenación das praias, que se plasmaría na supresión dos plans sectoriais a favor dos plans de ordenación xeral do territorio, na previsión de normas específicas de protección da costa e na consagración da técnica de informe como mecanismo de coordinación das competencias concorrentes sobre o litoral.

Aínda que o lexislador renunciara a crear unha figura de planeamento sectorial encargada de xestiona-la costa, non prescindiu, en absoluto, de regular o que constitúe o verdadeiro obxecto da lei: a protección, conservación, rexeneración e utilización do dominio público marítimo terrestre.

Na Lei de costas hai numerosas normas de aplicación directa e inmediata sobre a costa, e outras tantas que deberán plasmarse nos diversos instrumentos de planeamento que recaian sobre a costa ou nos títulos de aproveitamento do dominio público que en cada caso se outorguen. Algunhas desas previsións saíron airosas do xuízo de constitucionalidade, ben por constituír manifestacións típicas da titularidade estatal sobre o dominio público marítimo terrestre, ben por atopar cobertura en títulos competenciais propios do Estado; moi poucas previsións foron declaradas inconstitucionais por vulnerar precisamente a competencia autonómica sobre a ordenación do territorio e do litoral ou o urbanismo.

A Lei de costas incide na vía dos informes como mecanismo coordinador por excelencia, de tal forma, que no artigo 112 se establece que corresponde á Administración do Estado emitir informe, con carácter preceptivo e vinculante en determinados supostos e concretamente respecto dos plans e normas de ordenación territorial ou urbanística e a súa modificación ou revisión, no tocante ó cumprimento das disposicións da Lei de costas e das normas que se dicten para o seu desenvolvemento e aplicación (apartado a).

Este informe aparece detalladamente regulado no artigo 117, que distingue dúas fases:

a) Un informe inicial, que comprende suxestións e observacións e que se emite antes da aprobación inicial do plan.

b) Un informe definitivo, preceptivo e vinculante, que emitido pola Administración estatal unha vez concluída a tramitación do plan e inmediatamente antes da aprobación definitiva.

No caso de que o informe non sexa favorable, o artigo 117 establece un período de consultas coa finalidade de chegar a un acordo. Se como resultado deste se modificase o contido do plan, deberase someter de novo a información pública e a audiencia dos organismos que interviñesen preceptivamente na elaboración.

Segundo a profesora García Pérez, as actuacións sobre a praia non deben desligarse das que con carácter xeral se prevexan e se executen sobre o territorio, porque as praias aínda que integradas no dominio público marítimo terrestre, forman parte indisoluble deste. Así, esta afirmación encadraríase sempre no marco de tensión competencial propio do Estado autonómico.

A perspectiva competencial non debe escurecer outras dimensións da ordenación das praias: por suposto, a realización mesma do sistema autonómico deseñado pola Constitución española é un obxectivo que hai que conseguir, pero tamén a orientación da planificación deste espacio tan peculiar cara a un desenvolvemento que faga compatible o ocio e o rendemento económico, o progreso e a preservación da natureza.

O urbanismo, o medio natural, o turismo, a planificación económica, o propio desenvolvemento da personalidade do individuo, a dimensión humana que se proxecta sobre o dominio público terrestre e que se traduce en benestar, en igualdade de condicións e de oportunidades, e tantas outras facetas que se atopan e que se reúnen nun espacio tan característico da xeografía nacional.

A continuación falou Javier Sanz Larruga, profesor de dereito administrativo da Universidade da Coruña, sobre a protección ambiental do litoral, que destacou a importancia que tradicionalmente as zonas costeiras tiveron no nivel socioeconómico, ben sexa no que se refire á utilización do mar como medio de transporte e de comunicación comercial, para a obtención de recursos alimenticios derivados da pesca e da acuicultura, ou ben como lugar de asentamento crecente das poboacións humanas. Así mesmo, o litoral preséntase como unha zona de rica biodiversidade onde radican un bo número de espazos e de especies naturais de grande interese ecolóxico.

Durante os últimos decenios, as áreas costeiras á par que ofreceron grandes potencialidades para a creación de emprego, o crecemento económico e a calidade de vida, dada a súa natureza de ecosistemas relativamente fráxiles, sufriron un acelerado proceso de degradación dos seus

hábitats e dos seus recursos. A forte presión das actividades humanas sobre o litoral débese entre outras causas a unha urbanización desordenada e mal planificada, á implantación de infraestruturas derivadas do desenvolvemento industrial, turístico ou de transporte pouco respectuosas co contorno mariño e, en xeral, a unha mala xestión e descoordinación das actividades concorrentes sobre o litoral.

Polo descoñecemento dos procesos naturais da dinámica costeira, dificultado pola complexidade das interaccións entre os sistemas acuáticos e terrestres, a actividade humana sobre o litoral xerou graves situacións de insostibilidade con importantes repercusións negativas non só de carácter ambiental senón tamén de natureza social e económica. Acentuáronse os conflitos sobre os usos da costa e a degradación do litoral comportou a decadencia de sectores tradicionais respectuosos co medio natural, o que foi causa de desemprego, emigración masiva e un factor de inestabilidade social.

Seguindo a Mulero Mendigorri, poden destacarse as seguintes razóns que coaduxeron á actual situación de deterioración ambiental:

- 1^a. «A deficiente política de ordenación territorial e inoperancia lexislativa».
- 2^a. «Un modelo turístico de desenvolvemento, especulativo e agresivo».
- 3^a. «A alteración da dinámica erosiva do litoral».
- 4^a. «A vertixinosa expansión da agricultura intensiva».

De acordo, tamén, coa exposición de Mulero Medigorri, cabe identificar no litoral, dende unha perspectiva ambiental, tres problemas fundamentais e propios do dito espacio.

- 1^o. A degradación e desaparición de sectores da praia.
- 2^o. A sobreexplotación e salinización de acuíferos litorais.
- 3^o. A contaminación das augas marítimas.

A Constitución de 1978 atribúelle ó estado a competencia exclusiva sobre a «lexislación básica sobre protección do medio natural, sen prexuízo das facultades das comunidades autónomas de establecer normas adicionais de protección» (art. 149,1,23^a). Sobre esta base, ó discutirse a constitucionalidade da Lei de costas de 1988, foi alegado polos recorrentes que o Estado chegara demasiado lonxe no seu propósito de protexer-lo litoral, cunha regulación demasiado minuciosa que deixaba unha escasa marxe de actuación por parte das competencias ambientais das comunidades autónomas.

O Tribunal Constitucional, na súa Sentencia 149/1991, afirma a este respecto que «a Constitución non exclúe a posibilidade de que as comunidades autónomas poidan desenvolver tamén, mediante normas legais

ou regulamentarias, a lexislación estatal, cando especificamente os seus estatutos lles atribuíran esta competencia. A obrigada interpretación dos estatutos conforme a Constitución forza a entender, sen embargo, que en materia de medio natural o deber estatal de deixar unha marxe ó desenvolvemento da lexislación básica pola normativa autonómica é menor que noutros ámbitos»; polo tanto, «a competencia asumida estatutariamente polas comunidades autónomas non é a de desenvolve-la lexislación básica, senón a de complementala mediante normas adicionais de protección...».

A Lei de costas recolle algunhas disposicións significativas ambientais. Así respecto ás limitacións da propiedade nos terreos lindeiros co *dominio* público marítimo-terrestre, o título II da lei recolle unha serie de importantes limitacións da propiedade dos terreos contiguos á ribeira do mar co fin de protexe-la integridade do dominio público marítimo-terrestre e, en particular, para logra-la «preservación das súas características e elementos naturais e a prevención das prexudiciais consecuencias de obras e instalacións» (art. 20).

Para logra-lo dito obxectivo configúranse varias servidumes legais: a «servidume de protección» (arts. 23 a 26), a «servidume de tránsito» (art. 27) e a «servidume de acceso ó mar» (art. 28). Na primeira establécese entre outras prohibicións a de «vertidos de residuos sólidos, entullo e augas residuais sen depuración» (art. 25,1,e) e exclúese a autorización de actividades e instalacións excepcionais previstas no art. 25,3 cando se trate de tramos de «praia, zonas húmidas ou outros ámbitos de especial protección».

Sobre as condicións para a utilización do dominio público marítimo-terrestre no título III da lei se desenvolven as condicións para a utilización léxítima do dominio público marítimo-terrestre, sempre primando os usos acordes coa súa natureza (art. 31,1). Para os usos de especial intensidade ou perigosidade e os que requiran a execución de obras e instalacións, logo do correspondente título que o habilite (autorización ou concesión), prescribíense varias limitacións como o vertido de refugallos así como a garantía do sistema de eliminación das augas residuais (art. 32,2 e 3).

A Lei de costas regula detalladamente o procedemento e condicións para a autorización de instalacións e obras que impliquen a ocupación ou utilización do dominio público marítimo-terrestre. Dende a perspectiva ambiental cabe destaca-los seguintes requisitos:

- «avaliación ambiental dos efectos sobre o dominio público marítimo-terrestre, cando as actividades proxectadas poidan alteralo intensamente» (art. 42,2).
- «adaptación das obras ó medio en que se atopen situadas e, se é o caso, a influencia da obra sobre a costa e os posibles efectos de regresión desta» (art. 44,2).

■ «estudio básico da dinámica litoral» cando o proxecto conteña a previsión de actuacións no mar ou na zona marítimo-terrestre (art. 44,3).

■ «para a creación e rexeneración de praias deberase considerar prioritariamente a actuación sobre os terreos lindeiros, a supresión ou atenuación das barreiras ó transporte marítimo de áridos, a achega artificial destes, as obras somerxidas no mar e calquera outra actuación que supoña a menor agresión ó contorno natural» (art. 44,4).

■ «os paseos marítimos localizaranse fóra da ribeira do mar e serán preferentemente peonís» (art. 44,5).

■ «as instalacións de tratamento de augas residuais emprazaranse fóra da ribeira de mar e dos primeiros 20 metros da zona de servidume de protección» (art. 44,6). tamén se prohibe a instalación de colectores paralelos á costa dentro da ribeira do mar e nos primeiros 20 metros fóra da ribeira do mar (idem).

Na actualidade o Ministerio de Medio Ambiente, a través da súa dirección xeral de costas está a elaborar un novo «Plan nacional de costas» para o período 2000-2006. O citado instrumento, baseándose na filosofía do desenvolvemento sostible aplicado ó noso litoral (necesidade de harmonizar a preservación dos seus altos valores naturais e as fortes presións turísticas e de ocupación a que se ve sometido), pretende ofrecer un diagnóstico global dos problemas da nosa costa, e ademais definir as actuacións que se deben realizar para a súa recuperación.

Son múltiples as normas sectoriais que inciden directamente sobre o litoral e que, desafortunadamente, deseñáronse illadamente, moitas veces, non tendo en conta unha estratexia normativa integrada coma a que se propón ó final deste traballo.

Esta desconexión que acompaña a frecuente descoordinación das administracións competentes sobre actividades relevantes sobre o litoral provocou moitos dos problemas que se recollen ó inicio deste estudo. Sectores tan diversos como a protección de espazos naturais, a agricultura, a pesca e acuicultura, a defensa militar, a enerxía, a industria, os portos, o transporte, o urbanismo, as augas continentais, o turismo, etc. desenvóléronse baixo ópticas non sempre compatibles co obxectivo da protección natural e o desenvolvemento sostible.

Esta situación adquire unha maior complexidade no noso país toda vez que as competencias sobre os sectores aludidos se reparten entre a Administración do Estado e das comunidades autónomas, sen esquecer as funcións atribuídas ás entidades locais.

A Lei 4/1989, do 27 de marzo, de conservación dos espazos naturais e da flora e fauna silvestres –reformada pola Lei 41/1997–, ten por obxecto o establecemento das normas de protección, conservación e mellora dos recursos naturais e, en particular –como o seu nome indica–,

das relativas ós espacios naturais, á flora e fauna silvestres. Esta lei constitúe a lexislación básica estatal nesta materia (de acordo co previsto polo artigo 149,1,23^a da CE). As comunidades autónomas teñen atribuídas nesta materia as competencias de desenvolvemento normativo –a aprobación de «normas adicionais de protección»– e execución da normativa básica do Estado.

A Lei 4/1989 viu traspoñe-la normativa comunitaria existente ata o momento (en particular, a Directiva 79/409/CEE sobre protección das aves silvestres) e tamén incorpora-las disposicións contidas nalgúns dos convenios internacionais formados por España con relación a estas materias. Así mesmo, este grupo normativo ten como peza fundamental a Directiva comunitaria 92/43/CEE, do 21 de maio de 1992, sobre conservación dos hábitats naturais e da fauna e flora silvestres (reformada pola Directiva, a 97/62/CE, do 27 de outubro).

A vixente Lei 29/1985, de augas –recentemente modificada pola Lei 46/1999– supón un importante avance respecto da antiga Lei 1879 –que regulou a materia ata entón- ó proceder á demanialización completa de tan escaso recurso no noso país e incorpora-las directivas normativas da Comunidade Europea. A idea central desta lei é considerar que a auga constitúe un recurso unitario e que se renova a través do ciclo hidrolóxico.

A vixente Lei 27/1992, de portos do Estado e da mariña mercante regula de forma conxunta os diferentes aspectos que afectan tanto as infraestruturas portuarias e a súa xestión como a propia actividade da mariña mercante. Un dos obxectivos fundamentais da lei é:

- «a prevención da contaminación producida dende buques, plataformas fixas e outras instalacións que se atopan en augas situadas en zonas nas que España exerce soberanía, dereitos soberanos ou a xurisdicción e a protección do medio natural mariño» (art. 6,1,f).

No proceso de ordenación integral do litoral resulta imprescindible a toma de conciencia das cuestións de interese común, o diálogo e intercambio de opinións entre as partes interesadas e afectadas así como o favorecemento da cooperación entre as partes implicadas para lograr unha acción coordinada e unha xestión integrada. Sen embargo, é necesario destacar que, para tales obxectivos, non hai ningún método satisfactorio e comunmente aceptado para definir e clasifica-las zonas costeiras senón unha diversidade de métodos en función da gran variedade de condicións e problemas das zonas costeiras. As prácticas de xestión integrada son moi variadas, o cal obriga a elixir e deseñar un modelo para cada lugar que depende do contexto histórico, cultural e tradicional e das condicións naturais e os problemas físicos da zona.

A modo de reflexión conclusiva, o profesor Sanz Larruga seguindo o esquema da proposición de «Lei-modelo sobre a protección das zonas costeiras» do Consello de Europa de 1997 (elaborada baixo a dirección

do prof. Michel Prieur), propuxo a continuación unha serie de principios e criterios que deberían orientar as futuras iniciativas de xestión integrada do litoral en España:

1º. convir nunha definición de «xestión integrada»; a que ofrece a «lei-modelo» é esta: «a xestión sostible das zonas costeiras tomando en consideración o desenvolvemento económico unido á presenza do mar e á súa plena salvagarda, para as xeracións presentes e futuras, os equilibrios biolóxicos e ecolóxicos fráxiles da zona intermareal».

2º. uns principios orientadores de tal proceso, distinguindo os que proceden directamente da política ambiental –desenvolvemento sostible, prevención, precaución, restauración, quen contaminador-pagador, e información e participación cidadá– e os específicos das zonas costeiras –repartición equitativa e xestión sostible dos recursos comúns–, ordenación do territorio en profundidade, compatibilidade entre os diversos usos das zonas costeiras, prioridade das actividades dependentes do litoral e libre acceso á ribeira do mar.

3º. a previsión no plan ou plans autonómicos (directrices e plans de ordenación do litoral) da autoridade que ha de dirixir-lo proceso e a participación de autores e entidades sociais nos organismos de xestión, así como o asesoramento dun comité científico composto por expertos pluridisciplinares na materia marítima e costeira.

4º. a distribución das competencias entre os diferentes poderes públicos, en particular, entre a Comunidade Autónoma e os entes locais, e os mecanismos de colaboración e coordinación.

5º. a previsión de instrumentos destinados a proporcionar un mellor coñecemento das zonas costeiras: inventarios, cartografía ecolóxica e xurídica, rede de centros de investigación, contabilidade do patrimonio natural costeiro, etc.

6º. a creación de instrumentos financeiros e de fomento das zonas costeiras: fondos públicos, impostos ecolóxicos, acordos voluntarios, etc.

7º. a existencia de aplicación xeneralizada da avaliación de impacto ambiental sobre tódalas actividades, plans e programas, tanto de natureza pública coma privada, que poidan afectar os ecosistemas litorais.

8º. o establecemento de medidas de protección sobre certas actividades (pesca mariña e submarina), sobre os ecosistemas costeiros máis fráxiles como as zonas húmidas, dunas, reservas mariñas, etc.

9º. a previsión de medidas específicas contra a erosión costeira, a contaminación (xestión dos vertidos) e prevención de catástrofes naturais.

10º. a determinación dos mecanismos de información e participación cidadá.

Por último, no que se refire á complexa cuestión da coordinación de competencias das administracións que concorren sobre o litoral e sen forza-lo vixente sistema de repartición constitucional, o proceso de xestión integrada podería construírse baixo as seguintes directrices:

- 1^a. á Administración do Estado corresponderíalle a aprobación da lexislación básica e a achega dos recursos financeiros necesarios para abordala.
- 2^a. ás comunidades autónomas, o desenvolvemento da lexislación do Estado –e se é o caso, as normas adicionais de protección– e a planificación territorial do litoral.
- 3^a. ós municipios costeiros, a execución dos plans, programas e medidas que sexan oportunas.

En definitiva, non se requiren grandes reformas normativas para introducir en España o modelo de xestión integrada e sostible das zonas costeiras senón máis ben a imprescindible vontade política na súa aplicación.

Luis Míguez Macho, profesor titular de dereito administrativo da Universidade da Coruña realizou unha exposición sobre a incidencia da actividade portuaria sobre o litoral. Comezou falando da xestión integrada das zonas costeiras, que segundo a definición dada no documento de reflexión da Comisión Europea sobre esta, é un intento de aplicarlle o concepto de desenvolvemento sostible ó litoral mediante políticas públicas coordinadas e participativas. En particular, trátase de evita-las consecuencias negativas que se estima que tiveron para as zonas costeiras o feito de que a xestión pública realizada sobre elas fora tradicionalmente de carácter sectorial e incoexo. Dende o punto de vista xurídico, chama a atención a intervención comunitaria nun ámbito coma o da ordenación do litoral, que en principio non é de competencia da Comunidade Europea. O fundamento xurídico de tal intervención débese buscar esencialmente, na competencias comunitarias en materia de medio natural, e, ademais, noutras competencias comunitarias con repercusión no litoral, como son as relativas á cohesión rexional, pesca, asuntos sociais, transporte e enerxía, promoción da pequena e mediana empresa e ata agricultura. Sen embargo, esta base xurídica pode resultar insuficiente para fundamentar un acto lexislativo comunitario que queira impoñerlles ós estados membros un sistema de xestión integrada das zonas costeiras. Isto débese a que a Comunidade non conta cunha competencia específica para a ordenación do territorio en xeral e o litoral en particular, e á ausencia dunha relación directa entre a xestión integrada das zonas costeiras e os obxectivos fundamentais da Comunidade (mercado único e unión económica e monetaria). Polo demais, a imposición por vía lexislativa da xestión integrada das zonas costeiras podería chocar co principio de subsidiariedade.

Un deseño a escala comunitaria desa xestión moi probablemente sería ineficaz polas dificultades que presenta o formular un marco lexislativo que reúna ó mesmo tempo as condicións de ser uniforme para toda a Comunidade e te-la flexibilidade necesaria para adaptarse ás peculiaridades de toda orde que presenta a ordenación do litoral en cada un dos estados membros.

Así pois, a intervención comunitaria no ámbito que nos ocupa deberíase articular a través de recomendacións dirixidas ós estados e se é o caso, do establecemento de programas de axuda nos que a participación das instancias públicas e os particulares se condicione ó respecto dos principios da xestión integrada das zonas costeiras. Neste sentido, hai que recoñecer que a idea de xestionar de maneira integrada as zonas costeiras é altamente plausible; dá resposta tanto ás demandas da realidade, en particular á degradación que experimentou o litoral como consecuencia dunha actividade humana que o poder público non soubo ordenar debidamente, coma ás esixencias da lóxica das cousas, que require que actividades interrelacionadas de modo inextricable se xestionen tamén de forma integrada. Á hora de analiza-los problemas xurídicos que presenta en España a incorporación dos portos á xestión integrada do litoral, é preciso distingui-la dobre vertente que estes presentan, como espazos físicos e como actividades que se desenvolven sobre eses espazos. Por un lado, as zonas portuarias son parte do litoral e inflúen polo tanto na ordenación territorial e urbanística deste. Por outro lado, as actividades portuarias realízanse no litoral, e repercuten sobre el e sobre as demais actividades que se levan a cabo nesa zona.

O estudio da ordenación do litoral no noso sistema xurídico ha de partir dun dato fundamental: a zona marítimo-terrestre, o mar territorial e os recursos naturais da zona económica e a plataforma continental son necesariamente bens de dominio público estatal, en virtude do artigo 132 apartado segundo da Constitución. Aínda que o Tribunal Constitucional dixo en sentencias como a 149/1991, relativa á Lei de costas, que esa titularidade non é título competencial concreto, o propio Tribunal recoñece que esta faculta os órganos xerais do Estado para establece-lo réxime xurídico dos bens afectados e para garanti-la súa protección. Pola súa parte, as competencias exclusivas sobre a ordenación do territorio e o urbanismo correspóndenlles ás comunidades autónomas, sen prexuízo de que a lexislación autonómica nestas materias adoite recoñecerlles ós municipios importantes facultades tanto normativas coma executivas. Como a zona marítimo-terrestre e as praias se consideran parte do territorio ó que alcanzan esas competencias, na ordenación do litoral conflúen de maneira inevitable as tres instancias principais da nosa organización territorial. Pois ben, esta situación complícase aínda máis en materia de portos, así o artigo 149, apartado primeiro, vixésimo, da

Constitución resérvalles ós órganos xerais do Estado a competencia exclusiva sobre os portos de interese xeral; ademais existen comunidades autónomas que non asumiron competencias en materia de portos comerciais, co que nelas tamén exercen competencias sobre estes os órganos xerais do Estado.

De acordo coa Lei 27/1992, do 24 de novembro, de portos do Estado e da mariña mercante, e coa Sentencia do Tribunal Constitucional 40/1998, as ditas competencias concrétanse en que son os órganos xerais do Estado os que definen eses tipos de portos e, en especial, deciden cando concorre o interese xeral ou o carácter comercial que converte un porto en estatal. Da mesma maneira, a construción dun novo porto estatal, sexa de interese xeral ou simplemente comercial, así como a ampliación ou modificación dun xa existente, é decidida de modo unilateral polos órganos xerais do Estado, sen que os entes territoriais con competencias en materia de ordenación do territorio e urbanismo teñan máis intervención que a de informar con carácter preceptivo pero non vinculante os correspondentes proxectos. En cambio, cando as comunidades autónomas queren construír ou amplia-los portos sobre os que en teoría exercen competencias exclusivas, han de obter un informe favorable da Administración xeral do Estado, xa que tanto as augas coma a zona marítimo-terrestre sobre a que forzosamente se van ter que instalar aqueles que pertencen ó dominio público estatal teñen que ser adscritos á comunidade autónoma. A consecuencia deste réxime de distribución de competencias é que a ordenación do litoral, que en principio sería unha competencia, igual que o resto da ordenación do territorio, dos niveis rexional e local da organización territorial, non só se ve condicionada pola pertenza da zona marítimo-terrestre ó dominio público estatal, senón que a planificación, que se adopte dende as comunidades autónomas e os municipios pode ser rota en calquera momento polo exercicio das competencias portuarias estatais, paradoxalmente, os órganos xerais do Estado titulares de tan enormes poderes, carecen dunha competencia de ordenación do territorio que lles permita planificar de maneira integrada o exercicio nas zonas costeiras das súas competencias sobre infraestruturas como os portos ou as instalacións marítimas menores das que fala o artigo 1120 letra b) da Lei de costas.

Non moi distinta é a situación en relación coas competencias urbanísticas, tanto de planeamento coma de control do uso do solo. A vixente Lei de portos do Estado e da mariña mercante obriga a que o planeamento urbanístico clasifique a zona de servizo dos portos estatais como sistema xeral portuario e a que non inclúa determinacións que supoñan unha interferencia ou perturbación no exercicio das competencias de explotación portuaria. E a referida zona de servizo, que abarca as superficies de terra e de auga necesarias para a execución das actividades

portuarias e das tarefas complementarias daquelas, así como os espazos de reserva que garantan a posibilidade de desenvolvemento das actividades portuarias, é delimitada unilateralmente pola Administración xeral do Estado a través do chamado plan de utilización dos espazos portuarios. Así mesmo, son as propias autoridades portuarias que xestionan os portos estatais as que elaboran os instrumentos de planeamento que desenvolven os sistemas xerais portuarios e, aínda que a aprobación de tales instrumentos lles corresponde en principio ás administracións competentes en materia de urbanismo, en caso de desacordo a Administración xeral do Estado pode impoñe-lo seu criterio. Sen embargo, a Sentencia do Tribunal Constitucional 40/1998 matizou que esa imposición só se pode producir respecto daqueles aspectos do planeamento que son competencia das autoridades portuarias, é dicir, os relativos ós equipamentos e actividades propiamente portuarios. Polo demais, a realización de obras no dominio público portuario adscrito ós portos de titularidade estatal non se somete á habitual licenza urbanística municipal, senón a un simple informe non vinculante. En suma, o réxime de distribución de competencias vixente con respecto á ordenación do litoral en xeral e ós portos en particular representa *a priori* un formidable obstáculo para a aplicación en España dun sistema de xestión integrada das zonas costeiras, ó impedir de maneira absoluta que unha instancia territorial asuma a responsabilidade de coordinar tódalas políticas públicas relacionadas co litoral. Se o sistema se quixera impoñer mediante un acto xurídico comunitario de carácter vinculante, o principio de respecto á autonomía institucional dos estados membros obrigaría a ter en conta ese réxime de repartición competencial, co que a eficacia da medida lexislativa se vería probablemente comprometida.

As actividades portuarias polas súas propias características, poden incidir negativamente sobre o medio natural, e nesa medida quedan suxeitas ó respecto da normativa do medio natural. Isto dá lugar a novas complicacións competenciais cando de portos de titularidade estatal se trata, que dificultan a aplicación dun sistema de xestión integrada das zonas costeiras nos espazos portuarios. O artigo 149, apartado primeiro, vixésimo terceira, da Constitución só lles reserva ós órganos xerais do Estado a competencia sobre a lexislación básica de protección do medio natural, ó asumiren as comunidades autónomas as competencias para dicta-la lexislación de desenvolvemento e executa-lo conxunto normativo resultante. Como declarou o Tribunal Constitucional na Sentencia 149/1991, relativa á Lei de costas, e reiterou na Sentencia 40/1998, relativa á Lei de portos do Estado e da mariña mercante, as competencias que teñen recoñecidos os órganos xerais do Estado sobre o litoral en xeral e certos portos en particular non exclúen o exercicio por parte das comunidades autónomas das súas competencias sobre outras materias, como a protección

do medio natural, que tamén afectan as zonas costeiras. Desta maneira, o control do cumprimento da normativa do medio natural nos portos, sexan estatais ou autonómicos, correspóndelles en principio ás administracións das comunidades autónomas. Non obstante, na propia Sentencia 149/1991 matízase que as facultades autonómicas en materia de protección do medio natural alcanzan unicamente ós vertidos realizados ó mar dende o litoral; non ós que se levan a cabo dende instalacións fixas ou móbiles situadas no mar. Isto reduce o ámbito de aplicación das competencias do medio natural autonómicas ó control das actividades portuarias que se desenvolven nas superficies de terra incluídas nas zonas de servizo dos portos estatais. Con todo, o Tribunal esixiu tamén que se lles dea algún tipo de participación ás administracións das comunidades autónomas na adopción desas decisións, como sería a emisión dun informe non vinculante sobre estas.

A elaboración dunha nova directiva comunitaria en relación coa avaliación do impacto de certos plans e programas sobre o medio natural pode incidir tamén nas actividades portuarias, pero nunha fase anterior á da planificación destas. Coa nova directiva, a esixencia que nos ocupa se estenderá á planificación pública de tódalas actuacións que poidan ter incidencia sobre o medio natural, o que afectará o procedemento de elaboración e aprobación dos plans de utilización dos espazos portuarios previstos na Lei de portos do Estado e da mariña mercante, así como a calquera plan ou programa xeral de portos, sexa estatal ou autonómico.

Polo que se refire á interrelación entre as actividades portuarias e outras actividades que se desenvolven no litoral, hai que ter en conta que sobre os espazos de terra e as superficies de auga comprendidas nas zonas de servizo dos portos tamén se levan a cabo actividades distintas das especificamente portuarias: pesqueiras, de acuicultura, turísticas e deportivas, entre outras.

O feito de que un porto sexa de titularidade estatal non exclúe o exercicio por parte das comunidades autónomas, e, se é o caso, dos municipios das súas competencias sobre as actividades que se realizan nese espazo físico. Isto podería facilitar a incorporación dos portos á xestión integrada das zonas costeiras, na medida en que adoitan ser as comunidades autónomas as titulares das competencias sobre as actividades non portuarias que se poden levar a cabo nas zonas de servizo dos portos. Sen embargo convén lembrar que a ordenación dos espazos portuarios é competencia dos órganos da Administración xeral do Estado cando se trata de portos de titularidade estatal, a través do correspondente plan de utilización dos espazos portuarios; será este o que decida se en tales espazos se poden desenvolver actividades distintas das especificamente portuarias.

Fronte a isto, os entes territoriais con competencias en materia de ordenación do territorio e urbanismo unicamente teñen un poder negativo

de veto, que poden exercer á hora de aproba-lo instrumento de planeamento que desenvolva o sistema xeral portuario. En definitiva, atopámonos outra vez diante dun complexísimo réxime de distribución de competencias que lle pon novas barreiras á incorporación dos portos á xestión integrada das zonas costeiras. Se ben, neste caso o lexislador estatal foi capaz de atopar unha solución que, sen altera-lo sistema constitucional de repartición de competencias sobre os portos, facilita a coordinación das políticas públicas que inciden sobre o litoral coa política portuaria. Mediante a Lei 62/1997, do 26 de decembro, de reforma da Lei de portos do Estado e da mariña mercante, modificouse a designación dos membros dos consellos de Administración das autoridades portuarias estatais, que agora se lles encomenda ás administracións das comunidades autónomas que no seu territorio teñan enclavados os portos, e tamén a composición destes órganos, co fin de potencia-la presenza neles de representantes das propias comunidades autónomas, os municipios e os intereses económicos e sociais afectados polas actividades portuarias. A innovación introducida na Lei de portos do Estado e da mariña mercante pola Lei 62/1997, que leva á colaboración entre as distintas instancias territoriais afectadas ó plan orgánico, é moito máis axeitada para lograr unha verdadeira coordinación da xestión portuaria coa do resto das actividades que se desenvolvan no litoral, ademais, ó amplia-la participación dos intereses privados nesa xestión cumpre outro dos grandes principios da xestión integrada das zonas costeiras.

Finalizou o relator coa consideración de que non parece aconsellable que o sistema de xestión integrada das zonas costeiras se imponha dende as institucións comunitarias a través dun acto lexislativo de natureza obrigatoria para os estados membros, tanto por motivos puramente xurídicos coma de eficacia.


A continuación e como clausura das xornadas, realizouse unha mesa-coloquio sobre a ordenación do litoral na Comunidade Autónoma de Galicia, que moderou Jaime González Páramo, director da Autoridade Portuaria Ferrol - San Ciprián.

Comezou a quenda de intervencións Xosé Lago García, subdirector xeral de Medio Ambiente Natural, Caza e Pesca Fluvial da Xunta de Galicia, para resalta-lo complicado que é establecer unha política axeitada en toda a Comunidade Autónoma de Galicia dadas as moitas consellerías que teñen relación coa materia do litoral como son Pesca ou Política Territorial. Se ben hoxe en día, a maior parte das competencias están atribuídas á Consellería de Medio Ambiente. Realizouse un grande avance nesta materia, destacando especialmente a proposta da Rede Natura, que está formada por unha serie de hábitats ó longo de toda a UE, ó estar en grande parte asociados ós medios litorais. A proposta para Galicia inclúe unha vintena de áreas na costa galega, dende o río Eo ata o Baixo Miño,

así como a case totalidade das illas de tamaño da costa atlántica. Preténdese conseguir con isto unha mellora de calidade do medio costeiro nestas áreas, así como a mellora na conservación de especies de carácter endémico, e na conservación de espazos naturais e a súa recuperación.

A continuación Pablo González Mariñas, profesor de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, referiuse ás circunstancias de solapamento competencial en temas de litoral, diante do que destacou a importancia do Pacto local como forma de lles lograr traspasos competenciais máis substanciosos ós entes locais sobre este tema. No caso concreto da Comunidade Autónoma de Galicia destacou que se ben a lexislación local se refire a municipios turísticos, ou industriais, non regula as especificidades dos municipios costeiros.

Ricardo Babío Arcay, xefe da Demarcación de Costas de Galicia, resaltou a importancia das competencias do Estado en materia de ordenación do litoral. O Ministerio de Medio Ambiente é onde se inscribe actualmente a Dirección Xeral de Costas; esta integración foi máis alá dunha etiqueta pois ten repercusións na xestión e no desenvolvemento da xestión costeira. En Galicia, que é a Comunidade Autónoma non insular con máis costa de España, a problemática que supón o dominio público marítimo-terrestre vese agravada pola súa gran lonxitude.

María Teresa Carballeira Rivera, profesora de dereito administrativo da Universidade de Santiago de Compostela, elixiu como tema principal o dos portos deportivos entendido coma un recurso costeiro que esixe planificación do espazo, e xera sinerxías e inconvenientes no seu medio, que ademais reúne as características típicas dos problemas de distribución de competencias, á vez que converxen neles intereses turísticos, económicos e do medio natural. En Europa, Francia e o Reino Unido desenvolveron políticas de turismo náutico deportivo dende hai máis de 50 anos, políticas, polo tanto a longo prazo que empezaron por educación ó cidadán, seguiron por unha promoción da actividade e posteriormente se dotaron das infraestruturas especializadas necesarias. En España, a situación é ben diferente, pero si hai un enorme potencial e bastantes infraestruturas, bótase en falta unha política autonómica clara. En Galicia, as condicións de partida son excelentes: con abrigos naturais como son as rías, existe ademais unha demanda cativa, dispónse dunha ampla infraestrutura portuaria; se ben se detecta unha infrautilización da nosa costa con menos de 3000 amarres. Respecto á situación actual bótase en falta unha política de educación e unha infraestrutura legal, xa non hai lei de portos propia na Comunidade Autónoma. 

XORNADAS SOBRE A LEI DE COOPERATIVAS DE GALICIA

(Vigo, 3 e 4 de maio de 2000)

Ana María Giráldez Riveiro

Bolseira da EGAP

Nas instalacións do Colexio de Avogados de Vigo tiveron lugar, os días 3 e 4 de maio de 2000, unhas xornadas sobre a Lei 5/1998, do 18 de decembro, de cooperativas de Galicia¹. Nas ditas xornadas, e como continuación do debate iniciado o pasado ano na sede da EGAP, en Santiago de Compostela, tratáronse os aspectos máis interesantes da mencionada lei. Analizar e interpretar, dende a perspectiva xurí-

¹ Tal e como indica a exposición de motivos da lei, a Comunidade Autónoma de Galicia asumiu a competencia exclusiva en materia de cooperativas en virtude da transferencia feita pola Lei orgánica 16/1995, do 27 de decembro, ampliando a recollida no artigo 28.7 do Estatuto de autonomía de Galicia. Promulgouse así a primeira lei de cooperativas na nosa Comunidade axustada ás especificidades propias delas e adaptada ás estruturas económicas actuais, coa finalidade de que lles permita desenvolverse económica e empresarialmente e contribúa eficazmente á súa dinamización. A análise da realidade das cooperativas galegas evidencia o peso desta forma empresarial de organización e ordenación dos recursos e a súa destacada importancia na estrutura socioeconómica de Galicia. Por todo isto, a EGAP, sumouse ó debate suscitado arredor da nova lei e organizou varias xornadas en diferentes puntos da xeografía galega. O inicio tivo lugar na sede da EGAP en Santiago de Compostela, os días 29 e 30 de novembro de 1999, para logo continuar na Coruña os días 5 e 6 de abril de 2000, en Vigo os días 3 e 4 de maio (xornada que estamos a relatar), en Lugo os días 9 e 10 de maio, en Pontevedra o 15 de maio e finalmente en Ourense o día 30 de maio de 2000. Nestas xornadas deuse cumprida conta de tódolos aspectos máis novos relacionados coa Lei de cooperativas de Galicia.

dica, o réxime das cooperativas sometidas á lei galega para promove-lo seu coñecemento e facilitárlle-la súa constitución ós empresarios e ós consumidores galegos, como técnica alternativa de organización da empresa social, foron os obxectivos principais das xornadas.

■ Mércores, 3 de maio

Inauguración das xornadas a cargo de Antonio Romero Lorenzo, xuíz-decano do Colexio de Avogados de Vigo e Domingo Bello Janeiro, director da EGAP

O xuíz-decano de Vigo agradeceulle á EGAP por un lado a posibilidade de pórse en contacto coas reformas legais máis importantes que atanguen o cooperativismo e polo outro a oportunidade de recuperar antigos profesores que colaboraron na Facultade de Económicas da Universidade de Vigo.

Pola súa parte, o director da EGAP destacou a oportunidade de tratar un tema de vital importancia para o desenvolvemento económico de Galicia como é o cooperativismo. Seguidamente apuntou como un dos principais retos das sociedades cooperativas galegas o de intentar superalo limiar que lles permita situarse competitivamente na estrutura empresarial que lles corresponde no mercado e dende logo a procura da súa eficacia e concentración. Neste sentido a Lei de cooperativas de Galicia tenta reforza-lo carácter empresarial destas e a súa concorrencia entendéndooas como instrumentos eficaces de cara á creación de riqueza e xeración de emprego nos seus aspectos tanto cuantitativos coma cualitativos, cunha importancia destacada na redistribución dos recursos e na prestación de servizos de natureza social.

A lei está adaptada á realidade galega o que se evidencia na regulación dalgunha clase de cooperativas como é o caso das cooperativas de explotación de recursos acuícolas de singular relevancia para a cidade de Vigo.

Finalmente, subliñou a importancia de carácter económico e social das cooperativas que implican en Galicia a máis de mil persoas cunha porcentaxe de negocio no seu volume productivo superior ós dous mil millóns de pesetas.

Intervención de José Luís Río Barro, catedrático de dereito mercantil da Universidade da Coruña: «Consideracións xerais sobre a sociedade cooperativa no marco da Lei galega 5/1998».

Ó profesor Río Barro correspondeulle falar da característica básica da sociedade cooperativa galega no marco da Lei de cooperativas de Galicia 5/1998, en diante LCG. Para describi-las consideracións xerais da sociedade cooperativa no marco desta lei é indispensable, na opinión do relator, tratar de poñer-la lexislación galega en relación coa lexislación estatal

e autonómica doutras comunidades autónomas. En segundo lugar procede facer un intento de coñecer mellor a realidade das sociedades cooperativas pois iso é o que determina a posibilidade de vulgar tanto a lexislación vixente coma a que xa é historia.

A orixe da sociedade cooperativa sitúase a mediados do século XIX. Xorden en Gran Bretaña, nunha zona industrial próxima a Manchester, onde agroma un intento de defensa das clases economicamente menos favorecidas para sobrevivir. A fórmula consistía basicamente en cooperativas de consumo e tratábase de que os obreiros que pertencían á industria téxtil podían agruparse nunha unión societaria para conseguir eliminarlos intermediarios e así acadar prezos de adquisición dos produtos máis baixos. Era un agrupamento voluntario de persoas físicas, de consumidores, de usuarios e máis tarde de produtores. Este agrupamento de persoas facíanlles fronte ós patróns e ós comerciantes o que marcaba precisamente a orientación de tipo social que tiña. Estas fortes implicacións de tipo político que permitían falar mesmo de irmandades, de vinculación do movemento obreiro, produciron no plano político e lexislativo un certo receo. Esta agrupación inicial de persoas físicas tiña tamén un marcado carácter antiespeculativo, os investimentos que fan os socios non tiñan por obxectivo acadar abertamente uns beneficios repartibles senón que tiñan un xeito distinto de repartición cando se producen, e en todo caso, esta fórmula antiespeculativa quere dicir que o capital é variable, é dicir, hai porta aberta ós socios e existe unha autoxestión. A súa actividade baseábase nun aspecto mutualístico de tal xeito que o socio é usuario da cooperativa. Polo tanto a cooperativa realiza a actividade cos socios e non con terceiros. Esta situación de dobre condición de socio e usuario fai que a participación na sociedade cooperativa teña moita intensidade. É polo tanto unha sociedade moi participativa onde se configura o voto por persoa e non polas achegas económicas, igualmente o retorno cooperativo² non depende destas achegas económicas.

É un novo tipo de sociedade con características específicas e que se distancia das sociedades tradicionais personalistas consideradas polo lexislador ata ese momento. A irrepertibilidade dos fondos sociais obrigatorios é outra das características da súa denominación antiespeculativa.

O que si está claro, apuntou o relator, é que a sociedade cooperativa non pasa a ser un ente benéfico senón que busca rendementos, é unha

² Como ben aclarou o relator, trátase dunha fórmula específica de repartición dos beneficios que consiste en que cando se produce unha discordancia entre o cálculo dos custos xerais de funcionamento e o prezo fixado pola cooperativa, reintégraselles ós socios ese retorno cooperativo, non é un dividendo senón que está en función das actividades despregadas pola cooperativa; é polo tanto un xeito especial de repartición de ganancias pero nunca estará en función do capital achegado.

organización empresarial que pretende ter éxito no mercado e polo tanto o que busca é vantaxes e satisfacer esas vantaxes. O que non resulta totalmente evidente é o seu afán de lucro pero existe nun sentido amplo.

Estas sociedades cooperativas non implicaban nun primeiro momento grandes investimentos e destacaban nos sectores agrícolas, artesanal, pesqueiro, máis tarde o sector servicios e hoxe calquera sector. Como única excepción estarían as actividades reservadas por lei a outras formas de organización societaria. Foi tamén a sociedade cooperativa un factor de mobilidade social polo grao de participación que ofrecía e de equilibrio entre empresario e traballador. Por outra parte hai tamén un aspecto que convén resaltar: a vocación que senten tódalas cooperativas de estendér-lle-los beneficios non só ós socios integrantes destas senón tamén a outros membros de igual categoría social o que produce unha concordancia de intereses privados e de intereses públicos, isto permite e permitirá no futuro unha combinación de actuación de entes privados e públicos. Prodúcese, en consecuencia, un indicio de que pode ter un bo encaixe coas novas orientacións da política económica e social, de transformación do capitalismo tradicional, de incorporación das tendencias á socialización que existe no mercado, á protección dos dereitos dos consumidores, etc. Estes obxectivos hoxe mantéñense en grandes liñas, pero a loita no mercado obriga á adopción de medidas específicas e que nalgunhas ocasións viñeron contradicir estes aspectos iniciais. Con estas modificacións vanse atenuando progresivamente as diferencias entre as sociedades cooperativas e as sociedades capitalistas tradicionais. Os principios cooperativos iniciais fóronse limando na busca dun necesario equilibrio entre o aspecto social e o económico. Na opinión do relator, foi a necesidade de supervivencia no mercado o que fixo que estes principios clásicos se modificasen. Esta fórmula de adaptarlle-los principios clásicos cooperativos ás necesidades do mercado convén distinguila doutros casos onde se observa unha dexeneración dos principios clásicos nos que se baseaban as cooperativas, referiuse en concreto á situación das sociedades cooperativas aparentes que manteñen a aparencia de cooperativa pero que encobren sociedades baseadas no capital que aproveita así as vantaxes xurídicas desta figura. Para evitar estes casos é preciso un control externo. Isto non significa unha intromisión política senón que se trata dunha «intromisión» técnica. Esta «intromisión» deber ir máis pola creación de servicios de asistencia e promoción das cooperativas, de formación de dirixentes, de abrir liñas de crédito, de garanti-los dereitos e os intereses de terceiros no tráfico económico e garanti-lo propio tráfico económico. É necesario configurar órganos de control e fiscalización de forma axeitada, e non tanto procurar unha protección excesiva desta figura.

O Código de comercio de 1885 non regula a sociedade cooperativa pero si a considera para excluílas como sociedades mercantís. Para o le-

xislador do século pasado a sociedade cooperativa non pode considerarse como mercantil xa que carece de afán de lucro. Estas razóns, xustificables no marco histórico no que xurdiron, non son hoxe convincentes segundo a maioría da doutrina xa que a especulación non é un elemento determinante de mercantilidade. Por outro lado, non se require o ánimo de lucro *estricto sensu* para que haxa sociedade mercantil senón que abondaría con que *latu sensu* se obtivesen vantaxes de tipo económico.

O que está claro, puntualizou o relator, é que as sociedades cooperativas teñen e tiveron sempre un sentido fundamentalmente económico, porque a verdadeira diferenca cun socio dunha sociedade capitalista non está na renuncia a obter beneficios por parte da sociedade cooperativa senón no criterio con que tratan de obtelo e sobre todo na forma de repartilos.

Esta situación legal produciu o abandono por parte da lexislación mercantil e da doutrina mercantilista. Este abandono deixa a cooperativa no plano das sociedades civís ou mesmo das asociacións.

Coa Lei de 1942, primeira lei de cooperativas, e o seu Regulamento de 1943, aparece no ordenamento xurídico español unha regulación específica de cooperativas. Na opinión do relator esta normativa presentaba certos defectos que non melloraron moito a regulación desta institución. En primeiro lugar, o artigo 1º do Regulamento de 1943 elimina unha vez máis o lucro mercantil polo que segue en dúbida a súa cualificación como entidade mercantil. En segundo lugar era unha lexislación anárquica, fragmentada, defectuosa e con problemas de interpretación moi graves.

Co Regulamento de 1971 ábrese unha nova etapa na regulación do movemento cooperativo. Este regulamento mellora a técnica xurídica e a fórmula de estruturación da sociedade cooperativa así como regula máis axeitadamente a posición xurídica do socio, as súas achegas ó capital social, o seu dereito á información e atenúase a dependencia da organización sindical.

Tres anos máis tarde na Lei xeral de cooperativas de 1974 apréciase unha melloría notable na técnica xurídica, incorpóranse normas de dereito societario moderno na procura dunha aproximación á sociedade mercantil.

A Constitución de 1978 no seu artigo 129.2 obriga os poderes públicos a *promoveren eficazmente as diversas formas de participación na empresa e fomentarán, mediante unha lexislación adecuada, as sociedades cooperativas*. Pero a propia Constitución á hora de delimita-la competencia lexislativa do Estado e das comunidades autónomas non lles fai mención expresa ás cooperativas o que deu lugar a que os estatutos de autonomía vasco, catalán, valenciano, andaluz, navarro e balear se apresurasen a establecer-la competencia exclusiva nesta materia. Hoxe en día tódalas comunidades autónomas teñen asumida a competencia exclusiva neste eido.

O relator continuou apuntando que aínda hoxe en día as sociedades cooperativas non teñen a consideración de sociedade mercantil, polo menos de xeito claro, pois se realmente a tiveran non habería competencias para as comunidades autónomas. Este feito, na opinión do relator, non pode ser atrasado por máis tempo xa que implica dende o plano lexislativo unha situación moi dubidosa.

A lexislación autonómica que segue o precepto constitucional adiántase nalgúns casos á estatal co resultado de dez leis de cooperativas cunha normativa moi similar. Este procedemento, en opinión do profesor Río Barro, é equivocado sendo máis axeitado unha lei marco e revisións posteriores cunha regulamentación específica por cada comunidade autónoma. Hoxe, a lexislación estatal ten só carácter supletorio. Inverteuse a orde lóxica co resultado de «policromía lexislativa aparente».

Por outra parte e en relación coa lei galega, produciuse unha discriminación inicial para Galicia pois o artigo 28.7 do Estatuto galego prevía o desenvolvemento lexislativo e a execución da lexislación do Estado en materia de cooperativas ata que a Lei orgánica do 27 de decembro de 1995 deulle a competencia exclusiva neste ámbito pero que tivo que esperar ata 1998.

Neste punto, pregúntase o profesor Río Barro se procede agora a harmonización de todas estas leis autonómicas nun esforzo de aproximación, ó seu modo de ver necesario.

Xa para remata-la súa intervención insistiu en que a cooperativa segue a ser a día de hoxe materia non mercantil e o problema non queda suficientemente resolto no dereito positivo. Dende a súa perspectiva só unha concepción estritamente capitalista do dereito mercantil pode negarlle o estatuto xurídico de empresa mercantil á sociedade cooperativa. O dereito mercantil non vai desvirtua-la esencia da cooperativa e á inversa. Na súa opinión, o grao de complexidade organizativa debe se-lo criterio que a determine como sociedade mercantil e non o afán de lucro. O importante para as sociedades cooperativas é introducir, no plano lexislativo, unha maior flexibilidade no réxime económico fronte ó pretendido purismo ético do cooperativismo tradicional.

Intervención de don Anxo Tato Plaza, profesor de dereito mercantil da Universidade de Vigo: «Constitución e organización da sociedade cooperativa».

O profesor Tato Plaza comezou a súa exposición explicando as diferentes modalidades de constitución dunha sociedade cooperativa. Así, a LCG considera dúas modalidades de cara á constitución da sociedade cooperativa, a *fundación simultánea* e a *fundación sucesiva*. A primeira caracterízase pola unidade de acto, é dicir, tódolos fundadores, nun único

acto, concorren ó outorgamento da escritura pública de constitución e inscriben posteriormente esta escritura no rexistro competente. Pola súa banda, a fundación sucesiva caracterízase pola realización, con carácter previo ó outorgamento da escritura, dunha asemblea constituínte integrada polos promotores da sociedade onde se deliberará sobre todos aqueles extremos que resulten necesarios para o outorgamento da escritura pública de constitución. Ademais, deberá adoptar, como mínimo, os tres seguintes acordos: o acordo de aprobación dos estatutos da cooperativa; o acordo de designación das persoas que van outorga-la escritura pública de constitución e o acordo de aprobación da valoración das achegas non relativas ó diñeiro.

Tanto nun caso coma noutro, lembrou o profesor, toda sociedade cooperativa deberá ser constituída mediante escritura pública que ten que ser inscrita no rexistro de cooperativas competente. A escritura pública deberá así mesmo incluí-las mencións mínimas que prevé o art. 16 da LCG. Neste punto o relator quixo destacar por encima doutras unha mención obrigatoria como son os estatutos da cooperativa, á súa vez estes estatutos deben recolle-las mencións mínimas obrigatorias que establece o art. 14 da LCG:

■ Denominación social (art. 3).

■ Domicilio social.

■ O obxecto social. Na sociedade cooperativa galega a correcta delimitación do obxecto social segue a conservar parte da súa importancia, pois predetermina a clasificación da correspondente cooperativa e polo tanto, o réxime xurídico específico que lle resultará aplicable á sociedade. Pero o obxecto social non predetermina o ámbito de representación dos administradores.

■ O capital social mínimo. Ó respecto, o relator sinalou que a fixación dun capital social mínimo, que non poderá ser inferior a cincocentas mil pesetas, representa unha das principais novidades da LCG. O profesor Tato Plaza nega con rotundidade que o establecemento dun capital social mínimo legal poida actuar como garantía fronte a terceiros. Nese punto esquece que para unha adecuada protección dos intereses dos terceiros acredores, son precisas posteriores medidas que vaian máis alá do simple establecemento dun capital social mínimo legal. A inexistencia dun dereito de oposición dos acredores sociais fronte á redución da cifra do capital social mínimo provoca que carezan de relevancia outras medidas que si prevé o texto legal.

Á marxe destas mencións obrigatorias, os estatutos poderán regular e desenvolver calquera outra materia que os fundadores ou promotores da cooperativa teñan por conveniente. Na opinión do profesor, esta opción pode ser necesaria xa que lles achega un certo grao de personificación ós

estatutos da cooperativa. Deben se-los propios estatutos da cooperativa os que adapten esta ás necesidades e características propias da cooperativa que se pretende constituír.

Por todo isto o relator propón por un lado, fuxir da tendencia a utilizar formularios uniformados e polo outro, rexeitar calquera pretensión de exhaustividade no momento da elaboración dos estatutos da cooperativa posto que os estatutos, segundo dispón o art. 14 da LCG, poden ser desenvolvidos a través do regulamento de réxime interno da cooperativa.

A escritura pública deberá ser inscrita posteriormente no rexistro de cooperativas competente. O art. 97 e seguintes da LCG consideran a existencia dun rexistro central de cooperativas e de distintos rexistros provinciais. No Rexistro Central de Cooperativas deberán inscribirse aquelas cooperativas con ámbito superior a unha provincia, ademais das cooperativas de crédito, de seguros e as cooperativas de segundo grao. Nos rexistros provinciais, será onde se inscriban as cooperativas que non contan cun ámbito de actuación supraprovincial. A inscrición supón o nacemento no tráfico da sociedade cooperativa, é dicir, a adquisición por parte desta de plena personalidade xurídica. Supón tamén, por conseguinte, a fin do proceso de constitución.

Despois de analiza-lo réxime xurídico da constitución da cooperativa o profesor Tato Plaza detívose no estudio do réxime xurídico dos órganos sociais da cooperativa que a LCG establece. A regulación dos órganos sociais da cooperativa constitúe unha das bases fundamentais de toda lei de cooperativas. Ó respecto o réxime xurídico dos órganos sociais debería tender a un necesario equilibrio entre eficacia e democracia. A innegable necesidade de converte-las cooperativas en empresas competitivas, sen embargo, tampouco debería levarnos a esquecer-la esencia daquelas cooperativas como sociedades democráticas, é dicir, son organizacións xestionadas democraticamente polos socios, os cales participan activamente na fixación das súas políticas e na toma de decisións.

Esta tensión entre democracia interna e concorrencia externa, provoca que sexa no ámbito dos órganos sociais onde se lle establece un dos maiores desafíos ó lexislador, desafío que consiste en axuntar doutrina e técnica.

Neste aspecto o lexislador galego decantouse pola eficacia, así o manifesta co obxectivo de reforza-lo carácter empresarial das cooperativas. Isto provoca unha tendencia a profesionaliza-los órganos sociais e unha marcada inclinación a definir e delimita-las competencias dos distintos órganos, co fin de evita-la distorsión que ata agora existía no desenvolvemento daqueles órganos. Da profesionalización dos órganos sociais dérivase unha das principais novidades que introduce a LCG, e probablemente tamén unha das medidas máis polémicas: a posibilidade que abre o novo texto legal de que actúen como administradores (art. 44) ou interventores (art. 53) da cooperativa persoas que non posúen a condición

de socios. Esta medida atopou a oposición dun importante sector do movemento cooperativo, pero segundo a perspectiva do relator a medida merece unha valoración inicial positiva, posto que os socios da cooperativa non sempre contan cos coñecementos técnicos necesarios para a adecuada xestión do tráfico ordinario da cooperativa. A posibilidade de que se nomee como administradores persoas que non posúan a condición de socios abre a porta ó ingreso no Consello Rector de técnicos que poidan achegarlle á xestión cooperativa os coñecementos especializados necesarios. En calquera caso, as persoas non socias non poderán exceder do 25% do total de membros do consello.

Con referencia á regulación dos órganos sociais, a LCG, achega poucas novidades respecto ós antecedentes xa coñecidos. Así, a lei diseña unha estrutura interna na que existen uns órganos necesarios (Asemblea xeral, o órgano de administración e os interventores), uns órganos voluntarios ou facultativos (Consello Rector) e, finalmente uns órganos eventuais (letrado asesor).

A Asemblea xeral (art. 30) configúrase como o órgano supremo de expresión da vontade social. Correspóndelle a aprobación do plan empresarial da cooperativa, a adopción das decisións máis transcendentales para a vida daquela, o nomeamento e revogación dos administradores, o exame da xestión social, a aprobación das contas anuais e da distribución dos resultados, a aprobación do regulamento de réxime interno da cooperativa, etc.

O órgano de administración configúrase como un órgano de goberno, xestión e representación da sociedade. Pódese optar por un administrador único naquelas cooperativas que contan con menos de dez socios mentres que no resto dos casos é obrigatoria a figura do Consello Rector, órgano que contará cun mínimo de tres membros e cunha composición e estrutura, máis alá deste requisito mínimo, que deberá figurar nos estatutos. Ó Consello Rector, órgano colexiado, correspóndelle o goberno da cooperativa e a xestión do tráfico económico ordinario e a representación desta (art. 42). A LCG opta por conceder-lle a facultade de executa-la representación da sociedade ó presidente do consello. Na opinión do relator, esta fórmula é criticable pois a lei nin esixe que o presidente acredite sempre que actúa en execución dun acordo do Consello Rector, nin lle concede ó presidente facultades ilimitadas que lle permitan comprometer irremediabilmente a cooperativa sen asumir ningún tipo de responsabilidade.

Os interventores configúranse como o terceiro órgano necesario da cooperativa cunhas competencias ampliadas, de xeito que seguen a ser un órgano de censura contable, de vixilancia e de control.

Asemblea xeral, Consello Rector e interventores, son os tres elementos sobre os que necesariamente debe pivota-la estrutura interna da coope-

rativa. Esta poderá contar tamén cun comité de recursos que resolva os recursos que interpoñan os socios fronte ás sancións impostas polo Consello Rector. Xunto a este órgano voluntario existe tamén un órgano eventual, o letrado asesor. A súa presenza só resulta necesaria ou obrigatoria naquelas cooperativas que veñan obrigadas a realizar auditoría externa de contas. Nestes casos o letrado asesor deberá dictaminar se son conformes ou non a dereito os acordos polos distintos órganos sociais que sexan inscribibles en calquera rexistro público.

Intervención de don Manuel José Vázquez Pena, profesor de dereito mercantil da Universidade da Coruña: «As cooperativas de segundo grao e outras formas de colaboración económica».

A intervención do profesor Vázquez Pena, centrouse no estudo dos artigos 130 e 131 da LCG dedicándose preferentemente ás cooperativas de segundo e ulterior grao –destino natural, en canto forma de organización–, da maior parte dos procesos de integración cooperativa.

De acordo coa LCG pódense defini-las cooperativas de segundo grao como as sociedades cooperativas que integran cooperativas da mesma ou distinta clase e con certas limitacións a outras persoas xurídicas ou privadas co obxecto de promover, coordinar e desenvolver fins económicos comúns así como reforzar ou integra-la súa actividade económica.

O artigo 130 apartado 8º traza o marco xurídico aplicable a estas cooperativas: *No que non estea expresamente previsto nesta sección as sociedades cooperativas de segundo grao rexeranse pola regulación de carácter xeral desta lei en todo aquilo que lle resulte aplicable.* Parece lóxico, na opinión do relator, que o lexislador remita en primeiro lugar ó artigo 130 pois é o único que se dedica especificamente ás cooperativas de segundo grao. Pero ó longo do articulado da LCG descóbrense referencias máis ou menos precisas a estas cooperativas (art. 7, 18, 21. etc). A regulación de carácter xeral é unicamente o capítulo 1º do título 1º que ten por nome disposicións xerais. Isto quere dicir que ás cooperativas de segundo e ulterior grao lles aplicaríamo-lo artigo 130 e os artigos 1 a 10 da LCG.

- Esta remisión do regulador pódese interpretar de dúas formas:
- Potencia-la autorregulación.
- Atende-la estrutura subxectiva sectorial da cooperativa de segundo grao, é dicir, qué clase de cooperativas a compoñen, se son da mesma clase aplicaráselle as mesmas normas da cooperativa que se trate, se pola contra, son de distinta clase debe aplicárselle o réxime xurídico das cooperativas de servizos³.

³ O profesor Vázquez Pena entende que a definición desta modalidade de cooperativa (cooperativa de servizos) que ofrece o artigo 115.(1 e (2, garda certa similitude coa que ofrece o artigo 130 para as cooperativas de segundo grao.

O profesor Vázquez Pena decántase pola segunda interpretación, xa que a autorregulación deixaría determinados aspectos das cooperativas sen solución. Ó respecto o lexislador galego debe ser criticado porque se mantén nesta idea a pesar de ser coñecedor dos problemas que establecían normas similares noutros ámbitos territoriais.

O relator, despois desta parte introductoria limitouse a sinalar as especialidades que a regulación das cooperativas de segundo grao establece:

1. Especialidades respecto dos socios. Neste punto analizou dúas cuestións:

a) En canto ó momento constitutivo o artigo 7.2 esixe que as cooperativas de segundo grao estean integradas polo menos por dous socios. Hai, como vemos, unha especialidade respecto ó réxime xeral que fala de catro socios como mínimo. Estes dous socios deben ser cooperativas, non cabe outra posibilidade.

b) Respecto a qué persoas deben ser socios, a LCG segue unha liña claramente aperturista porque se permite que das cooperativas de segundo grao formen parte outras persoas xurídicas públicas ou privadas (art. 130.1) con certas limitacións.

2. Especialidades respecto ó réxime xurídico da Asemblea xeral:

a) En canto á representación de cada persoa xurídica socio. A representación neste caso correspóndelle á persoa que teña a súa representación legal (art. 130.3), se non é unha sociedade cooperativa atérmomos ó seu réxime xurídico e se é unha sociedade cooperativa (art. 27.2) a súa representación correspóndelle ó seu presidente. O problema xorde porque o artigo 130.3 permite que a representación das persoas xurídicas nas asembleas xerais corresponda a outro dos seus socios designado para o efecto e para asemblea polo seu órgano de administración. O problema é que non se sabe moi ben se estamos ante unha representación alternativa ou se ese outro socio é un representante adicional ó presidente da cooperativa ou ó que corresponda⁴. O estatuto debe precisar ante qué tipo de representación estamos.

b) En canto ó exercicio do dereito de voto, na LCG instáurase a regra paritaria en materia de dereito de sufraxio, é dicir, cada socio un voto. O que sucede é que non se aplica rigorosamente senón que se pode optar entre este sistema e un sistema proporcional. Así o artigo 130.6 permite a existencia dun voto plural nas cooperativas de segundo e ulterior grao. Na opinión do relator si se deben incluí-los votos dos

⁴ O tema solucionouse na Lei de cooperativas estatal onde a través dunha emenda aprobada no Senado permítese a representación plural.

socios de traballo. Este voto plural pode ser exercido polos socios usuarios e se é o caso polos socios excedentes (art. 28). Tamén os socios colaboradores poderán exercer este voto plural. Os criterios de proporcionalidade son, o número de socios que integra a persoa xurídica asociada e o volume de actividade cooperativa desenvolta pola cooperativa. Neste punto, sinalou o relator a importancia de que os estatutos sinalen coa máxima precisión cales son os criterios de proporcionalidade.

3. Especialidades que establece a elección dos membros do Consello Rector, dos interventores, do Comité de Recursos e dos liquidadores. A LCG establece que a súa elección corresponderalle á Asemblea xeral entre os seus socios. Neste apartado preséntanse interesantes cuestións dende o punto de vista xurídico. En primeiro lugar se cabe un administrador único e un único interventor nas sociedades cooperativas de segundo grao. Na opinión do profesor Vázquez Pena, non cabe un administrador único neste tipo de cooperativas. De acordo co artigo 41 o administrador único debe ser unha persoa física socia e no caso das cooperativas de segundo grao a única persoa física socia é o socio traballador cunha existencia que pode non estar prevista nos estatutos. Máis dubidosa é a posible existencia dun interventor único, o profesor pensa que non existe razón xurídica suficiente que impida a presenza dun único interventor.

4. Especialidades respecto da disolución e liquidación das cooperativas de segundo e ulterior grao. O parágrafo 1º do número 7 do artigo 130 contén unha regra especial respecto da liquidación do patrimonio das sociedades cooperativas. Neste artigo establécese que o haber líquido resultante distribúese entre os socios en proporción ó importe do retorno percibido nos últimos cinco anos con efecto dende a súa constitución. Neste punto o lexislador non cae na conta de que xa non tódolos socios teñen que ser cooperativas, ó respecto temos que distinguir, por un lado, entre destino dos fondos e destino do haber líquido resultante polo outro. Así, os fondos van ós fondos de igual natureza dos socios que sexan sociedade cooperativa. O fondo de educación e promoción cooperativa vai tamén ó fondo de igual natureza dos socios que sexan sociedade cooperativa xa que este fondo debe atender, entre outros fins, o da promoción das relacións intercooperativas. O resto do haber líquido resultante xa se lles transmite tamén ás persoas xurídico-socio de natureza non cooperativa. O relator seguindo a maioría da doutrina opina que non hai que interpretar de xeito tan literal o precepto senón que aposta por unha interpretación máis flexible.

Finalmente, respecto a outras formas de colaboración económica, o artigo 131 é un reflexo do principio de cooperación entre cooperativas

con algunha matización. Por un lado é unha norma de contido moi amplo e polo outro os fins concretos e determinados que se perseguen deben vincularse necesariamente coa satisfacción directa das necesidades dos socios da cooperativa, soster outra cousa sería rompe-lo propio concepto de sociedade cooperativa.

Intervención de don José García-Pita y Lastres, catedrático de dereito mercantil da Universidade da Coruña: «As cooperativas de crédito e de seguros».

Ó profesor García-Pita y Lastres correspondeulle discutir sobre as cooperativas máis especiais que se recollen na LCG, as cooperativas de crédito e de seguros. Na LCG aparecen reguladas nos artigos 127 e 128, dous artigos únicos cada un deles integrantes dunha sección que esconde, sen embargo, a tremenda complexidade dun vasto conxunto de normas do dereito bancario e do dereito do seguro privado.

A importancia cuantitativa destas entidades podería ser hoxe máis que dubidosa, de feito en Galicia unicamente existe unha cooperativa de crédito⁵. Ó seu modo de entender, trátase de alternativas que o lexislador ofrece para darlle cumprimento ó artigo 129.2 da Constitución española. No ámbito bancario e de seguros o predominio masivo da sociedade anónima está máis alá de toda dúbida polas súas características de ánimo lucrativo, fácil transmisión das cotas de socios, etc. Pero tamén no ámbito dos seguros a cooperativa ten un serio competidor que pretende apropiarse do sector no que esta debería moverse, sector das entidades de carácter mutualista, nas que existe unha conexión entre o suxeito que proporciona os servizos e os destinatarios deses servizos. A razón do desprazamento da cooperativa pola mutua de seguros reside en que nesta última existe unha maior tendencia á distribución de beneficios ca nas cooperativas. A pesar de todo, as cooperativas teñen unha presenza continuada na lexislación estatal e autonómica. Esta presenza presenta un problema, o da natureza híbrida destas entidades. As cooperativas de crédito e de seguros son en primeiro lugar, sociedades cooperativas pero tamén son entidades de crédito e aseguradoras. As cooperativas de crédito son entidades de crédito no sentido do artigo 1º do Real-decreto lexislativo 1298/1986 do 28 de xuño que é unha disposición dunha transcendencia histórica e xurídica fundamental pois é a norma sobre a que se constrúe o novo dereito bancario unificado. Por esta razón, este artigo 1º ofrece unha definición claramente funcional *son entidades de crédito aquelas empresas que teñen como actividade típica e habitual recibir do público fondos en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financeiros ou outras análogas que leven emparellados a obri-*

⁵ A Caixa Rural de Pontevedra.

gación de restitución e conceder créditos por conta propia. Atopámonos cun intermediario financeiro de carácter monetario. As cooperativas de seguros son tamén intermediarios financeiros só que son non monetarios, non bancarios. As compañías de seguros captan grandes masas de aforro, son intermediarios porque eses fondos que ingresan teñen unha saída a través dos actos de investimento real.

Tratándose de entidades que intermedian financeiramente estas xeran uns riscos moi importantes para aquelas persoas que depositan os seus fondos nelas. O mesmo sucede coas entidades de seguro. É tal a gravidade social dese risco que o ordenamento xurídico crea dous grandes agregados de normas do dereito bancario e do dereito do seguro privado que son de natureza heteroxénea e teñen unha característica fundamental, o seu sentido teleolóxico. Partindo desta base a regulamentación das sociedades cooperativas presenta varios problemas, entre os que destaca un problema de distinción de competencias estatal e autonómica.

Existen varios títulos competenciais, o artigo 149.6 da Constitución española que lle atribúe ó Estado a competencia exclusiva sobre a lexislación mercantil; o artigo 149.1.11, atribúelle ó Estado a competencia exclusiva sobre o sistema monetario, divisas e logo as bases de crédito e seguros, e o famoso artigo 149.3 que lles deixa aberta a porta ás comunidades autónomas para que se apropien de competencias exclusivas sobre estas materias o que permitiu que os estatutos de autonomía introducisen cláusulas nas que se establece que a comunidade autónoma retén competencias exclusivas en materia de institucións de crédito cooperativo. O motivo fundamental desta situación é que ó existiren comunidades autónomas había que darlles competencias e as competencias en materia de cooperativas son moi ricas. A ocasión ten que ver con que a Constitución española só menciona as cooperativas no artigo 129 e non no artigo 38 no que se establece a liberdade de empresa, polo que se pode chegar á conclusión de que a liberdade de empresa é materia mercantil e polo tanto competencia estatal pero o outro non é mercantil, por iso está noutro artigo. Na opinión do relator aquí existe unha enorme falacia porque o fenómeno cooperativo é un fenómeno empresarial e a única circunstancia pola que as cooperativas aparecen no artigo 129.2 débese ó feito de que se considera o fenómeno da empresa cooperativa dende a perspectiva da participación dos traballadores, da economía social. Sen embargo, hai un predominio estatal á hora de regular as cooperativas deste tipo porque tanto o artigo 127 coma o 128 da LCG acaban por crear un sistema de relación de fontes no que as normas especiais de dereito bancario e do seguro privado teñen claro predominio sobre as normas da lexislación cooperativa, de xeito que en principio a LCG aplícaselle con carácter subsidiario á lexislación bancaria.

O artigo 127 da LCG é un artigo de certa densidade, en primeiro lugar, hai unha definición das cooperativas de crédito, definición que se basea

no propio concepto legal de cooperativa. Esta cooperativa defínese por unha razón estrictamente funcional, é dicir, pola súa actividade e esa actividade é a de servi-las necesidades financeiras activas e pasivas do seu socio que desenvolve a actividade bancaria (art.127.1 da LCG). Nesa afirmación hai unha aplicación dun trazo tan característico das cooperativas como é o principio de autonomía (o socio da cooperativa é ó mesmo tempo receptor e produtor dos servicios) o que está inxustificada, na súa opinión, é que o socio da cooperativa reciba servicios de carácter pasivo. En segundo lugar, este artigo 127 establece o sistema de prelación de fontes, nese sentido fai unha chamada á lexislación xeral bancaria, normativa que está integrada polos seguintes elementos:

- a) Normas específicas sobre a cooperativa de crédito: a Lei 13/1989 e o RD 84/1993.
- b) Normativa bancaria reguladora do Estatuto das entidades de crédito: a Lei de disciplina e intervención das entidades de crédito de 1988, a Lei de ordenación bancaria de 1947, a Lei de bases de ordenación do crédito e da banca e a Lei de harmonización do dereito bancario español para adaptalo á segunda Directiva da U.E en materia bancaria.

Todas estas normas aplícanse ás cooperativas de crédito porque ademais de seren sociedades cooperativas son entidades de crédito. Subsidiariamente aplicaríase-lle a lei galega e só despois desta se lles aplicaríase a lei estatal de cooperativas, unha lei posterior á galega e que introduciu novidades interesantes.

En terceiro lugar, o artigo 127, trata unha modalidade especial e quizais a máis importante de cooperativa de crédito: as caixas rurais. Defínense como *aquelas cooperativas de crédito que teñen o obxectivo estatutario e operativo preferente de servi-las necesidades financeiras do medio rural*. Chama a atención nesta definición o concepto de obxectivo preferente pois as cooperativas de crédito caracterízanse polo principio de exclusividade de obxecto. O que sucedeu, puntualizou o relator, é que o dereito español optou por unha concepción do sistema bancario denominada banca universal, un sistema no que as entidades de crédito non soamente actúan no mercado bancario senón que actúan tamén no mercado de valores, e por esta vía prodúcese un crecemento desmesurado das operacións bancarias neutras ou de servicios. Isto significa en teoría que unha cooperativa de crédito, neste caso caixa rural, pode integra-la súa actividade pola enumeración dun conxunto de actividades verdadeiramente heteroxéneo, polo tanto poderá utiliza-la denominación de caixa rural cando o seu obxecto estatutario operativo preferente se dirixa ó medio rural.

Respecto ás cooperativas de seguros, o artigo 128 é moito máis breve *son aquelas que exercen a actividade aseguradora en calquera do seu rango, en-*

gadindo que estas cooperativas poden ser a prima fixa ou variable⁶. O relator ó respecto, subliñou unha serie de ideas: as cooperativas aseguradoras teñen por obxecto social cubrir riscos, realizar operacións de seguros. Pero esta lei só menciona dúas alternativas, a prima fixa ou variable que son as cooperativas de consumo e de seguros. A lei galega non considerou a posibilidade da cooperativa de seguros de traballo asociado. Isto supón, ó seu parecer, un problema grave xa que se produciu un verdadeiro ataque por vía legal ó principio de liberdade de empresa que rexe tamén no ámbito asegurador. Estas entidades están sometidas a un réxime xurídico no que a liberdade de empresa está sometida a un forte control. A técnica de control típica destes dous agregados normativos é a técnica autorizatoria⁷. Ninguén pode dedicarse á intermediación de crédito e ó seguro sen obter unha previa autorización administrativa. Esta técnica de control vai sempre complementada con outra técnica importante que é a técnica do rexistro administrativo especial. As cooperativas de crédito e de seguros tamén teñen que ser inscritas nuns rexistros administrativos no Banco de España ou na Dirección Xeral de Seguros que son esencialmente distintos dos rexistros de cooperativas ou do rexistro mercantil porque son rexistros estrictamente administrativos que carecen dos efectos de publicidade legal e a súa finalidade é exclusivamente axudar a crear unha relación estable e continuada na que a Administración pública de control pode desenvolver sobre as entidades de crédito e de seguro uns poderes de supervisión e de vixilancia que extravasa calquera outro sector económico. O grao de intervención pública é, polo tanto, moi intenso.

Finalmente, en canto ós órganos, este tipo de entidades teñen que ter uns órganos tipicamente cooperativos, Asemblea xeral e Consello, no caso das cooperativas de crédito chámase Consello Rector e no caso das cooperativas de seguros Consello de Administración. Pero hai unha diferenza fundamental respecto ó resto das cooperativas sometidas á LCG, nestas últimas, existe un órgano obrigatorio, os interventores, sen embargo tanto nas cooperativas de crédito coma nas cooperativas de seguros, substitúese a figura dos interventores polos auditores de contas porque a Lei de auditoría de contas impón esta obrigación para as entidades de intermediación financeira.

⁶ O concepto de prima fixa e variable non está na lei galega senón na estatal e que en certa medida confúndese co momento de percepción da prima.

⁷ No caso das entidades de crédito a autorización administrativa concédeala o Ministerio de Economía e Facenda a través dun expediente que inicia a Dirección Xeral do Tesouro e Política Financeira e Económica e no caso das entidades aseguradoras a Dirección Xeral de Seguros do Ministerio de Economía e Facenda.

■ Xoves, 4 de maio

Intervención de don Jacobo Izquierdo Alonso, profesor da Universidade de Vigo: «As cooperativas de mar e de explotación dos recursos acuícolas».

Segundo o profesor Izquierdo Alonso, a xustificación do tratamento legal destas clases de cooperativas fundaméntase expresamente no preámbulo da LCG na entidade e tradición marítima de Galicia. Na dita lei atopámonos con dúas clases de cooperativas relacionadas co mar: as cooperativas do mar, propiamente ditas e as cooperativas de explotación dos recursos acuícolas.

Entre os problemas que ten formulados este sector salientou o relator os da consecución da racionalización das explotacións e a facilitación do acceso das devanditas explotacións ós sectores e á poboación interesada nesta. A nova lei, na súa opinión, debería contribuír á súa resolución, e rendibilizar así socialmente o seu enorme potencial económico.

1. Respecto ás *cooperativas do mar*, o relator destacou as seguintes cuestións:

■ A definición legal do concepto componse de dous elementos: os suxeitos susceptibles de formaren parte da cooperativa e o seu obxecto ou finalidade. a) Respecto dos suxeitos, a lei agrupa os posibles socios en dúas clases, os titulares de explotacións dedicadas a actividades pesqueiras e profesionais das devanditas actividades. Con referencia a esta fórmula, moi ampliada en opinión do relator, da entrada a unha variada tipoloxía; a titularidade da explotación esixida se é o caso poderá ser posuída por calquera persoa física ou xurídica con título bastante para poder exercitala; os socios pertencentes á categoría de profesionais das actividades que indica o precepto poden selo por conta propia e por conta allea; para o acoutamento legal das actividades a que alude a lei debemos acudir á Lei de pesca de Galicia a á súa normativa de desenvolvemento. b) No tocante ó obxecto, a lei caracterízalas coma unha póla das de servizos cualificada polo ámbito físico das explotacións ou actividades.

■ En relación coas actividades que hai que desenvolver, limítase a dicir que «para o cumprimento do seu obxecto social poderán desenvolver calquera actividade económica e social». A definición das actividades fázase en sede estatutaria.

■ En canto ó dereito de voto, atribúelles ós socios o dereito de voto plural ponderado en proporción ó volume da actividade cooperativizada que desenvolvan coa cooperativa.

■ Polo que se refire ás actividades con terceiros permíteselles ás cooperativas do mar a súa realización, aínda que reenvía neste apartado ó

disposto para as cooperativas agrarias, sendo de destacar aquí, por unha banda, o carácter xenérico da fórmula legal e, por outra parte, que o tope destas actividades será do 50%, do total das actividades realizadas polos socios para cada tipo de actividade en relación a estas operacións, o que sen dúbida tenderá a facilita-la súa viabilidade empresarial.

■ O ámbito de actuación da cooperativa será fixado estatutariamente.

2. Respecto ás *cooperativas de explotación dos recursos acuícolas* destacou os seguintes aspectos:

■ Para a determinación do concepto, a definición legal fundaméntase tamén aquí en dous elementos: determinadas calidades dos socios e o obxecto ou finalidade: respecto ós suxeitos, asociarán os titulares de dereitos de uso e aproveitamento ou posuidores de títulos administrativos habilitantes, así como aqueles que, sen achegar título ou dereito de gozo ningún, van presta-lo seu traballo persoal na cooperativa. No tocante ó obxecto, é a explotación dos recursos acuícolas por medio da xestión dunha empresa.

■ En relación ás actividades que hai que desenvolver, trátase esta materia na LCG con grande amplitude: «calquera actividade dirixida á explotación dos recursos acuícolas e en xeral, cantas sexan propias da actividade ou sexan antecedentes, complemento ou consecuencia directa» das enunciadas no propio precepto.

■ Particular interese espertan as especificacións legais que afectan o Estatuto xurídico dos socios nesta clase de cooperativas e do que o relator destacou as seguintes cuestións: A) A LCG considera dúas clases de socios, os titulares de dereitos ou que deteñan títulos administrativos habilitantes⁸ e os que unicamente presten o seu traballo persoal na cooperativa; B) Polo que se refire ó prazo mínimo de permanencia dos socios na cooperativa, a LCG obriga a que os estatutos sociais establezan o devandito prazo para os socios cedentes do uso e aproveitamento de

⁸ Segundo a Lei de pesca de Galicia de 11 de maio de 1993, os títulos administrativos habilitantes son a concesión, a autorización, o permiso de actividade e o permiso de explotación. Estes títulos habilitantes segundo a Lei de pesca e a normativa de desenvolvemento, poden concretarse nas seguintes modalidades: permisos de explotación de pesca e marisqueo, distinguindo entre o permiso de pesca e marisqueo flotante e o permiso de marisqueo a pé; autorizacións e concesións que implican e explotación dos recursos mariños en réxime de exclusividade nas zonas demaniais marítimas e de dominio público; concesións relativas á acuicultura en zona marítima e aplicables ás instalacións de viveiros; os permisos de actividade requiridos para os establecementos de acuicultura e auxiliares de acuicultura na zona terrestre que requirirán unha previa concesión. Como ben apuntou o relator, a problemática destas figuras vén dada pola brevidade dos prazos da súa vixencia e pola precariedade do outorgamento nalgún caso.

bens e dereitos, tratando así de garantir unha mínima estabilidade da sociedade e que poida facilita-la amortización dos investimentos. Como, se é o caso, a disposición estatutaria terá que ser compatible coa vixencia dos títulos habilitantes que se cedan, a propia lei admite a posibilidade de que os titulares de bens e dereitos, poidan cede-lo uso e gozo destes polo prazo máximo de duración do seu título, suposto este que deberá estar previsto nos estatutos. C) Baixa dos socios; os estatutos deben establecer un dereito de tenteo a favor da cooperativa en caso de baixa dun socio cedente de bens e dereitos. Pero a LCG non distingue a posible causa da baixa, nin regula outros baleiros que deberán cubri-los estatutos. D) Dereito de voto; formúlase para estas cooperativas de xeito claro o principio de que a cada socio lle corresponde un voto.

■ Sobre as actividades con terceiros, no referente á comercialización de produtos procedentes de terceiros non socios, a LCG remite ó disposto para as cooperativas agrarias.

■ En relación ó ámbito, a LCG remite neste apartado ó que dispoñan os estatutos da cooperativa.

■ O réxime económico específico establecido na LCG para estas cooperativas, abrangue as seguintes cuestións:a) os estatutos deberán fixa-la achega obrigatoria mínima; b) os retornos acreditaranse segundo a actividade desenvolta e en proporción ós anticipos laborais ou compensación pola cesión de bens ou dereitos, non se fai así distinción dos excedentes pola súa orixe; c) garánteselles ós socios traballadores unha compensación mínima igual ó 70% das retribucións satisfeitas na zona por igual traballo, e nunca inferior ó salario mínimo interprofesional o que ten unha clara finalidade de protección dos socios traballadores; d) respecto á valoración dos bens inclúense unha serie de normas dirixidas á protección da integridade do capital social. En relación ós bens e dereitos susceptibles de explotación, os estatutos sinalarán o procedemento para a súa valoración, o que vai servir para a determinación dos módulos de participación dos excedentes, ademais, os estatutos poderán regular tamén o réxime de obras e melloras como consecuencia do plano de explotación.

■ O art. 119 apartado 5º da LCG considera a posibilidade de que os estatutos prevegan o denominado «pacto de non perturbación», norma que se deberá interpretar de xeito que abraza a prohibición estatutaria de transmitir dereito que, aínda sendo compatibles co aproveitamento ordinario dos bens, resulten impeditivos da explotación no seu conxunto.

■ En relación cos acordos relativos ó réxime de obras e melloras e ó «pacto de non perturbación», o art.119 apartado 5º esixe unha maioría especial. O relator bota en falta neste punto algunha pauta para a determinación dese «50% dos dereitos explotados», parecendo adecuado ó seu parecer que os estatutos conteñan algunha concreción ó respecto.

Intervención de dona Encarna Davila Millán, profesora de dereito mercantil da Universidade de Vigo: «O asociacionismo cooperativo e as accións da Administración pública no eido cooperativo».

A profesora Davila Millán tocou o interesante tema do asociacionismo cooperativo, asociacionismo que constitúe unha manifestación do principio de integración cooperativa como movemento cooperativo, organizado xuridicamente, con fins de interese colectivo, defensa e promoción dos seus intereses. A exposición de motivos da LCG resalta como bases da regulación do asociacionismo cooperativo, garanti-la esencia do movemento cooperativo así como axuda-la súa consolidación, respectando en todo caso a autonomía e a liberdade de asociación, coa finalidade de ordenar e potencia-la representatividade das sociedades cooperativas. Para isto, a LCG diseña un asociacionismo cooperativo de estrutura piramidal nunha triple manifestación a través de *unións, federacións e confederacións*. O art. 132 da LCG que regula o asociacionismo cooperativo, reconece unicamente a liberdade de asociación a través destas tres fórmulas.

A conferenciante destacou como principios do movemento asociativo o feito de que se trata de asociacións de interese colectivo, libre e voluntario. A finalidade das asociacións cooperativas queda clara dentro do marco de persoas xurídicas de tipo asociativo, non estamos, lembrou, ante sociedades propiamente ditas, senón asociacións que perseguen un fin común non lucrativo.

Trala introducción ó concepto de asociacionismo cooperativo correspondeulle a vez ó estudio específico das clases de asociación de cooperativas que como xa ficou claro son, as unións, federacións e confederacións.

Respecto das primeiras, están constituídas polo menos por cinco cooperativas da mesma clase, e poden formar parte delas as sociedades cooperativas de segundo grao integradas maioritariamente por cooperativas da mesma clase e tamén sociedades agrarias de transformación. Para a válida constitución da unión, esíxese que estas se constituirán por cooperativas da mesma clase e en número non inferior a cinco, prescindindo da actividade que desenvolvan, de xeito que a súa representación está máis ben dirixida á dos seus asociados dentro do movemento e das institucións cooperativas en tanto agrupan un sector determinado delas. Non se considera na LCG, a unión de unións de cooperativas tal e como se fai na Lei xeral de cooperativas. En canto á súa denominación, a unión de cooperativas para poder incluír na súa denominación unha referencia ó seu ámbito xeográfico, ten que acreditar que asocia directamente ou a través das entidades a ela asociadas polo menos o 25% das cooperativas rexistradas na zona xeográfica correspondente, sendo nalgunhas clases de cooperativas difícil acadar esta proporción.

Con referencia ás federacións cooperativas, a profesora subliñou que con esta figura se pretende unha representación de maior alcance. O art.

133.2 establece os requisitos esixidos para formar unha federación. Este artigo límitase a establece-lo número de unións de cooperativas preciso para constituír unha federación e que o establece en dous, o que equivale a un número mínimo de dez cooperativas. Prohíbese que unha unión de cooperativas poida pertencer a máis dunha federación das rexidas pola LCG. Para poder incluír na súa denominación un determinado ámbito xeográfico, ten que acreditar que asocian directamente ou a través das entidades a elas asociadas polo menos o 25% das cooperativas rexistradas na zona xeográfica correspondente.

Con referencia ás confederacións, estas aparecen definidas no nº 4 do artigo 133 da LCG como as constituídas por dúas ou máis federacións de cooperativas. O ámbito da confederación é o do territorio da Comunidade Autónoma.

O réxime xurídico das unións, federacións e confederacións presenta unha serie de normas comúns. Respecto ás súas funcións, correspóndelle: reprensar aos membros, organizar, facilitar e financiar servizos de asesoramento, de verificación de contas e de asistencia xurídica e técnica, fomenta-la promoción e a formación cooperativa e realizar mediacións e conciliacións.

Por outro lado, para adquiri-la personalidade xurídica deberase depositar por medio dos seus promotores no Rexistro de Cooperativas Central de Galicia a escritura pública de constitución que contén como mínimo a relación das entidades promotoras, o certificado de acordo de asociación do órgano de administración de cada unha delas, a composición dos órganos de administración e goberno da entidade, o certificado da sección central do rexistro de cooperativas, os estatutos sociais, a denominación, o domicilio e ámbito territorial e funcional de actuación da entidade, os órganos sociais, os requisitos e procedementos para adquirir e perde-la condición de asociado, así como o réxime de modificación dos estatutos e de fusión e disolución da entidade, o réxime económico da entidade e a regulamentación do dereito de voto. Neste apartado apunta a conferenciante que non se menciona o dereito de información dos asociados entendéndose como suficiente unha remisión á regulación contida no artigo 23 da lei.

A continuación referiuse ó Consello Galego de Cooperativas que vén cubrir unha lagoa existente nas relacións entre as propias cooperativas e, entre estas coas administracións públicas. Será o máximo órgano de promoción e difusión do cooperativismo da Comunidade Autónoma. Atribúenselle funcións de carácter consultivo e asesor das administracións públicas nesta materia. Para o exercicio das funcións que se lle encomendan por lei, garánteselle plena capacidade de obrar. Estamos ante un órgano xurídico colexiado, de carácter consultivo e asesor das administracións públicas galegas para tódolos temas que afecten o cooperativismo,


a través do cal se fomenta a participación na actividade económica e social das cooperativas. Constitúe un elemento de solidariedade intercooperativa e a súa misión será a de promoción e difusión do cooperativismo. A LCG regula este órgano no capítulo 2º do título IV, artigos 135 e 136. A enumeración de tódalas súas competencias aparece no artigo 135.2 da LCG. Estará integrado maioritariamente polas entidades representativas das cooperativas, e ademais, por representantes da Xunta de Galicia, dos concellos e universidades de Galicia. O número respectivo de representantes determinarase regulamentariamente. O seu presidente será o conselleiro en materia de traballo. Igualmente, a súa estrutura, composición e funcións dos órganos do consello, o sistema de elección e as atribucións, determinarase regulamentariamente.

Xa para rematar, a profesora Davila Millán falou das accións da Administración pública no ámbito cooperativo, onde rexe como principio xeral que «a Xunta de Galicia reconece de interese social a promoción e o desenvolvemento das sociedades cooperativas, así como das súas estruturas de integración económica e representativa». Neste sentido realizará unha política de fomento do movemento cooperativo. A dita actuación levarase a cabo a través da Consellería de Traballo. Corresponderalle tamén a esta Consellería a función de inspección en relación co cumprimento da Lei de cooperativas. Esta inspección realizarase a través da Inspección de Traballo e Seguridade Social con carácter preventivo. A lei tamén prevé a intervención temporal das cooperativas cando concorran circunstancias que poñan en perigo os intereses dos socios ou de terceiros. A lei tamén prevé medidas de fomento coma as que aparecen recollidas no artigo 142:

- Terán a condición de comerciantes por xunto, polo que lles aplicarán os prezos e tarifas correspondentes.
- Non terán a consideración de vendas, as entregas de bens e prestacións de servizos que lles realicen as cooperativas ós seus socios.
- As cooperativas que concentren as súas empresas mediante calquera das figuras xurídicas recoñecidas legalmente, aplicaráselle-la lexislación sobre agrupación e concentración de empresas.
- Terán preferencia nos casos de empate nos concursos e poxas que participen convocados polas administracións públicas galegas para a realización de obras, servizos e abastecementos.
- A Xunta de Galicia poderá cualificar como entidades non lucrativas, as cooperativas que polo seu obxecto, actividade e criterios económicos, acrediten a súa función social.
- A Consellería de Economía e Facenda poderá adoptar as medidas oportunas para que os títulos e valores emitidos por sociedades cooperativas a fin de atender-lo seu obxecto social, sexan cualificados

como aptos para os efectos de cubri-lo coeficiente de investimento obrigatorio das caixas de aforro, de acordo coas disposicións que lles sexan aplicables.

Clausura das xornadas

A clausura das xornadas correu a cargo de Domingo Bello Janeiro, director da Escola Galega de Administración Pública, quen despois de agradecerlles a tódolos relatores destas xornadas a súa participación, apuntou a necesidade de continuar profundando no estudio do fenómeno cooperativo galego. Nun proceso de globalización, no que as barreiras ós intercambios comerciais se disolven e a concorrencia aumenta, as sociedades cooperativas preséntanse como a forma máis axeitada para introducir modificacións nas estruturas das empresas galegas e poder así enfrontarene ás cambiantes condicións dos mercados nunha posición competitiva. Neste sentido, o réxime xurídico que instaura a Lei de cooperativas de Galicia está sendo determinante nos horizontes de desenvolvemento do cooperativismo na nosa Comunidade Autónoma. As sociedades cooperativas están demostrando a súa gran potencialidade e, polo tanto, dende a lei invítase ó asociacionismo. 



BIBLIOGRAFÍA

B

RECENSIÓNS

El derecho constitucional al medio ambiente

Gerardo Ruíz-Rico Ruíz

Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

A comparación entre os textos constitucionais da segunda posguerra e os mediterráneos da década dos setenta, suxiren algunhas conclusións da distinta forma de enfoca-la protección do medio natural. Unha observación superficial permite visualizar algunhas referencias sobre este tema nas constitucións promulgadas durante as décadas inmediatas á Segunda Guerra Mundial. Sen embargo, evidénciase unha falta de sintonía con respecto á regulación que se vai dar con posterioridade nas normas fundamentais que aparecen en Europa. Os elementos diferenciais entre un e outro grupo de constitucións poderíanse condensar en varias consideracións:

1. Dentro das constitucións liberais da segunda posguerra as escasas declaracións que aluden directamente ou indirectamente ó ambiente natural teñen unha localización heteroxénea, ben dentro dos principios fundamentais e «relacións ético-sociais» (Constitución italiana de 1947), ben como criterio de división competencial nun estado descentralizado (capítulo sobre «lexislación federal», na Lei fundamental de Bonn, 1949). O certo é que esta diversidade á hora de escolle-la instalación dunha cláusula constitucional sobre o medio natural é un indicio bastante claro de que o constituínte non tiña unha convicción moi definida sobre a súa natureza xurídica.
2. As normas fundamentais deste período a penas se limitan a facer referencias demasiado abstractas como para deducir cunha certa precisión o potencial compromiso que se estaría adquirindo constitucionalmente.

Unha notable evolución experimentouse nos textos europeos da década dos setenta. Obsérvase un tratamento moito máis uniforme do tema, tanto desde o punto de vista da súa localización no articulado xeral, coma da súa concepción normativa. Coinciden deste modo as tres constitucións máis significativas en incardina-las disposicións relativas ó medio natural no marco dos «dereitos» sociais e/ou culturais (a Constitución portuguesa de 1976, artigo 66, a Constitución grega, artigo 24 e a Constitución española, artigo 45). Cabe deducir desta proclamación, unha vontade do constituínte por dotalos dun maior grao de virtualidade normativa, gracias á cal se poden garantir cunha superior eficacia os mandatos constitucionais que alí se inscriben.

Desde o punto de vista da súa estrutura normativa, as disposicións constitucionais formulan non só principios programáticos da actuación dos poderes públicos, senón tamén (Portugal, España) «dereitos de crédito» a favor do cidadán. A súa simple proclamación ou positivación non supón unha facultade subxectiva que o converta en directamente esixible, pero o feito en si de que se recoñeza en canto «dereito» do conxunto da sociedade implica a pauta que obrigatoriamente debe segui-lo lexislador ó desenvolve-los instrumentos de protección ambiental. Deste modo, compréndense as iniciativas lexislativas que introduciron paulatinamente elementos de «subxectivación» daquelas cláusulas constitucionais: creación de circuítos de participación dos grupos e particulares nos organismos administrativos ambientais competentes para a conservación da natureza, a ampliación do concepto de lexitimación procesual aplicada ós chamados «intereses difusos», sen esquece-la nova teoría da responsabilidade civil por danos ó medio natural.

Dentro da que podería cualificarse de terceira xeración na disciplina constitucional do medio natural, atopámo-la reforma da Constitución alemana de 1994. Neste sentido, o novo artigo 20-1 da *Grundgesetz* non fai senón ratificar a evolución dos textos fundamentais cara a unha ampliación do seu espectro dogmático, incorporando disposicións que sinteticen a importancia que cobra na máis alta esfera xurídica a tutela do medio natural. Pero un dos aspectos que sobresaen é a declaración que se fai sobre os principais destinatarios do mandamento constitucional. O constituínte alemán fixo unha mención expresa de cada un dos poderes do Estado, no que sería un implícito reforzamento da obriga que a todos lles incumbe na orde ó cumprimento dun deber de protección ambiental.

As recentes constitucións iberoamericanas tamén incluíron entre o seu articulado unha específica disciplina ambiental. Probablemente, debido á tradicional influencia das antigas metrópoles, pódese constata-la crecente importación dunha «constitución cultural-ambiental» a partir dos anos oitenta e, sobre todo, dos noventa. Atopamos exemplos nas normas constitucionais de Perú, Guatemala ou O Brasil.

A última etapa no proceso de constitucionalización do medio natural atopámola nos antigos países do leste. O verdadeiro problema desta nova vaga de

constituções ambientais é que teñen que aplicarse sobre unha realidade física e natural que soporta uns niveis tan elevados de degradación, que con toda probabilidade os seus obxectivos esenciais non pasarán de ser loables declaracións semánticas sen a penas contido xurídico vinculante.

Un caso singular no contexto do constitucionalismo democrático son os Estados Unidos. A súa Constitución data de finais do século XVIII, polo que dificilmente podería conter disposicións que fagan referencia a un problema ecolóxico entón inexistente. Sen embargo, isto non foi obstáculo para que aquel país fose pioneiro na aprobación das primeiras leis conservacionistas, sobre dúas vertentes esenciais do dereito ambiental: a protección dos espazos naturais e o impacto ambiental.

A demanda en favor do recoñecemento dunha sociedade máis ecolóxica xorde no contexto dunha sociedade postindustrial, é dicir, xustamente onde existe un maior risco para a conservación do medio natural. Neste proceso de reconquista e humanización da vida cotiá é onde cobran importancia o que logo poderemos recoñecer como a nova xeración de dereitos sociais: o urbanismo racional, o medio natural, o ocio e o tempo libre, o dereito á diferenza das minorías sociais ou a defensa do cidadán contra unha sociedade de consumo. Entre estas, vaise impondo unha contracultura da ecoloxía e o pacifismo que pode explicar, en boa medida, a xeneralización nos anos posteriores dunha disciplina xurídica do ambiente.

A recepción nas normas constitucionais dunhas cláusulas con marcado acento ecolóxico –o que poderíamos denominar «constituición ambiental»– supón a resposta normativa a unha necesidade social. Ou doutro modo, representa a expresión positiva dun valor en alza desde o punto de vista político e cultural.

A traxectoria que seguiu a súa recepción nos textos fundamentais europeos permítenos traza-la problemática que se atopa no fondo do que foi unha progresiva positivación do medio natural como ben xurídico constitucional. Ten sentido situalo nas posicións superiores da escala de valores constitucionalizada, ou entre os principios fundamentais dun sistema político.

Respecto da súa proxección no ámbito do estado de dereito, apréciase a constante presenza dun criterio ecolóxico que atravesa o conxunto do ordenamento xurídico. De aí que as políticas públicas estean impregnadas tamén dunha compoñente ambiental que limita considerablemente as marxes de actuación pública. Trátase dunha horizontalidade, a de dereito ambiental, que marca en boa medida a evolución actual da maior parte das coñecidas como «ramas» do dereito. Con iso, e mediante unha nova concepción da responsabilidade obxectiva que non sexa utilizada como parapeto de violacións cualitativamente antixurídicas, poderase avanzar na paulatina confección dun dereito ó medio natural susceptible de ser accionado ante os órganos xudiciais encargados de tutelalo.

Unha segunda demostración da implicación democrática do dereito ambiental localizaríase nesa latente, e ás veces explícita, subsidiariedade coa que,

visto desde unha óptica constitucional, se articulan as relacións competenciais entre centro e periferia. Isto explica a tendencia a responsabilizalos poderes públicos máis «achegados» na satisfacción de tódolos dereitos colectivos onde estean implicadas nocións como a calidade de vida e medio natural.

Finalmente, o valor ético, cultural e constitucional que cobrou a protección do ambiente vai modificar intensamente as pautas interpretativas do principio social ata o punto de modula-lo significado dalgúns dos fins que ata hoxe eran os seus principais sinais de identidade. Deste modo, o medio natural perde a súa marca social para adoptar unha configuración autónoma, non tanto como dereito de crédito, isto é, coma facultade que permitiría esixir dos poderes públicos unha actuación positiva orientada á defensa e conservación da natureza.

Certamente, a medida exacta do valor xurídico que ten a disciplina constitucional do ambiente compróbase na creación de dereitos e deberes de carácter subxectivo, mediante os cales se poida garantir de maneira efectiva o cumprimento dos fins sinalados nun texto constitucional.

Desde unha perspectiva comparada permítenos recoñece-lo dereito ó medio natural entre unha nova xeración de dereitos que se contén por primeira vez nas normas constitucionais promulgadas nos anos setenta (Grecia, España e Portugal) e máis tarde xeneralízase na maior parte das constitucións aprobadas nas dúas últimas décadas. En todas elas, vese a evolución que experimenta a dogmática constitucional, desde a formulación duns orixinais dereitos de liberdade, logo complementados cos dereitos de participación democrática, ata rematar co nacemento dunha terceira xeración de dereitos sociais, vinculados a unha idea de igualdade substancial ou efectiva sen a que non sería posible un ámbito real de autonomía individual.

Unha das finalidades principais que comporta a existencia dunha disciplina constitucional sobre o medio natural encamiñase á posibilidade de elaborar un marco de principios e obxectivos xerais que marquen a dirección para a intervención das institucións políticas e administrativas. Esta virtualidade resulta significativa ante a contaminación normativa que ocasiona a extraordinaria produción de leis sectoriais do medio natural que se están a aprobar na actualidade.

Trátase dun concepto indeterminado, ou mellor indeterminable, ben pola potencial extensión do que podería chegar a abarcar, ben pola incesante dinámica evolutiva a que está sometida. Así pois, a súa constitucionalización pode ser útil para marca-los fins e principios que deben inspira-la actuación do poder público, anque desde logo, só tras unha operación hermenéutica sería posible adaptalos ós novos problemas ambientais que vaian aparecendo co desenvolvemento da sociedade postindustrial.

Un dos aspectos máis singulares da configuración xurídica do dereito ó medio natural radica na confusión das titularidades activa e pasiva deste. A diferenza dos demais dereitos sociais, no que o cidadán aparece como beneficiario dunha actividade prestacional dos dereitos públicos, no caso do dereito

ó medio natural o suxeito titular deste resulta tamén destinatario dunha obriga que comporta o deber de respectalo, evitando contribuír á súa potencial degradación.

Non estamos en presenza dun dereito «xustizable», isto é, carece en principio dunha eficacia inmediata para medi-la lexitimidade constitucional da actuación do poder público. Desde unha perspectiva xurídico-constitucional esto significa que son escasas as posibilidades de que poida ser invocado con éxito a través dun procedemento xurisdiccional, tanto na súa versión de amparo xudicial coma amparo constitucional, se antes non recibiu un previo tratamento normativo infraconstitucional. O caso é que logo desa configuración legal ou normativa que necesita o medio natural para ser alegado ante calquera xurisdicción predícase da maior parte dos dereitos públicos subxectivos.

Pero non basta coa proliferación dunha extensa lexislación ambiental que, nos diferentes planos sectoriais do ordenamento desenvolve con máis ou menos exactitude os compromisos que se promoven desde a esfera constitucional. É necesario que os grandes obxectivos da ecoloxía xurídica se poñan en práctica mediante políticas públicas que lles corresponden ós gobernos, os cales gozan no exercicio da súa función directiva dunha marxe considerable de discrecionalidade para delimita-las secuelas cronolóxica e substantiva dos proxectos ambientais.

O recoñecemento constitucional dun dereito ó medio subxectivo do medio natural sempre vai necesitar dunha mediación lexislativa imprescindible para concretar aspectos como o contido, a titularidade e os mecanismos procesuais para a súa tutela xudicial.

Tratándose dun dereito difuso, isto é, exercitado por colectivos sociais de cuantificación indeterminada e a súa titularidade coincidiría na práctica co conxunto da sociedade, o problema da súa articulación xurídica radica na configuración de procedementos que permitan unha defensa directa ante os órganos xurisdiccionais. De aí a énfase en proceder a unha renovación en profundidade dos esquemas tradicionais da lexislación procesual, ou alternativamente da interpretación xurisprudencial que se fai desta, para conseguir instrumentos de lexitimación activa dos grupos e cidadáns afectados por lesións ó seu medio natural.

A funcionalidade dunha regulación constitucional específica sobre o dereito ó medio natural queda en dúbida cando se previron nos textos constitucionais mecanismos de interiorización do dereito internacional. Esta subordinación faise patente con respecto á normativa ambiental da Unión Europea. No que respecta ó medio natural tivo lugar unha auténtica constitucionalización duns principios do medio natural, que acadaron as últimas reformas que se aprobaron dos tratados fundacionais en 1986 e 1992. Aqueles elementos programáticos dos novos tratados configuran un marco constitucional de principios xerais para a conservación da natureza que se proxectaría sobre a esfera constitucional nacional.

Os principios xerais da acción do medio natural comunitaria veñen definidos por primeira vez na Acta única de 1986: principio de acción preventiva, subsidiaridade, horizontalidade e principio de carácter sancionador de «quen contamina paga». No Tratado da Unión Europea perfilanse aínda máis os presupostos constitucionais mediante a proclamación duns principios que teñen unha proxección sobre o dereito ambiental europeo case automática: subsidiaridade, transparencia e participación. Establecerase en relación coa protección do medio natural unha cláusula programático-xeral, que impón a dirección imperativa cara a obxectivos como a «conservación, protección e mellora da calidade do medio natural», a «utilización prudente e racional dos recursos naturais», xunto ó «fomento de medidas a escala internacional destinadas a facerlles fronte ós problemas rexionais ou mundiais do medio natural».

Determinase un conxunto de elementos de avaliación previa que deben inspirar-lo procedemento de elaboración das políticas ambientais da Comunidade, desde os datos e achegas científicas de interese e as condicións do medio natural en cada rexión a aspectos de carácter socioeconómico, como as vantaxes e cargas que poidan resultar da acción do medio natural comunitaria e o desenvolvemento económico e social da Comunidade no seu conxunto e de cada unha das rexións que a compoñen.

A postura que defendeu a doutrina do Tribunal de Xustiza da Comunidade vén ratificar-la concepción subxectiva do medio natural, ó considerar oportuna e correcta a directa apelación xurisdiccional polos particulares co fin de obter-la execución polas autoridades nacionais dos compromisos adquiridos no ámbito comunitario. Polo de agora o Tribunal de Xustiza aceptou a legalidade conforme o dereito comunitario daquelas normas internas que establezan prohibicións a determinadas actividades empresariais que poidan supor un risco no medio natural.

Outro dos factores que contribúen de maneira importante ó proceso de homoxeneización desta «constitución ambiental» sería a doutrina xurisprudencial do Tribunal de Estrasburgo. Son na actualidade varias as resolucións que se ocuparon de cuestións ambientais, a partir das cales o Tribunal europeo foi consolidando unha vía de conexión coa tutela do medio natural. O punto de partida sempre o constitúen situacións de perturbación ós cidadáns provocadas por actividades relacionadas coa enerxía nuclear, emisións contaminantes (ruídos, olores) ou outros danos ambientais. Existe un argumento de fondo que se repite en tódalas decisións: a alegación dunha potencial violación do dereito á intimidade e á vida privada familiar. Pero polo xeral as demandas van ser rexeitadas co razoamento de que os estados dispoñan dunha marxe de apreciación para o establecemento de medidas correctoras das molestias causadas, ademais de considerar prioritario para o benestar xeral dun país o funcionamento deses aeroportos desde onde procedía a contaminación acústica.

O dereito comunitario está a poñer de manifesto a debilidade dos pronunciamentos constitucionais, pero ó mesmo tempo contribúe a reforzar-la efica-

cia dun dereito constitucional ó medio natural. A progresión dunha sensibilidade ecolóxica no lexislador comunitario deixa ó descuberto as carencias que existen nos ordenamentos constitucionais internos para levar á práctica uns mandamentos que non pasan de ser declaracións de boas intencións, que ten unha virtualidade normativa real subordinada, ó final, á vontade política que en cada momento decidan poñer en práctica os gobernos e os parlamentos nacionais. Sen embargo, o ordenamento comunitario ambiental ten algunhas particularidades que o converten de feito no principal centro de referencia do dereito ambiental europeo. Posúe unha eficacia incuestionable fronte ós poderes estatais, gracias ós efectos directo e primacía. Fronte á autoridade estatal representa a única instancia de control xurídico.

A Constitución española de 1978 regula no seu artigo 45 o dereito ó medio natural. O constituínte español non permaneceu alleo a aquelas expectativas sociais, ata entón inéditas no panorama do constitucionalismo europeo. O anteproxecto constitucional español configuraba desde o seu inicio dous aspectos substanciais da súa regulación: o «dereito» a gozar e o «deber» de protexe-lo medio natural. Anque a denominación xenérica do título primeiro se refire ós «dereitos e deberes fundamentais», o certo é que o constituínte trasladou ó capítulo terceiro un conxunto de mandatos dirixidos ós poderes públicos que adoptan a configuración de principios orientadores de acción social do Estado.

O artigo 45 da Constitución non só subministra un marco xurídico esencial para o recoñecemento formal do que se enuncia como «o dereito a un medio natural adecuado para o desenvolvemento da persoa» (art. 45.1); tamén proporciona algúns dos datos necesarios tanto para descifra-la natureza e contido da norma coma para coñece-lo nivel de garantía que se ofrece polo texto fundamental a un dos dereitos emblemáticos do Estado postsocial. Pero a primeira dificultade que ten este precepto é a delimitación do concepto constitucional de medio natural. O Tribunal Constitucional na Sentencia do 26 de xuño de 1995 deu unha definición válida para comprende-lo contido deste principio rector.

O concepto de medio natural constitucionalizado non pode interpretarse como o dereito a gozar dun ambiente ideal, sen restriccións razoables. Ó igual cós demais dereitos proclamados na norma fundamental non debe ser entendido nunca como dereito absoluto e incondicionado, tanto máis cando se ve limitado por outros principios do mesmo rango que apuntan cara a unha dirección oposta que esixe unha harmonización. O que se xera é un interese xuridicamente protexido pola Constitución a que a lei estableza facultades subxectivas para facer cumprí-la obriga de respecta-lo medio natural, esixido tanto a axentes públicos coma privados.

Desde unha visión sistemática, queda suficientemente patentizada a conexión do dereito ó medio natural con outros dereitos e principios constitucionais. Nun plano máis positivo, a formulación do dereito a un ambiente ade-

cuado poderíase considerar implícito na esfera material do artigo 10.1, cun enunciado que deixa suficientes indicios para propugnar unha posible alianza interpretativa entre ámbolos preceptos: «a dignidade da persoa, os dereitos inviolables que lle son inherentes, o libre desenvolvemento da personalidade...fundamento da orde política e da paz social».

Non se consagrou aquí un dereito fundamental, senón unicamente unha cláusula con valor interpretativo de tódolos dereitos que se establecen no título primeiro. Pero esto non obsta para deducir unha relación máis que evidente entre o artigo 45, onde se menciona como finalidade última ou razón de ser do dereito ó medio natural «o desenvolvemento da persoa» e un criterio iusnaturalista de dereitos humanos, como dereitos inherentes á dignidade do home, anteriores á propia Constitución, se ben subordinados a aquela á hora de transformarse en normas xurídicas vinculantes.

O dereito ó medio natural vai entrar en directa e potencial confrontación cos dereitos máis emblemáticos do sistema económico constitucionalizado. En efecto, o recoñecemento dos dereitos típicos dunha economía de mercado –dereito á propiedade e á liberdade de empresa– anticipan xa o previsible conflito entre uns intereses que xeralmente se presentan como contradictorios ou incompatibles. A protección do medio natural pode supor un obstáculo para a realización doutras metas que, en forma de obxectivos socioeconómicos, se previron nun marco dispositivo do principio social.

Por outra banda, a obriga que recae nesta materia sobre os poderes públicos non é estritamente a defensa inequívoca do ambiente, senón a utilización racional dos recursos naturais. Así mesmo, na programación das políticas ambientais deberanse ter en conta aqueles principios constitucionais que operan en forma de límites contrarios a unha hipotética discriminación territorial, producida cando se lles outorga carácter hexemónico ós obxectivos ecolóxicos.

Pese a que a Constitución española non confire de forma automática e directa un dereito público subxectivo de eficacia inmediata, esto é, un dereito de prestación esixible xurisdiccionalmente, cando menos si estaría a xerar un interese lexítimo para que se regulen no ordenamento xurídico as condicións que o fagan realizable e permitan a súa alegación ante os tribunais.

O recoñecemento constitucional do dereito ó medio natural vaille supor tamén unha garantía procedemental que obriga ó establecemento duns canais de participación social daquelas persoas, colectivos e asociacións representativas dos intereses afectados polas políticas ambientais, tanto mediante técnicas de lexitimación procesual coma a través de instancias de colaboración no seo dos órganos competentes das administracións públicas. Precisamente neste ámbito a xurisprudencia constitucional demostrou ata hoxe unha actitude que pode cualificarse de homoxénea e positiva á hora de apreciar a transcendencia que ten o principio participativo na esfera do dereito ambiental. Unha derivación máis daqueles mandatos constitucionais desde os que se impulsa unha intervención social nos circuitos xurídico-institucionais de protec-

ción do medio natural encontrou eco nas novas fórmulas de lexitimación procesual dos grupos e asociacións que actúan na defensa da natureza. Sen dúbida, contribuíu a este fin a interpretación extensiva e flexible que do dereito á tutela xudicial efectiva (art. 24 da Constitución) se consolidou na nosa xurisprudencia constitucional. Gracias a unha posición do Tribunal Constitucional a favor da ampliación da titularidade subxectiva daquel dereito fundamental puidéronse suplir en parte as deficiencias que para a súa protección xurisdiccional ten o dereito ó medio natural.

O dereito ó medio natural, en canto dereito subxectivo a participar naqueles asuntos relativos a esta materia xestionados polos poderes públicos, encontrou unha recente manifestación na regulación dun sistema de acceso á información ambiental. Anque xa na Lei 30/1992 se configura o dereito a acceder ós rexistros e ós documentos que estean en arquivos administrativos, foi a través da Lei 38/1995, do 12 de decembro, como se concretou no campo do dereito ambiental.

En canto ó tratamento punitivo dos danos ó medio natural no noso ordenamento xurídico, ata a recente reforma do Código penal de 1995 existía un único tipo delictuoso. De aí que un dos desenvolvementos normativos máis esperados do artigo 45.3 da Constitución produciuse coa aprobación dun novo Código penal no que se previu o establecemento de sancións penais contra aqueles actos que supoñan unha infracción grave do dereito ó medio natural e o deber de utilización racional dos recursos naturais. Nun único bloque de normas (título XVI, artigos 319 a 340) reuníronse os delitos relativos á ordenación do territorio, á protección do patrimonio histórico e do medio natural, é dicir, todas aquelas infraccións nas que se atenta contra bens naturais e culturais, cunha relevancia e gravidade que xustifican a aplicación de instrumentos sancionadores desta natureza.

En canto á conveniencia de utiliza-la vía penal para solucionar-lo problema dos danos ambientais, resultaba unha esixencia constitucional ineludible. Mais unha das dificultades que presenta a aplicación da nova regulación penal estriba na facultade que posúen os xuíces e tribunais para apreciar esta gravidade.

Na actualidade, os delitos que afectan o medio natural configuráronse separadamente doutros tipos penais cos que teñen unha estreita conexión obxectiva, pero respecto dos cales representan un ben xurídico distinto, encuadrándose en dous capítulos específicos dedicados, por un lado, á protección dos recursos naturais e do medio natural, e á protección da flora e da fauna, por outro.

A nova configuración do delito ecolóxico implica o recoñecemento polo lexislador de que o equilibrio ambiental se pode ver alterado non só polas industrias e as actividades contaminantes, senón ademais por calquera outra intervención do home que poida prexudicar gravemente o hábitat natural. Tense en conta ademais o feito de que as conductas tipificadas se cometan en zonas de

especial valor ambiental, esto é, en espazos naturais protexidos, para eleva-la importancia das sancións aplicables.

O novo Código penal condena a posible responsabilidade dos funcionarios da Administración, ben á hora de autoriza-lo funcionamento das industrias ou actividades contaminantes, ou ben cando silenciaren as infraccións con motivo dunha inspección. A razón de ser do artigo 329 non é outra que incrimina-la responsabilidade do funcionario cando este actúa en contra das leis de protección do medio natural.

O que non resolveu o novo código é a inclusión como potencial e específico suxeito activo do delicto ecolóxico das empresas públicas ou daquelas entidades privadas que actúan por concesión administrativa dos poderes públicos. Outro dos problemas que presenta o novo delicto ecolóxico xorde por mor da remisión xenérica que se lle fai continuamente á lexislación e normativa ambientais específicas.

Coa aprobación da Constitución de 1978 a protección do medio natural en España experimentou un intenso proceso de descentralización lexislativa e administrativa. Unha boa parte das políticas públicas que teñen como obxectivo a defensa da natureza ou a loita contra as diversas formas de contaminación, foron deseñadas polas comunidades autónomas e, en menor medida tamén, polas administracións locais (concellos e provincias). Un dos problemas vitais que presenta a realización do principio ambiental radica na delimitación exacta dos títulos competenciais que teñen asignadas as diversas administracións públicas. Mais ó non poder sacar da dicción do artigo 45 ningún título competencial que habilite unha administración concreta, faise necesario acudir a outras referencias constitucionais:

1. Ás cláusulas xerais sobre repartición de atribucións entre Estado e comunidades autónomas.
2. Ó articulado dos correspondentes estatutos de autonomía.

Desde a óptica constitucional, o título VIII ofrece un marco esencial para a repartición de competencias, que ten como puntos de referencia esenciais os seguintes preceptos:

1. 148.1.9: As comunidades autónomas poderán asumir competencias na xestión en materia de protección do medio natural.
2. 149.1.23: Sobre competencia exclusiva do Estado.

A CE non lles atribúe en exclusiva esta materia nin ó Estado nin ás comunidades autónomas, e que debido a este carácter compartido faise necesario intentar establecer unha repartición ou delimitación das funcións específicas.

Entre as competencias exclusivas que se lles atribúen ás comunidades autónomas: ordenación do territorio, urbanismo e vivenda; agricultura e gandería; aproveitamentos hidráulicos de interese para a comunidade autónoma; montes e aproveitamentos forestais; pesca fluvial en augas interiores e caza; fomento do desenvolvemento económico; sanidade e hixiene.

Entre as competencias exclusivas do Estado que afectarán a conservación do medio natural: lexislación civil e lexislación sobre expropiación forzosa; bases e coordinación da planificación xeral da actividade económica; bases e coordinación xeral da sanidade; pesca marítima; lexislación, ordenación e concesión de recursos e aproveitamentos hidráulicos cando esas augas discorran por máis dunha comunidade autónoma; obras públicas de interese xeral ou que afecten a máis dunha comunidade autónoma.

Deste modo, o contido da tutela ambiental dispersada polas diferentes instancias político-administrativas vai quedar supeditado non só á interpretación que o lexislador (estatal ou rexional) faga das súas propias competencias lexislativas, senón tamén á tradución que faga cada Administración no plano executivo e regulamentario. ■

M^a del Carmen Silva López
Avogada

Las funciones directivas en las entidades locales

Antonio Serrano Pascual
María Pilar Teruel Melero

Editorial Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2000

Esta obra aparece estructurada en catro grandes bloques ou partes. A primeira destas partes está dedicada á función pública na Constitución española de 1978; ós recursos humanos das corporacións locais; tamén se refire á normativa estatal e á lexislación autonómica sobre a función pública local; ós antecedentes normativos do persoal eventual ou de confianza; ó rol do funcionario e do persoal directivo e ás perspectivas xurisprudenciais sobre o persoal de confianza política nas entidades locais.

A Constitución española de 1978 senta as bases do deseño da Administración e da función pública do noso país, fundamentalmente no artigo 103, onde dispón:

- 1. A Administración pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e ó dereito.*
- 2. Os órganos da Administración do Estado son creados, rexidos e coordinados de acordo coa lei.*
- 3. A lei regulará o Estatuto dos funcionarios públicos, o acceso á función pública de acordo cos principios de mérito e capacidade, as peculiaridades do exercicio do seu dereito á sindicación, o sistema de incompatibilidades e as garantías para a imparcialidade no exercicio das súas funcións.*

Este precepto débese poñer en relación co artigo 23.2 da propia Constitución ó establecer que os cidadáns teñen dereito a acceder en condicións de igualdade ás funcións e cargos públicos, cos requisitos que sinalen as leis.

O marco da función pública que se desprende dos artigos 23 e 103 da Constitución caracterízase pola súa despolitización, entendido este termo no sentido de que o empregado público debe servi-los intereses xerais con obxectividade e imparcialidade e de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización e coordinación, sometido plenamente á lei e ó dereito.

A configuración do funcionario público como servidor da colectividade e non dun determinado partido político, dá sentido así á inmovilidade funcional, que se liga á súa vez á neutralidade política da Administración.

No plano da Administración local, o tema é máis complexo, posto que a Constitución fai descansar o seu goberno e administración nos concellos ou, se é o caso, nas deputacións ou noutras corporacións de carácter representativo, é dicir, en órganos elixidos democraticamente.

Este mandato constitucional debe ter traducción no plano dos recursos humanos postos a disposición da entidade local respectiva, ós que por outra banda lles son plenamente aplicables os principios constitucionais propios da función pública en xeral.

Da lectura dos artigos 140 e 141 da Constitución de 1978, que expresan claramente que o goberno e a administración dos municipios e das provincias correspóndenlles, respectivamente, ós seus concellos e ás deputacións ou a outras corporacións representativas, apreciamos un matiz distinto en relación co que ocorre no artigo 97 da Constitución ó referirse ó executivo da Nación, que entre as súas funcións conta coa de dirixi-la Administración, resaltando desta maneira que aínda que o Goberno sexa a cúspide da Administración non se identifica con ela, senón que a dirixe, polo que se pode afirmar, que no ámbito local, o servidor público se atopa cunha maior subordinación, e pasa a ter incluso un mero carácter auxiliar e instrumental.

Esa maior subordinación do empregado local, respecto dos órganos decisórios, debe harmonizarse co mandato constitucional consistente en que a Administración serve con obxectividade os intereses xerais, e actúa con eficacia, sometida plenamente á lei e ó dereito.

Neste sentido, ninguén descoñece que a actuación da Administración pública se vai estendendo progresivamente cara a eidos máis diversos, de grande complexidade, que só cuns medios persoais altamente cualificados, implicados na súa actividade e responsables, poderán ser abordados e executados con garantías para esas corporacións e, en consecuencia, para o cidadán que apreciará así unha maior lexitimidade dos poderes locais, reivindicando a importancia que nunha administración pública hai que lle dar á norma democrática.

Ó mesmo tempo, a propia Constitución no artigo 103.3, dispón que a lei regulará o Estatuto dos funcionarios públicos, o acceso á función pública de acordo cos principios de mérito e capacidade, as peculiaridades do exercicio do

seu dereito de sindicación, o sistema de incompatibilidades e as garantías para a imparcialidade no exercicio das súas funcións, destacando o trazo distintivo especial propio do funcionario, como é o da estabilidade no emprego, fronte á precariedade no posto de traballo desempeñado polo persoal eventual.

Pola súa banda, a lexislación básica en materia de función pública, constituída pola Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas para a reforma da función pública establece no seu artigo 20.2 e 3 o seguinte:

2. O Goberno, e no ámbito das súas competencias os consellos de goberno das comunidades autónomas e o Pleno das corporacións locais, determinarán o número de postos coas súas características e retribucións, reservados a persoal eventual, sempre dentro dos créditos orzamentarios consignados para o efecto.

O persoal eventual só exercerá funcións expresamente cualificadas de confianza ou asesoramento especial e o seu nomeamento e cesamento, que serán libres, correspóndenlles exclusivamente ós ministros e ós secretarios de Estado, e, se é o caso, ós conselleiros de goberno das comunidades autónomas e ós presidentes das corporacións locais. O persoal eventual cesará automaticamente cando cese a autoridade á que preste a súa función de confianza ou asesoramento.

3. En ningún caso o desempeño dun posto de traballo reservado a persoal eventual constituirá mérito para o acceso á función pública ou para a promoción interna.

Se partimos da base das premisas constitucionais expostas, a primeira cuestión que se formula é a do engarzamento do artigo 20.2 da Lei 30/1984, con ese marco constitucional, xa que a Constitución de 1978 non fai diferenza ningunha ó se referir ós funcionarios, de xeito que a todos eles se lles esixiría o servizo obxectivo e imparcial ós intereses xerais e, ademais o acceder á función pública de acordo cos principios de igualdade, mérito e capacidade.

Se o dito engarzamento xa resulta de por si problemático no plano da xeneralidade das administracións públicas, cando lle trasladámo-la cuestión ó ámbito das entidades locais, o conflito xurídico complícase máis, xa que a actual regulación do seu persoal eventual arranca dun precepto contido nunha norma da dictadura como era o artigo 106 do R. D. 3046/1977 do 6 de outubro, de articulación parcial da Lei 41/1975, do 19 de novembro, de bases do Estatuto de réxime local que ía máis alá das previsións do lexislador no plano estatal.

A distribución constitucional de competencias en materia de función pública fai que a potestade lexislativa non resida unicamente no Estado, senón tamén nas comunidades autónomas, no marco das bases estatais.

A Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local dedícalo especialmente os artigos 92 a 104, ámbolos dous incluídos, ó persoal das entidades locais, facendo fincapé nas funcións públicas, reservadas ó Estatuto funcional, de carácter necesario ou non, tendo presente en todo momento,

que se deben considerar co fin de procura-la mellor garantía da obxectividade, imparcialidade e independencia no exercicio da función.

Esta lei ocúpase das retribucións, xornada, participación sindical na determinación das condicións de traballo, detallando a selección e formación dos funcionarios con habilitación de carácter nacional e o seu sistema de provisión de prazas, así como a selección do resto dos funcionarios, fixa regras sobre provisión dos postos de traballo e establece o marco da selección do persoal laboral, e mais considera o persoal eventual no artigo 104, nos seguintes termos:

1. *O número, características e retribucións do persoal eventual será determinado polo Pleno de cada corporación, ó comezo do seu mandato. Estas determinacións só poderán modificarse con motivo da aprobación dos orzamentos anuais.*
2. *O nomeamento e cesamento destes funcionarios é libre e correspóndelles ó alcalde ou ó presidente de cada entidade local correspondente. Cesan automaticamente, en todo caso, cando se produza o cesamento ou expire o mandato da autoridade á que lles presten a súa función de confianza e asesoramento.*
3. *Os nomeamentos de funcionarios de emprego, o réxime das súas retribucións e a súa dedicación publicaranse no Boletín Oficial da Provincia e, se é o caso, no propio da corporación.*

O Real decreto legislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local, dedica os artigos 126 a 177 á materia de persoal, e establece na súa disposición final sétima que *se inferirá o carácter básico dos seus preceptos conforme a súa natureza ou segundo dispoña a lexislación estatal vixente.*

O Proxecto de lei do Estatuto básico da función pública¹, mantén a existencia do persoal eventual non directivo, sen reflexionar sobre a dificultade de encaixar esta figura coa Constitución de 1978, e realiza un regulamento deste no artigo 12 en relación coa disposición adicional segunda.

Polo que se refire ós órganos superiores e ós órganos directivos na Administración xeral do Estado, a Lei 6/1997, do 14 de abril, de organización e funcionamento da Administración xeral do Estado, considera no artigo 6 os órganos superiores e os órganos directivos. Por outra banda, a Lei 50/1997, do 27 de novembro, sobre organización, competencia e funcionamento do Goberno, ocúpase no seu artigo 10 de regula-los gabinetes.

Do exame destas dúas leis, no plano estatal, pódese afirmar que desde o subsecretario, incluído, ata o posto de subdirector xeral, baixo a dirección dos cales se atopan o resto dos órganos da Administración xeral do Estado, precí-

¹ Publicado no Boletín Oficial das Cortes Xerais-Congreso dos Diputados nº 177-1, correspondente ó 5 de xullo de 1999.

sase que o seu nomeamento recaía entre funcionarios do Estado, comunidades autónomas ou da Administración local, ós que se lles esixirá para o seu ingreso o título de doutor, licenciado, enxeñeiro, arquitecto ou equivalente.

Nas comunidades autónomas non ocorre o mesmo xa que propiciaron reformas legislativas no sentido contrario, e así non se require a condición funcional ou se prescinde do feito da súa titulación para acceder, por exemplo, ó posto de director xeral, como sucede en Aragón coa actual Lei 11/1996, do 30 de decembro.

No Estado distínguense nitidamente entre os órganos superiores e directivos, e os cargos de confianza e asesoramento especial, sen carácter directivo, e con natureza eventual, que non poden adoptar actos ou resolucións, e que se integran nos gabinetes da Nación.

En Galicia, a Lei 4/1988, do 7 de xuño, modificada pola Lei 3/1995, do 10 de abril, dispón no seu artigo 3 que a dita lei é de aplicación a todo o persoal ó servizo da Administración da Comunidade Autónoma de Galicia e dos seus organismos autónomos. No seu parágrafo segundo establece que no que non está reservado á lexislación do Estado, seralle de aplicación esta lei ó persoal da Administración local.

Este mesmo artigo define o que se debe entender por persoal eventual e así dispón: *1. É persoal eventual o que en virtude de libre nomeamento dos conselleiros e con carácter non permanente ocupa un posto de traballo considerado de confianza ou de asesoramento especial non reservado a funcionarios.*

A maioría das leis autonómicas relativas á función pública, caracterízanse porque nelas non se consideran, dentro do seu ámbito, os funcionarios da Administración local. Entre as que inclúen o persoal das entidades locais está a Lei de Galicia.

Do contido do artigo 20.2 e 3 da Lei 30/1984, do 2 de agosto, de medidas urxentes para a reforma da función pública, que ten natureza básica, despréndese que nas relacións ou nos catálogos de postos de traballo debe determinarse necesariamente o número de postos eventuais, as súas características e retribucións, coa oportuna cobertura orzamentaria –polo tanto, cunha clara competencia plenaria nesta materia–, que este persoal só pode exercer funcións que expresamente se cualifiquen de confianza ou de asesoramento especiais.

O seu cesamento prodúcese automaticamente cando ten lugar o cesamento da autoridade que os nomeou, e, obviamente con anterioridade se discrecionalmente o considera oportuno a dita autoridade, así como que non pode servir de mérito para o acceso á función pública ou, se é o caso, para a promoción interna, o feito de desempeñar postos de natureza eventual.

Non se fala en ningún momento na lexislación básica en materia de función pública de que o funcionario de emprego poida chegar a desempeñar funcións de natureza directiva, senón con carácter taxado, é dicir, de confianza ou asesoramento especial.

O persoal eventual, tal e como aparece regulado con carácter básico nos artigos 20.2 e 3 da Lei de medidas urxentes para a reforma da función pública², choca cos principios claves da nosa Constitución, de obxectividade, imparcialidade, independencia no desenvolvemento das tarefas públicas, e de mérito e capacidade, no que se refire ó seu acceso, e precisamente na Administración local, aínda habería que cuestionarse a provisión de postos de traballo mediante o sistema da libre designación.

A clave para solucionar estes problemas cos que deben enfrontarse as administracións locais, sobre todo as dunha certa complexidade e volume de poboación, é a de distribuílas racionalmente en áreas homoxéneas –de acordo coas características concretas da entidade–, establecendo un claro sistema de carreira administrativa nas diferentes ramas especializadas, serio e riguroso.

Este sistema de carreira administrativa debería perseguir a colocación á fronte destas, no plano técnico, dos que no transcurso do seu periplo profesional destacaran pola súa formación, experiencia profesional e motivación contrastadas, que se atopen alleos ó discorrer político –entendido no sentido de que o seu posto non dependa da chegada dun novo equipo de goberno, ou de lle mante-la lealdade ó actual a calquera prezo–, pero que lle sirvan co mesmo celo e entrega á opción política que se atopa á fronte da corporación no momento que sexa, todo isto acompañado dun duro sistema disciplinario e de incompatibilidades nese extracto técnico-directivo, e considerando expresamente o seu cesamento se se produce unha notoria falta de rendemento. A apreciación obxectiva desta falta de rendemento debe quedar acreditada no correspondente expediente tramitado coas debidas garantías para o afectado, a través de avaliacións periódicas.

Á fronte das distintas áreas especializadas deben estar, en todo caso, os membros da corporación, co que adquire así plena virtualidade a previsión constitucional que consiste en que o goberno e a administración das entidades locais correspóndelles ós seus órganos representativos, que, no caso das medianas e grandes corporacións, fundamentalmente, deberían ter garantido un réxime retributivo que lles permitise a súa dedicación exclusiva a esta, tendo cabida, nese caso, o persoal eventual non directivo, o cal non entraría a formar parte da estrutura funcional e que polo tanto non se situaría xerarquicamente nesa función, senón coa calidade de órgano *staff* dos ditos membros corporativos, especialmente no caso dos alcaldes ou dos presidentes.

En canto ós cometidos a que alude a lexislación básica en materia de función pública, débese dicir que non se trata dun asesoramento xeral ou natural, característico en calquera Administración pública, polo que a posible asignación de funcións directivas non ten encaixe ningún.

A segunda parte deste libro dedícase *ós cargos de elección democrática da Administración local, en canto directivos locais*. Teñen dereito de sufraxio pa-

² Lei 30/1984, do 2 de agosto.

sivo os españois que posúan a condición de elector e non se atopen incursos nalgunha das causas de inelixibilidade previstas na lexislación electoral, sen que sexa necesario estar empadroado ou figurar no censo electoral do concello no que concorre ás eleccións.

En canto ós estranxeiros, tamén poden ser titulares dos dereitos recoñecidos no artigo 23 da Constitución, é dicir, dos dereitos de sufraxio activo e pasivo, atendendo a criterios de reciprocidade, e de acordo co que se poida establecer por tratado ou por lei.

O dereito á participación política dos membros das entidades locais inclúe dous aspectos fundamentais: o dereito á información e o dereito a controlar e fiscaliza-los órganos de goberno.

Logo de referírense os autores ós réximes de dedicación e retributivo dos corporativos e ó financiamento dos partidos políticos das corporacións locais, céntranse nos deberes e responsabilidades, entre os que se destacan: os rexistros de intereses; a prestación de promesa ou xuramento; o deber de asistencia; o deber de confidencialidade; o deber de abstención e as prohibicións para contratar e o deber de residencia. Tamén se fai referencia nesta parte segunda ó réxime de incompatibilidades e responsabilidade pola súa actuación.

Cando falamos de directivos na Administración local, en sentido estrito, estámonos a referir ós membros representativos e, polo tanto, deberíamos distinguilos dos membros da estrutura administrativa ó seu servizo. A sociedade actual, en permanente evolución, require unha organización en continua adaptación e capaz de desenvolve-las políticas que se deciden na Administración local, sendo unha necesidade que os verdadeiros directivos locais teñan o apoio técnico e o asesoramento imprescindibles para exercer-la súa responsabilidade política, atendendo as demandas sociais. O principio de elección democrática require, polo tanto, o apoio e asesoramento técnicos, obxectivo e independente, no marco dunha administración instrumental que persegue a súa neutralidade, que en certa maneira garanta a corrección das decisións políticas, no que teñan de compoñente meramente técnica e non discrecional. Para isto hai que buscar mecanismos de articulación que non interfiran na carreira administrativa dos funcionarios, que deberá basearse en aspectos obxectivos e non sobre a libre designación, ou peor aínda, sobre unha estrutura de funcionarios eventuais.

A terceira parte deste libro dedícase ó estudio da *psicoloxía social e a súa proxección no ámbito das relacións estatutarias e laborais na Administración local*, e nela establécese que nas entidades locais as relacións de autoridade-obediencia, a presenza do poder, a conformidade e o relicto da submisión, o liderado, ou as habilidades sociais que se deben desenvolver cada vez con maior énfase, como a empatía e a asertividade ou a intelixencia emocional, sen esquece-lo código de conducta do persoal ó seu servizo, merecen unha atención que, ata o de agora, pasou desapercibida.

Neste sentido, a análise destas cuestións no que se refire ó estrato de maior

responsabilidade político-técnico nas corporacións locais, faise necesaria para acadar unha Administración moderna, que persiga a calidade e a eficiencia na súa actuación e, ó mesmo tempo, a seguranza dos dereitos dos seus veciños, e que lles responda con fidelidade ós valores que se expresan no noso marco constitucional e no da propia Unión Europea.

A autoridade é unha calidade persoal adquirida fundamentalmente polo esforzo de quen exerce o poder. Pero convén destacar que o exercicio da autoridade require unha lexitimidade, unha calidade humana que non sempre acompaña ó que manda. Lexitimidade que precisa, ineludiblemente, en primeiro lugar dunha base democrática.

A obediencia implica abandona-los xuízos persoais e acata-las ordes da autoridade, sendo reforzada positivamente a través da aprobación, o prestixio ou as recompensas, que no mundo laboral se traducen en ascensos, promocións..., e que atopan nel medidas disuasorias, a través da desaprobación, a sanción, o castigo ..., como acontece cos despedimentos ou a non promoción laboral.

En relación coa formación e co perfeccionamento do persoal no seu traballo é moi importante que a persoa se sinta motivada polo que ten que aprender. Por iso é necesario que os motivos para aprender sexan suficientes. Unha das principais fontes internas de motivación é a curiosidade. A motivación xunto coa intelixencia e coa aprendizaxe previa son os factores que determinan o logro de bos resultados na aprendizaxe, e existe unha relación bidireccional de causa-efecto entre a motivación e o rendemento; aínda que o bo rendemento, en xeral, conduce a niveis altos de motivación.

En canto ó liderado, debemos dicir que *é un rol moi complexo* que implica influencia pero tamén moitos outros tipos de interacción entre situacións sociais e características individuais. Psicoloxicamente, *o líder é unha persoa que se ve apoiada polos membros do seu grupo, e que é capaz de influír na conducta destes sen apelar unha autoridade exterior.*

Tamén se fai referencia nesta parte da obra a outros termos como son a asertividade e a empatía, e así defínese a asertividade como un *estado de liberdade emocional* ou a *expresión apropiada de calquera emoción*. A empatía defínese como a capacidade para percibi-lo que senten os demais ou a habilidade para comprende-las experiencias subxectivas das outras persoas.

A cuarta parte do libro está dedicada *ó principio de confianza lexitima* e faise referencia a que os cidadáns deben confiar na súa Administración e cando se incrusta no aparato administrativo a figura do persoal eventual, isto provoca unha grande inseguridade e desigualdade entre os cidadáns, porque baixo o concepto de eventuais inclúense persoas seleccionadas pola afinidade coa autoridade que as nomea, fronte ó mandato sen excepcións da nosa Constitución, que aposta indubidablemente por uns recursos humanos profesionais e cun actuar obxectivo.

Para rematar esta obra, os autores introducen unha serie de conclusións dentro desta cuarta parte, entre as que destacan as seguintes:

A Constitución española de 1978 configura un modelo xenérico de función pública aplicable ó conxunto das administracións públicas que se caracteriza por facela xirar arredor do servizo obxectivo dos intereses xerais, sometida plenamente á lei e ó dereito³.

Calquera que sexa o modelo concreto de función pública polo que se opte⁴, o acceso á condición de funcionario⁵ debe producirse para os servidores públicos a través dos principios de mérito e de capacidade, con pleno respecto á igualdade e á non discriminación.

Haberán de evitarse, pois, tódolos mecanismos que menoscaben, impidan ou dificulten a imparcialidade no exercicio das súas funcións, que se encontra garantida constitucionalmente. Neste sentido, hai que recupera-lo principio de neutralidade da Administración, que a propia exposición de motivos da Lei do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común⁶ vén esixir para mante-los servizos públicos a salvo de toda colisión entre intereses particulares e intereses xerais.

As excepcións a este perfil constitucional de función pública hanse de aceptar unicamente dun modo absolutamente restrictivo, por iso, a utilización do sistema de libre designación para a provisión de determinados postos, ou a inclusión nas relacións de postos de traballo de funcionarios eventuais só teñen algún sentido en determinadas secretarías e gabinetes de altos cargos da Administración do Estado e das comunidades autónomas, en funcións dunha estricta servidume política. Neste sentido, hai que propiciar definitivamente que a palabra confianza se predique exclusivamente respecto da función pública profesional.

O persoal eventual, tal como o entende a norma básica en materia de función pública, constituída na actualidade polo artigo 20.2 e 3 da Lei de medidas urxentes de reforma da función pública, resulta incompatible cos parámetros constitucionais nesta materia, porque cando a Constitución establece que o acceso á función pública será regulado pola lei, de acordo cos principios de mérito e capacidade, non está distinguindo uns funcionarios doutros, senón que o está esixindo para o conxunto de todos eles, é dicir, sexan eventuais, interinos ou de carreira, ó non prever excepción ningunha para esta singular figura do eventual que, precisamente, supón a dispensación máis clara dos principios de igualdade, mérito e capacidade.

Todas estas consideracións son igualmente aplicables á Administración local, pero adquiren nesta uns caracteres distintos, porque a existencia dunha

³ Artigo 103.1 da Constitución española de 1978.

⁴ Primacía da pertenza a un corpo, prevalencia do posto de traballo, mixto, etc.

⁵ Entendo por funcionario non só a adquisición da condición funcional, senón tamén a consecución dun verdadeiro sistema de carreira administrativa e, polo tanto, dunha progresiva asunción de postos de maior responsabilidade.

⁶ Lei 30/1992, do 26 de novembro.

función pública diferenciada entre os distintos órganos que a compoñen, ó contrario do que acontece na Administración do Estado ou na das comunidades autónomas, que contan cuns aparatos administrativos propios no poder executivo, e con outros distintos no poder lexislativo ou no xudicial, fai que se poña aínda máis en evidencia a disfunción que supón a opción pola libre designación ou, aínda máis, a existencia do persoal eventual nas corporacións locais.

O alcalde ou o presidente son os que teñen as facultades para nomear ou destituí-las persoas por libre designación, e son, así mesmo, os que teñen a chave sobre este persoal que, nun principio, non habería de estar ó servizo exclusivo destes órganos ou da maioría política correspondente, pero que pasan grazas á dita libre designación a seren meros servidores dunha determinada opción política ou, aínda peor, do capricho do alcalde ou do presidente de momento, deixando inermes as minorías das corporacións locais e, polo mesmo, a sociedade no seu conxunto.

Se o anterior é grave, máis grave é se cabe, admiti-la presenza nas entidades locais de persoal eventual directivo, porque segundo a Constitución española de 1978, o goberno e a administración das corporacións locais paradigmáticas, é dicir, dos municipios e das provincias, só lles corresponde ós concellos e ás deputacións provinciais, que son estruturas democraticamente elixidas.

Neste sentido, poderíase discutir se as dificultades existentes para que persoal da propia corporación sometido ó estatuto funcional, propiamente dito, tivese unha certa marxe decisoria, baixo a superior autoridade daquela, admitindo esta posibilidade coas cautelas precisas, carece, sen embargo, de calquera fundamentación minimamente seria ó recoñece-la capacidade directiva de quen non ten tal condición funcional e, ademais, non lle corresponde un determinado posto de responsabilidade de acordo co seu mérito e capacidade, acreditados mediante a oportuna concorrencia competitiva.

O funcionario eventual directivo que considera o artigo 176.3 texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local⁷ non ten apoio ningún, nin na Constitución española de 1978, nin na lexislación básica de función pública, que en todo caso debe segui-las pautas marcadas por aquela, supoñendo o mantemento dun residuo do réxime anterior, que constitúe un auténtico caso de *ultra vires*, afastado da Administración local que se presta a encarar pola senda da eficacia e da eficiencia, con pleno cumprimento do principio de legalidade, o novo século XXI.

Débese deixar ben claro que o persoal das entidades locais está ó servizo do conxunto da corporación e non exclusivamente dependente do alcalde ou do presidente. Ademais, a subordinación da Administración ós órganos representativos debe se-lo punto de partida para a resolución dos conflitos que

⁷ Aprobado polo Real decreto lexislativo 781/1986, do 18 de abril.

poidan suscitarse, aínda que tamén é certo que o servicio obxectivo e imparcial esixe que o funcionario nas áreas que teña encomendadas, e moito máis no caso de postos con responsabilidade, actúe de forma que aplique a *lex artis* correspondente co grao de independencia considerado na norma, sempre deixando a decisión final en mans do órgano representativo.

Cómpre apostar pola existencia dun nivel directivo-representativo –de auténtica responsabilidade política–, fronte a outro de responsabilidade administrativa, con diferentes niveis de graduación, de acordo coa posición que se ocupe na correspondente Administración, cuestión distinta á de quen debe coñecer e aplica-las técnicas directivas, é dicir, na repartición de poderes é esencial a distinción entre directivo *stricto sensu* –decisión pública– e habilidades directivas –proceso decisorio–, tendo presente que a mentalidade xerencial debería estar presente, incluso con apoio na propia normativa.

O rol do novo funcionario público e, en particular, do servidor local, non debe ter nada que ver coa visión do funcionario que aplicou o seu esforzo inicialmente en superar unha oposición, pero que precisamente por iso ten unha “blindaxe” fronte á sociedade e ós seus representantes, senón que se habería de partir dunha selección inicial e dunha promoción posterior nos seus postos de traballo, baseadas no mérito e na capacidade, así como nunha formación continua e nunha avaliación periódica do desempeño dos ditos postos de traballo, que configúrase ó empregado público e ó comportamento ético que del reclama a sociedade.

Isto implica un esforzo e adaptación dos funcionarios, do que depende a configuración do novo servidor público, e tamén da moderna Administración, que deberá avanzar así mesmo en procesos participativos de maior envergadura, correndo o risco de que os vicios de que carece o aparato administrativo, se sigan perpetuando, se se falla nalgúns dos estadios: acceso, promoción, formación e avaliación.

Para rematar só resta dicir que as achegas desde o terreo da psicoloxía social, poden abrir novas perspectivas no eido da Administración e fanse necesarios novos estudos e investigacións que afonden na cuestión de se o marco xurídico actual dos postos de maior responsabilidade técnica é acorde ou non con elas. ■

Isabel Castiñeiras Bouzas
Avogada



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 mecanografadas 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 folla 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 ó 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 folla 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, remitíranse 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



X ANIVERSARIO ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA