

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

# REGAP

36

XUNTA DE GALICIA





36

XANEIRO - ABRIL  
2004

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  
E-mail: manuel.brana.gutierrez@xunta.es

*Tradución e supervisión lingüística:* M<sup>a</sup> do Carme González Bueno  
Raquel Rodríguez Parada

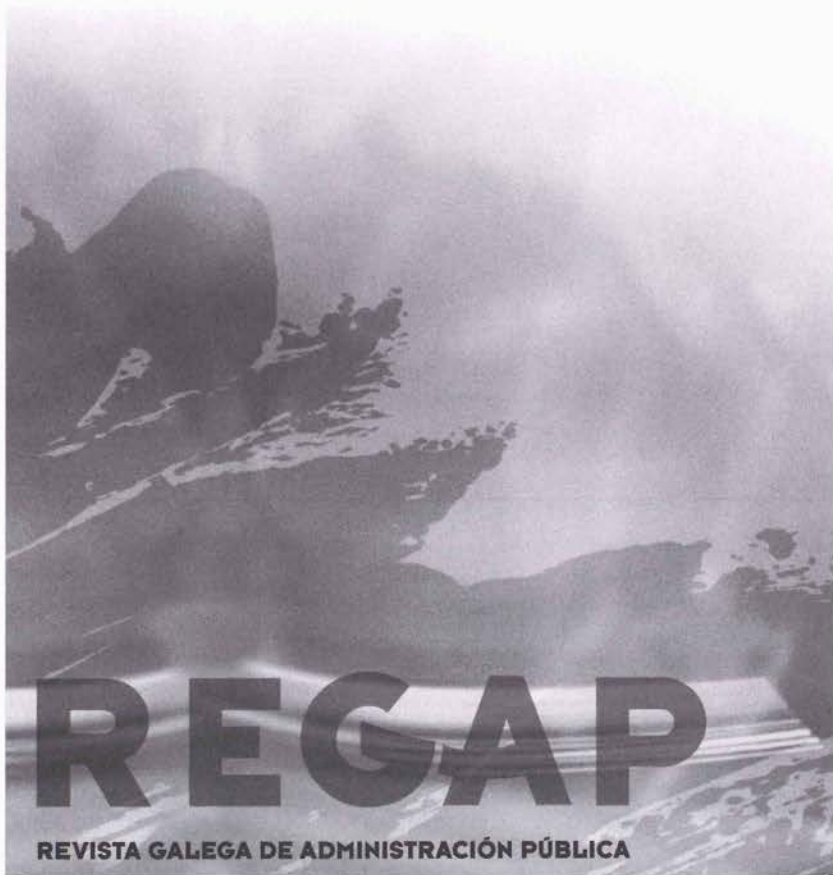
*Deseño gráfico:* uqui lllll cebra

*Imprime:* Litoror

Depósito legal: C-1.596-91

Periodicidade cuadrimestral.  
Solicitude de subscricións á 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



## **D**IRECTOR

**Domingo Bello Janeiro**

*Director da EGAP*

## **S**ECRETARÍA TÉCNICA

**José Luís Mínguez Goyanes**

*Corpo Superior de Administración da Xunta de Galicia*

## **C**ONSELLO

**José Antonio Álvarez Vidal**

*Secretario xeral da Consellaría de Política Agroalimentaria e Desenvolvemento Rural*

**Roberto Luís Blanco Valdés**

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

**Francisco Javier Castiñeira Izquierdo**

*Secretario de Administración local*

**M<sup>a</sup> José Castro Carballal**

*Xefa do Servizo de Administración e Persoal do Valedor do Pobo*

**José Ramón Cólera Leirado**

*Letrado maior do Parlamento de Galicia*

**María Victoria de Dios Viéitez**

*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*

**Manuel Fernández Areal**

*Catedrático emérito de periodismo*

**Alejandro Fernández Barreiro**

*Catedrático de dereito romano da Universidade da Coruña*

**Eduardo Freire Pousa**

*Oficial de Administración de Xustiza de Galicia*

**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**

*Catedrático de socioloxía da Universidade da Coruña*

**Antonio Grandío Dopico**

*Decano do Colexio de Economistas 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*

**Valentín Alejandro Martínez Fernández**

*Profesor titular de Comercialización e Industrialización de Mercados da Universidade da Coruña*

**Jesús Martínez Girón**

*Catedrático de dereito do traballo da Universidade da Coruña*

**Juan Jesús Raposo Arceo**

*Profesor da Universidade da Coruña*

**Luís Rodríguez-Ennes**

*Catedrático de dereito romano da Universidade de Vigo*

**Juan Rodríguez Yuste**

*Conselleiro de Innovación, 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*

**José Ramón Vázquez Sandes**

*Valedor do pobo*

**Jesús Vázquez San Luis**

*Secretario xeral da Consellaría de Innovación, Industria e Comercio*

**Javier de Vicente Remesal**

*Vicerreitor 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

<b>José M. Otero Lastres</b>	Legal concept of design and protection requirements. _____	<b>15</b>
<b>Carlos Rogel Vide</b>	Designs, copyright and patent rights _____	<b>39</b>
<b>Hipólito Pérez Novo</b>	The land system in the rural area _____	<b>61</b>
<b>Andrés Cernadas Ramos</b>	Political culture and the participation of	
<b>Rocío Fentanes Fortes</b>	the people in the Galician local authority _____	<b>77</b>

## NOTES AND COMMENTS

<b>E. Kostka Fernández</b>	Responsibility and morality in the public management _____	<b>111</b>
<b>Ramón Rodríguez Montero</b>	Notes regarding the current process of review and amendment of the Law 4/1995 of 24 <sup>th</sup> May on Galician civil law _____	<b>129</b>
<b>Carlos I. Aymerich Cano</b>	The control of the preparation and adjudication acts of public contracts _____	<b>159</b>
<b>Rosana Corral García</b>	An analysis of local licences for the performance	
<b>Carlos Pérez González</b>	of worship place _____	<b>181</b>

## JURISPRUDENCE

<b>Pablo González Mariñas</b>	Vice-chancellors lack competence to set the skeleton service in case of strike at universities: Constitutional Court order [courtroom I, section I], of 13 <sup>th</sup> February, 2004, appeal for legal protection _____	<b>197</b>
-------------------------------	---	------------

# SUMARIO

## ESTUDOS

<b>José M. Otero Lastres</b>	Concepto legal de diseño y requisitos de protección _____	<b>15</b>
<b>Carlos Rogel Vide</b>	Diseños, propiedad intelectual y propiedad industrial _____	<b>39</b>
<b>Hipólito Pérez Novo</b>	O réxime do solo do núcleo rural _____	<b>61</b>
<b>Andrés Cernadas Ramos</b>	Cultura política e participación cidadá	
<b>Rocío Fentanes Fortes</b>	na Administración local en Galicia _____	<b>77</b>

## NOTAS E COMENTARIOS

<b>E. Kostka Fernández</b>	Responsabilidade e moralidade na xestión pública _____	<b>111</b>
<b>Ramón Rodríguez Montero</b>	Notas en torno ao actual proceso de revisión e reforma da Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia _____	<b>129</b>
<b>Carlos I. Aymerich Cano</b>	O control dos actos de preparación e adxudicación dos contratos públicos _____	<b>159</b>
<b>Rosana Corral García</b>	Análise das licenzas municipais para	
<b>Carlos Pérez González</b>	o funcionamento dos lugares de culto _____	<b>181</b>

## XURISPRUDENCIA

<b>Pablo González Mariñas</b>	Os reitores carecen de competencia para fixar os servizos mínimos no caso de folga na universidade: auto do Tribunal Constitucional (Sala Primeira, sección 1ª), do 13 de febreiro de 2004, en recurso de amparo _____	<b>197</b>
-------------------------------	--	------------

## PARLIAMENTARY CHRONICLE

- 239 \_\_\_\_\_ The rights of the immigrants  
as basic laws **Xosé Antón Sarmiento Méndez**

## ADMINISTRATIVE CHRONICLE

- 237 \_\_\_\_\_ Conference on urban arrangements  
Lugo, 7<sup>th</sup> and 8<sup>th</sup> May, 2002 **Isabel Castiñeiras Bouzas**
- 261 \_\_\_\_\_ Conference on the European unification of the  
obligations and contracts law  
Ferrol, 20<sup>th</sup> and 21<sup>st</sup> May, 2003 **Xosé Antón Barreiro Pereira**

## BIBLIOGRAPHY AND CRITICAL REVIEW

- 279 \_\_\_\_\_ *Comments on the Law of the Jurisdiction for Suits under  
Administrative Law (Law 29/1998, of 13<sup>th</sup> July)*  
Jesús González Pérez.  
Civitas, Madrid, 2003 **Pablo González Mariñas**
- 283 \_\_\_\_\_ *Laws, sentence acts and copyright.*  
C. Rogel Vide (coord.).  
Reus, AISGE Foundation, EGAP, 2004 **José Luis Mínguez Goyanes**
- 287 \_\_\_\_\_ *The government acts. A study on their nature and the  
legal system applied to the Peruvian rule*  
V.S. Baca Oneto  
University of Piura, Lima, Peru, 2003 **Marcos Almeida Cerredá**
- 291 \_\_\_\_\_ *Effectiveness of the prohibition of disposing.  
Cause and third parties rights. Thompson*  
X. Cecchini Rosell  
Aranzadi, 2003 **X. Antón Barreiro Pereira**
- 295 \_\_\_\_\_ *Money-laundering in the international regulatory scheme.  
Special reference to the criminal aspects*  
M. Abel Souto.  
University of Santiago, 2002 **Borja Vereá Fraiz**

## CRÓNICA PARLAMENTARIA

- Os dereitos dos emigrantes como  
dereitos fundamentais **Xosé Antón Sarmiento Méndez**  
209

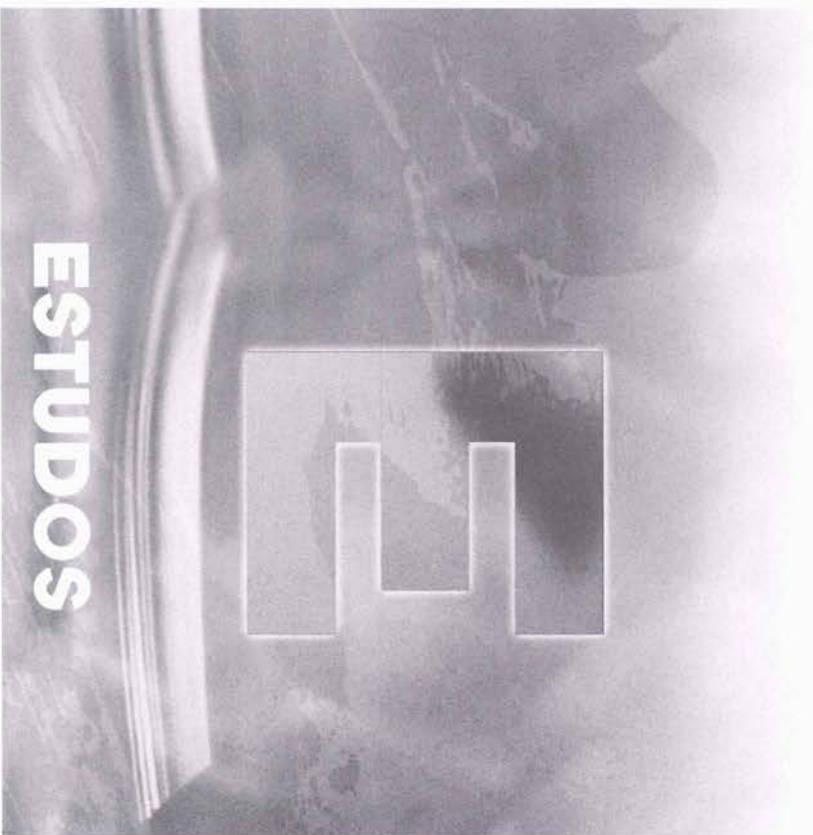
## CRÓNICA ADMINISTRATIVA

- Xornadas sobre convenios urbanísticos  
Lugo, 7 e 8 de maio de 2002 **Isabel Castiñeiras Bouzas**  
237
- Xornadas sobre a unificación europea do  
dereito de obrigas e contratos  
Ferrol, 20 e 21 de maio de 2003 **Xosé Antón Barreiro Pereira**  
261

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

- Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa  
(Ley 29/1998, de 13 de Julio)*  
Jesús González Pérez  
Civitas, Madrid, 2003 **Pablo González Mariñas**  
279
- Leyes, actos, sentencias y propiedad intelectual*  
C. Rogel Vide (coord.)  
Editorial Reus, Fundación AISGE, EGAP, 2004 **José Luis Mínguez Goyanes**  
283
- Los actos de gobierno. Un estudio sobre su naturaleza y  
régimen jurídico aplicado al ordenamiento peruano*  
V. S. Baca Oneto  
Universidade de Piura, Lima, Perú, 2003 **Marcos Almeida Cerredá**  
287
- Eficacia de las prohibiciones de disponer.  
Causa y derechos de terceros*  
X. Cecchini Rosell  
Thompson, Aranzadi, 2003 **X. Antón Barreiro Pereira**  
291
- El blanqueo de dinero en la normativa internacional.  
Especial referencia a los aspectos penales*  
M. Abel Souto  
Universidade de Santiago, 2002 **Borja Vereá Fraiz**  
295







# CONCEPTO LEGAL DE DISEÑO Y REQUISITOS DE PROTECCIÓN

José Manuel Otero Lastres

Catedrático de dereito mercantil  
Universidade de Alcalá, Madrid

## I. Introducción

### 1.1. Consideraciones previas

Como es sabido, en los países con mercados «maduros», esto es, en los que existe una oferta amplia y variada de cada producto, la denominada «Estética Industrial» –o, lo que es lo mismo, el conjunto de creaciones de carácter estético que se plasman en la forma de los productos– ha alcanzado un extraordinario desarrollo en los últimos tiempos. Lo cual es debido al valor, cada vez más creciente, que tiene el diseño como instrumento competitivo de primer orden. Hasta tal punto que se puede afirmar que el éxito comercial de un producto está cada vez más condicionado por el grado de atracción que ejerce su diseño sobre los consumidores y usuarios.

Lógicamente, la actividad de «diseñar» la forma de los productos requiere un cierto grado de preparación profesional, así como fuertes inversiones tanto en medios humanos como materiales. Razón por la cual se comprende que exista en el Ordenamiento Jurídico un derecho que protege el «diseño» y, por ende, las cuantiosas inversiones que éste conlleva. Tal derecho es el «diseño industrial» o, según la terminología clásica, los «dibujos y modelos industriales».



No es exagerado afirmar que estamos ante la figura más compleja de todas las que integran el Derecho Industrial. Porque se trata de un derecho que recae sobre una creación materializada en la forma de un producto que puede ser protegida también por la Propiedad Intelectual, por otras modalidades de la Propiedad Industrial distintas del propio diseño y por la Competencia Desleal. Esta naturaleza híbrida de la figura, que está a horcajadas de la propiedad industrial y la propiedad intelectual, ha provocado dos tendencias contrapuestas, una que trata de aproximar su regulación a la Propiedad Intelectual, y otra que trata de hacerlo a la Propiedad Industrial y, dentro de ésta, al Derecho de Patentes.

La consecuencia de todo lo anterior es que, hasta hace bien poco, existían importantes diferencias entre los Estados miembros de la Unión Europea respecto del régimen jurídico de esta figura, lo cual, como es fácil de imaginar, afectaba al establecimiento y al funcionamiento del mercado interior de las mercancías que incorporan estas creaciones. Por esta razón, y sobre la base de los trabajos realizados por los sectores interesados cristalizados en el llamado Libro Verde, la Comisión presentó al Consejo y al Parlamento Europeo en enero de 1994 dos Propuestas de textos comunitarios, que, tras una serie de vicisitudes –que no es el momento de recordar pero que han tenido que ver con las piezas de reparación de los automóviles– vieron la luz en fecha reciente. El primero fue la Directiva 98/71/CE del Parlamento y del Consejo de 13 de octubre de 1.998 sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos. Y más tarde, el Reglamento (CE) n° 6/2002 del Consejo de 12 de diciembre de 2001 sobre dibujos y modelos comunitarios.

El artículo 19 de la Directiva obliga a los Estados miembros a trasponerla a sus ordenamientos nacionales antes del 28 de octubre del 2001. En cumplimiento de tal obligación, aunque con cierto retraso, nuestro Gobierno presentó el 9 de diciembre de 2002 en el Congreso de los Diputados el Proyecto de «Ley de protección jurídica del diseño industrial», que fue tramitado por la Comisión de Ciencia y Tecnología con competencia legislativa plena. Tras el pertinente *iter* parlamentario, el Proyecto se convirtió en la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado, n° 162, de 8 de julio de 2003 y que entró en vigor, aunque no enteramente, el día siguiente al de su publicación en el BOE, esto es, el 9 de julio de 2003.

### 1.2. Estructura de la nueva Ley

Al preparar el texto de la nueva Ley sobre el diseño industrial, el Legislador español tuvo que partir necesariamente de la Directiva 98/71/CE y del Reglamento (CE) n° 6/2002. De la primera, porque como toda Di-

rectiva Comunitaria tenía que ser incorporada a nuestro Ordenamiento y del segundo porque, al ser un Reglamento Comunitario, contiene un régimen jurídico con efectos uniformes en toda la Unión Europea que, por lo mismo, va a coexistir con la legislación nacional.

La Directiva 98/71/CE ha determinado la regulación de una buena parte de la figura, concretamente el concepto de diseño, los requisitos de protección, los motivos de denegación y nulidad del registro y el alcance y límites de la protección. Las soluciones que contiene nuestra nueva Ley sobre estos puntos vienen, pues, condicionadas por la Directiva. Por eso, las críticas que puedan hacerse a dicha regulación no deben ser imputadas tanto a nuestro Legislador como al comunitario.

Los temas en los que se deja libertad de regulación a las legislaciones nacionales de los Estados miembros son, entre otros, la titularidad del diseño, el procedimiento de registro, las acciones por violación del diseño registrado, el diseño industrial como objeto de derecho de propiedad, la transferencia, licencias y gravámenes sobre el diseño. En estos temas, la regulación de la nueva Ley española es, en general, original y ciertamente satisfactoria.

La principal consecuencia del Reglamento (CE) n° 6/2002 en lo concerniente al régimen jurídico del diseño nacional es la relativa al «diseño comunitario no registrado», que goza de una protección comunitaria específica prevista en el citado Reglamento con vigencia en nuestro territorio, que ha motivado la ausencia de una normativa nacional sobre la materia.

Precedida de una completa Exposición de Motivos, la Ley consta de 76 artículos, divididos en IX títulos, que se completan con trece Disposiciones adicionales, siete Disposiciones transitorias, una Disposición Derogatoria, tres Disposiciones finales y un Anexo relativo a las tasas.

## 2. La definición legal de diseño industrial

Al igual que sucede en la Directiva, en el artículo 1.2 de la nueva Ley, en lugar de formular el concepto de la figura a través de una definición unitaria, se ofrecen tres conceptos: el de «diseño», el de «producto» y el de «producto complejo».

### 2.1. Rasgos conceptuales del «diseño»

La letra a) del apartado 2 del artículo 1, dispone que, a los efectos de esta Ley, se entenderá por: «a) Diseño: la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto, que se derive de las características de, en particular, las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación».

Como puede advertirse, la definición legal de diseño contenida en la letra a) del apartado 2 del artículo 1, siguiendo a la Directiva, elige como término clave del concepto la palabra «apariencia». Pues bien, lo primero que debe señalarse es que la palabra «apariencia» presupone la concurrencia de una doble nota conceptual en el diseño, a saber: ha de tratarse del *aspecto* o *parecer* de una cosa y dicho aspecto ha de *ser exterior o visible*.

A) Los términos «aspecto» o «parecer», que son las expresiones que delimitan la acepción gramatical de la palabra «apariencia», hacen referencia a lo que «se deja ver» de algo, que en el caso del diseño industrial ha de ser lo que se deja ver de la totalidad de un producto o sólo de una parte del mismo.

Pero la Ley precisa más e indica que *la apariencia protegible* de un producto o de una parte del mismo ha de derivarse, además, de cualquier característica del producto mismo o de su ornamentación. La palabra «característica» que emplea este precepto ha de entenderse en el sentido de «lo que determina los atributos peculiares de algo, de modo que claramente se distinga de lo demás». Así entendida esta palabra, el diseño protegible consistiría en la apariencia –o aspecto que se deja ver– de lo que da carácter y diferencia un producto o su ornamentación de los demás.

El concepto legal de diseño precisa también de dónde han de derivarse las características de la apariencia: *de las líneas, los contornos, los colores, la forma, la textura e incluso los materiales del producto en sí o de su ornamentación*. Esta enumeración tiene carácter enunciativo y no limitativo, como pone de relieve el empleo de la expresión «en particular». Lo cual permite afirmar que la característica de la apariencia protegible como diseño podría, en principio, derivarse de otros elementos del producto o de su ornamentación, como, por ejemplo, el brillo u otros efectos de luz, que no están expresamente mencionados en la definición legal.

Otra precisión que debe efectuarse es que, aunque no lo dice expresamente la letra a) del apartado 2 del artículo 1, un diseño puede consistir en características resultantes de varios de estos elementos a la vez. Es decir, un diseño puede consistir en la apariencia de un producto derivada conjuntamente de una especial disposición de líneas, de colores y de ornamentación.

B) La segunda nota conceptual de esta figura es la «visibilidad», a la que se refiere no sólo la propia definición de «diseño» con la palabra «apariencia», cuya significación incluye, como ya hemos visto, el rasgo de «lo que se deja ver», sino también el artículo 8 de la nueva Ley. En efecto, en letras a) y b) del apartado 1 del artículo 8, se exige que los «diseños materializados en componentes de productos complejos sean visibles cuando se encuentran montados y durante la utilización normal del

producto complejo». De estas normas se desprende que la «visibilidad» es un rasgo conceptual que debe concurrir en todo diseño cualquiera que sea el soporte físico en el que se plasme, ya que no tendría sentido exigir la «visibilidad» sólo a la apariencia materializada en las partes o componentes de los productos complejos y no a la apariencia de los productos globalmente considerados.

La Ley nada dice sobre si el diseño puede consistir en la apariencia de un producto o de una parte del mismo que se manifiesta sólo en una posición dinámica. En mi opinión, el silencio de la Ley sobre este punto permite afirmar que se puede proteger como diseño la apariencia de un objeto tanto en su posición estática como en movimiento.

Por otra parte, la nota de la «visibilidad» es tan esencial que no puede faltar en ningún caso. Ha de cumplirse incluso en el supuesto de que el diseño carezca de soporte material: cuando un diseño se haga sensible a través de medios «virtuales», aunque carezca de soporte físico, tiene que ser necesariamente visible. Sin «visibilidad» no hay diseño protegible, aunque la característica esencial de un diseño pueda residir en elementos difícilmente apreciables por la vista, como puede ser la «flexibilidad».

C) Aclarado el sentido del concepto legal de «diseño», cabe preguntarse si es acertada la expresión «apariencia» que utiliza la letra a) del apartado 2 del artículo para referirse a la nota conceptual esencial de la definición legal. Ante todo, hay que señalar que la elección de esta palabra por el legislador español estaba condicionada por la Directiva 98/71/CE. El Libro Verde sobre la Protección Jurídica del Diseño, elaborado por la Comisión Europea en junio de 1991, justifica la elección de esta palabra señalando que se ha escogido la palabra «apariencia» porque es el «concepto más amplio posible que puede aplicarse sin recurrir a términos jurídicos que, con frecuencia, difieren en cuanto a significado y alcance entre los diversos ordenamientos jurídicos e incluso idiomas».

En mi opinión, la palabra «apariencia» no es la más acertada para captar la esencia del diseño. Considero que justamente su propia amplitud la convierte en una expresión imprecisa y poco expresiva.

Es imprecisa porque no capta con exactitud aquello que puede constituir un diseño industrial. Si éste puede consistir en la apariencia derivada de una característica del material del producto, como por ejemplo su «flexibilidad» –cualidad que consiste en la facilidad para doblarse–, parece que en estos casos estamos ante algo más que el simple aspecto exterior de éste. Además, centrar toda la esencia del diseño en el simple aspecto exterior de un producto significa no resaltar convenientemente que el diseño es el resultado de un acto de creación. La apariencia o aspecto exterior de un producto puede ser, en algunas ocasiones, el resultado, no de un acto de creación, sino algo que puede derivarse del pro-

pio producto. Así, puede suceder que los colores y las líneas características de la ornamentación de un producto se deriven directamente del material mismo del que se compone dicho producto, sin que en tal caso pueda apreciarse en dónde reside el acto creador de «conformación» del producto.

Por otro lado, la expresión elegida parece también poco expresiva, ya que cuando el diseño supone una conformación de la materia que aumenta la ornamentación del producto e implica al mismo tiempo un perfeccionamiento funcional del mismo –sin que se origine una forma técnicamente necesaria–, parece que estamos ante algo más que el simple aspecto exterior del objeto. En este caso, el funcionamiento perfeccionado del objeto, que es en lo que consiste el diseño, no es sólo la apariencia o aspecto visible del objeto, sino también la mejora en la ejecución de las funciones que lleva a cabo el producto en el que se plasma el diseño.

Por lo que antecede, hubiera sido mucho más acertado, en mi opinión, que el Legislador hubiese utilizado la palabra «forma» para definir el diseño, al menos como una expresión alternativa de la palabra apariencia: la letra a) del apartado 2 del artículo 1 debería decir «la apariencia o forma»; o mejor aún, como decía el Proyecto que elaboró el Max-Planck-Institut de Munich, «la forma aparente y perceptible del producto». Y ello porque la palabra «forma» tiene dos significados en el Diccionario de la Lengua Española especialmente aptos para fijar con exactitud, claridad y precisión la naturaleza del diseño. El primer significado es «*figura o determinación exterior de la materia*» y el segundo «*disposición o expresión de una potencialidad o facultad de las cosas*». El simple enunciado de estos dos significados permite advertir de inmediato que la palabra «forma» es apta para describir la esencia del diseño.

Así las cosas, cabe preguntarse si habría sido contrario a la Directiva emplear, en la definición de diseño, la palabra «forma» junto con la expresión «apariencia» como alternativa de la misma o la expresión «forma aparente». Es verdad que en el Considerando (9) de la Directiva se indica que, para que las condiciones de obtención de un derecho sobre un diseño registrado sean idénticas en todos los Estados miembros, ha de elaborarse «una definición unitaria» de esta modalidad de la propiedad industrial. Pero no creo que añadir la palabra «forma» al término «apariencia» como expresión alternativa «apariencia o forma» o utilizar la expresión «forma aparente» hubiera supuesto una ruptura del carácter unitario de la definición.

D) Otro de los puntos que debe ser examinado para completar el análisis de los rasgos conceptuales del diseño como bien inmaterial es el rasgo del «carácter estético» que tradicionalmente se exigía a esta figura. El Legislador español no exige que los diseños tengan carácter estético en

el sentido de que hayan de ser necesariamente «apariencias bellas» de los objetos. Para la nueva Ley, el diseño consiste en la apariencia de un producto estéticamente atractiva para el consumidor, bien por ser ornamental, bien por ser funcional pero no técnicamente necesaria, o bien por ser ambas cosas a la vez. En este sentido, se puede afirmar que tanto la Directiva como nuestra nueva Ley siguen el mismo criterio que el Libro Verde, en el cual se destaca como una de sus principales conclusiones que «el objetivo es proteger los diseños, definidos como las características bidimensionales o tridimensionales de la apariencia de un producto que pueden ser percibidas por los sentidos humanos». Y se añade «no se aplica ningún otro criterio estético, pero se exige que la apariencia no obedezca únicamente al dictado de la función técnica del producto».

E) Para completar el análisis de la definición del «diseño» contenida en la letra a) del apartado 2 del artículo 1 es preciso referirse brevemente al rasgo conceptual del «valor artístico». Y ello porque en la nueva Ley tienen cabida dos tipos de «diseño industrial», el que podríamos denominar «ordinario» y el «diseño artístico» u «obra de arte aplicada a la industria». Pues bien, en sede de concepto de diseño, que es en la que nos encontramos, hay que señalar que el «valor artístico», esto es, el grado de creatividad y originalidad exigido a la «obra artística», según se establece en la Disposición Adicional Décima de la nueva Ley, no es un rasgo conceptual del «diseño» ordinario o simple «diseño industrial», sino del «diseño artístico» u «obra de arte aplicada a la industria».

## 2.2. Los soportes materiales en los que puede plasmarse el diseño

Movido por el deseo de precisar a qué soportes materiales puede incorporarse el diseño, el Legislador español, que sigue en este punto al comunitario, ofrece en las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 1 las definiciones de dos soportes materiales: el «producto» y el «producto complejo». Para completar los soportes físicos en los que puede plasmarse la entidad inmaterial, en el apartado 3 del artículo 11 el Legislador alude a un nuevo soporte: las interconexiones de los productos modulares.

a) La letra b) del apartado 2 del artículo 1 de la nueva Ley define la palabra «producto» como: *«Todo artículo industrial o artesanal, incluidas, entre otras cosas, las piezas destinadas a su montaje en un producto complejo, el embalaje, la presentación, los símbolos gráficos y los caracteres tipográficos, con exclusión de los programas informáticos».*

El producto puede ser un artículo industrial o artesanal. En el primer caso, el soporte en el que se plasma el diseño es una mercancía o cosa con la que se comercia (esta es la 5ª acepción gramatical de la palabra «artículo») producida industrialmente o en serie, lo cual implica que

sean exactos entre sí todos y cada uno de los ejemplares múltiples del producto. En este caso, el diseño y el producto en el que éste se incorpora cumplen con una exigencia estricta de repetibilidad. Por el contrario, cuando el soporte material es un artículo artesanal, los ejemplares múltiples, aunque no son exactamente iguales, presentan una apariencia casi idéntica en la que existen mínimas variaciones irrelevantes. En tal hipótesis no se cumple la exigencia de la estricta «repetibilidad», sin que ello sea un obstáculo para que la apariencia del artículo artesanal sea un verdadero diseño protegido por la Ley.

La letra b) del apartado 2 del artículo 1 contiene también una enumeración simplemente enunciativa de los «artículos» industriales o artesanales en los que puede materializarse el diseño y efectúa una exclusión, referida a los «programas informáticos», de la que hablaré más adelante. En cuanto a los «artículos» industriales o artesanales mencionados a título de ejemplo, cabe señalar, en primer lugar, que no se trata, en rigor, de enumerar algunos de los artículos a los que más frecuentemente se incorporan diseños, sino de justamente lo contrario. Se mencionan de manera expresa algunos soportes materiales que podrían suscitar dudas sobre su idoneidad para servir de «*corpus mechanicum*», precisamente por tratarse de productos en los que raramente suelen plasmarse los diseños. Así es como hay que interpretar que el Legislador cite como ejemplos de soportes materiales a las piezas destinadas a su montaje en un producto complejo, los embalajes, la presentación de un producto, los símbolos gráficos y los caracteres tipográficos.

b) Además de definir el «producto», la Ley, en la letra c) del apartado 2 del artículo 1 ofrece el concepto de «producto complejo»: «un producto constituido por múltiples componentes reemplazables que permiten desmontar y volver a montar el producto». De acuerdo con esta disposición, el diseño puede plasmarse también en un producto «complejo». Si se sustituye la expresión «producto» por el significado que tiene esta palabra en la letra b) de ese mismo apartado, resulta que «un producto complejo es un artículo industrial o artesanal, constituido por múltiples componentes que presentan las características de que son armables, desmontables y reemplazables». Podría dudarse sobre si puede haber un producto complejo de carácter «artesanal». Pero la definición de producto que formula la letra a) del apartado 2 del artículo 1, en la que se concibe el «producto» como un artículo industrial o artesanal, permite afirmar que no existe obstáculo alguno para que un diseño se materialice en un producto complejo artesanal.

La definición legal de «producto complejo» presupone la concurrencia de tres características, que sean «armables», «desmontables» y «reemplazables». Tal y como se expresa la Ley, hay que entender que estamos ante tres características que han de concurrir de manera simultánea en el

correspondiente producto. De tal suerte que la falta de alguna de ellas significa que no se estaría ante un «producto complejo» en el sentido de la Ley del Diseño.

Otra cuestión que cabe suscitar es la de si un diseño puede materializarse en un *producto compuesto de piezas que no reúnan la triple condición de ser armables, desmontables y reemplazables*. En tal caso, no se estaría, en rigor, ante un producto complejo en el sentido de la Ley. Pero por esta sola razón no parece que habría que negar a tal producto la aptitud para servir de soporte físico de un diseño. Se estaría ante un diseño materializado en un producto compuesto por piezas, pero que no sería un producto complejo en el sentido de la Ley por carecer de alguna de las características de este tipo de producto.

c) Las reflexiones sobre los soportes físicos deben completarse con lo previsto en el apartado 3 del artículo 11 para los «ajustes mecánicos» de los productos modulares. En efecto, entre los objetos materiales que pueden servir de soporte a la entidad inmaterial del diseño se prevén en el apartado 3 del artículo 11 los «ajustes mecánicos» de los productos modulares. A este respecto, dispone el mencionado apartado 3 del artículo 11 que se reconocerá la protección a los *diseños que permitan el ensamble o la conexión múltiples de productos mutuamente intercambiables dentro de un sistema modular*. En relación con estos «soportes materiales», el Considerando (15) de la Directiva afirma que los ajustes mecánicos de los productos modulares pueden constituir un elemento importante de las características innovadoras de estos productos y una ventaja fundamental para su comercialización, por lo que se ha considerado que ha de preverse su protección.

d) Para finalizar las reflexiones sobre los soportes a los que puede incorporarse el diseño, es preciso referirse a los *soportes no físicos pero que pueden captarse por el sentido de la vista*, que permiten la contemplación virtual del «diseño».

La Ley española no se refiere expresamente a este tipo de soportes, ya que concibe el diseño como la «apariencia» de un producto o de una parte del mismo. Lo cual parece significar, a primera vista, que nuestra Ley sólo admite «*corpus mechanicum*» materiales consistentes en un producto tangible o una parte del mismo. No obstante, del hecho de que la letra b) del apartado 2 del artículo 1 excluya únicamente los «programas informáticos» como soportes a los que puede incorporarse un diseño, cabe deducir que la Ley es aplicable a los diseños que se hacen perceptibles a través de símbolos o dispositivos electrónicos, aunque no se hayan materializado en un producto o parte del mismo. En cualquier caso, se trata de una cuestión dudosa sobre la que habrá que esperar la postura de nuestros Tribunales.



e) Finalmente, en cuanto a los soportes en los que no puede plasarse un diseño, es preciso completar la ya citada exclusión expresa de los programas informáticos, que se efectúa en la letra b) del apartado 2 del artículo 1 con la que se efectúa en el apartado 2 del artículo 11 respecto de las *interconexiones y los ajustes mecánicos*.

En cuanto a la exclusión de los programas de ordenador, es un acierto indicar que un diseño no puede incorporarse a un programa de ordenador. El programa de ordenador es una creación intelectual que no reúne los rasgos conceptuales del diseño, ya que en ningún caso puede consistir en la apariencia de un producto o de una parte del mismo. Y en lo que se refiere a las interconexiones y a los ajustes mecánicos, con la salvedad, como hemos visto, de los que permiten el ensamblaje y la conexión en los productos modulares, su exclusión se debe, como se dice acertadamente en la Exposición de Motivos de la Ley, el deseo de preservar la interoperabilidad de productos de los distintos fabricantes, de tal suerte que puedan ser acoplados unos a otros sin que lo impida la existencia de un derecho de exclusiva de diseño a favor de un determinado fabricante.

### 3. Requisitos de protección

El artículo 5 de la Ley española, siguiendo en este punto al apartado 2 del artículo 3 de la Directiva, exige dos requisitos a los diseños: la novedad y el carácter singular. El citado artículo 5 dispone

«Podrán registrarse los diseños que sean nuevos y posean carácter singular»

Veamos por separado ambos requisitos.

#### 3.1. El requisito de la novedad

##### 3.1.1. Puntualizaciones terminológicas

La novedad se define en el artículo 6 de la nueva Ley española en los siguientes términos:

«1. Se considerará que un diseño es nuevo cuando ningún otro idéntico haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad.

2. Se considerarán idénticos los diseños cuyas características difieran sólo en detalles irrelevantes».

Si se compara la definición de novedad del artículo 6 de nuestra Ley con la que se contiene en el artículo 4 de la Directiva, se advierte que existen algunas diferencias en su redacción. La principal diferencia reside en las *distintas expresiones* que se utilizan para expresar el hecho que determina la existencia de la novedad. La Directiva habla de que «no se

haya puesto a disposición del público» ningún otro diseño idéntico, mientras que la Ley española emplea la frase «cuando ningún otro diseño haya sido hecho accesible al público».

Esta diferente redacción plantea, al menos, los tres siguientes problemas: si se está o no ante dos versiones de un mismo concepto; en caso de que no sea así, si la redacción de la Ley española respeta la Directiva; y, por último, si no hay otra expresión que, siendo compatible con la Directiva, es más apropiada para definir la novedad.

(i) En lo concerniente a si estamos o no ante dos maneras diferentes de decir lo mismo, situados en el plano de su significación gramatical, parece que la respuesta es negativa. «Poner a disposición del público» un diseño, que es la expresión utilizada por la Directiva, quiere decir «poner o colocar» el diseño en situación de que pueda llegar al público. Lo cual implica que el diseño esté listo y apto para poder ser adquirido y utilizado. Por el contrario, «hacer accesible al público» un diseño, que es lo que dice el artículo 6 de la Ley española, es «hacer de fácil acceso» el diseño para el público o, lo que es lo mismo, que el público pueda «llegar o acercarse» al diseño. Cosa que se puede hacer desde el momento en que el diseño se ha incorporado al soporte que lo hace sensible. Parece, pues, que, gramaticalmente, hacer accesible algo al público nos sitúa en un estadio anterior al de la puesta de ese algo a disposición del público. O dicho con otras palabras: la posibilidad de acceder a algo es una fase previa a la de colocar ese algo en situación de que llegue al público.

Si desde la perspectiva gramatical nos trasladamos a la del significado «científico-técnico» que tienen ambas expresiones en los derechos de la propiedad intelectual e industrial, la conclusión parece que es la misma: estamos antes dos expresiones que no tienen el mismo significado. Si nos centramos exclusivamente en el diseño, y recordamos la distinción entre la «obra originaria» y las «reproducciones», un diseñador que plasma su creación en la obra originaria (que, como es sabido, es la primera incorporación del *corpus mysticum* a un soporte sensible) y la deja en su taller sin obtener las reproducciones, ha hecho accesible el diseño al público si se trata de un taller que puede ser visitado por cualquiera. Porque a partir de ese momento cualquier tercero que visite su taller puede «llegar a conocer» el diseño. Pero en ese momento el diseño todavía no ha sido puesto a disposición del público, porque aún no existen las reproducciones o ejemplares múltiples de la obra originaria, que son los que permiten que el diseño esté apto y listo para llegar al público.

(ii) Sentada la conclusión de que no estamos ante dos expresiones con idéntico significado, el problema que surge es el de si la redacción del artículo 6 de la Ley española respeta o no la Directiva. Si se comparan el texto del artículo 4 de la versión española de la Directiva y el texto del

artículo 6 de nuestra Ley, es claro que no dicen lo mismo y que, en principio, es más riguroso el concepto de novedad de la Ley española. Porque, como he dicho con anterioridad, según la Ley española, por ejemplo, el solo hecho de dejar la «obra originaria» sobre una mesa en el taller del diseñador, abierto al público, supone hacerlo accesible al público, pero no ponerlo a su disposición. Y lo mismo hay que decir si se comparan las versiones inglesa y francesa de la Directiva con el texto de la Ley española. En efecto, en la versión inglesa, el artículo 4 de la Directiva dice «*made available to the public*», que coincide con la traducción española de dicho artículo, que, como ya se ha dicho, es «puesta a disposición del público», lo cual parece indicar que el criterio del Legislador comunitario es tomar como referencia la «puesta a disposición» y no la simple «accesibilidad». Por su parte, la versión francesa emplea la expresión «*n'a été pas divulgué*», «no haya sido divulgado», que, si bien no coincide con las versiones inglesa y española de la Directiva, se acerca más al criterio de la «puesta a disposición» que al de la «accesibilidad» de la Ley española.

A la vista de lo que antecede, no se puede descartar que el artículo 6.1 de la Ley española haya ido más allá de lo que permitía la Directiva. Además, la Ley 20/2003, en lugar de subsanar este posible defecto del artículo 6.1, en otros preceptos de la Ley, singularmente, en el artículo 9.1, que determina el concepto de la «accesibilidad», ha persistido en su particular manera de definir la novedad de manera «no armonizada». En efecto, en el texto del Proyecto de Ley que se presentó al Congreso, la discutible y «desarmonizada» redacción del artículo 6.1 «*haya sido hecho accesible al público*» quedaba subsanada, en gran medida, en el artículo 9 del Proyecto, que se titulaba «Divulgación» (lo mismo que el artículo 6 de la Directiva), en el cual se venían a equiparar «accesibilidad» y «divulgación». Sin embargo, en el texto del Proyecto remitido por el Congreso al Senado se modificó el título del artículo 9, sustituyendo «Divulgación» por «Accesibilidad», palabra esta última que se mantiene en el texto de la Ley 20/2003. Pero no acaban aquí los problemas, porque después de haber cambiado el título del artículo 9, resulta que el término «divulgación» no desaparece de la Ley 20/2003, ya que dicha palabra sigue figurando en su artículo 10 que habla de «Divulgaciones inocuas».

(iii) Y por aquí llegamos al tercero de los problemas anteriormente planteados, que es el de si no existía otra expresión más idónea que «la simple accesibilidad», o incluso que la «puesta a disposición», para aludir al dato determinante para afirmar o negar la novedad del diseño. A mi modo de ver, la respuesta es afirmativa y tal expresión era la de «divulgación». Esta palabra significa «acción y efecto de divulgar» y por «divulgar» se entiende «publicar, extender, poner al alcance del público algo» que en

nuestro caso es el «diseño». Que ésta es la expresión más correcta, lo demuestra, por un lado, el hecho de que el artículo 6 de la Directiva, en su versión española, se titula «divulgación» y no «accesibilidad»; por otro lado, que la propia Ley 20/2003 no haya podido eliminar por completo esta palabra, ya que la emplea en el citado artículo 10 al determinar las «divulgaciones inocuas»; y finalmente, que, a la hora de determinar la «accesibilidad al público», el apartado 1 del artículo 9 establece que la misma tiene lugar cuando el diseño «haya sido publicado, expuesto, comercializado o divulgado de otro modo», nociones que coinciden sustancialmente con la significación gramatical de «divulgación».

### 3.1.2. *El juicio comparativo de la novedad*

El concepto de novedad que formula el artículo 6 de la Ley española se apoya en dos pilares. Por un lado, en el dato de la «no identidad» entre el diseño solicitado y los anteriores y, por otro, en el concepto de la «divulgación» y sus consecuencias.

#### a) El diseño solicitado y la «no identidad» con otros

Para determinar si existe novedad, lo primero que hay que tomar en consideración es la relación entre el diseño que se pretende proteger y los demás diseños anteriores. En cuanto al diseño que se pretende proteger, el que es objeto de comparación con los demás es el que figura en la solicitud de registro: esto es, la «representación gráfica del diseño apta para ser reproducida» de la que habla la letra c) del apartado 1 del artículo 21 de la Ley 20/2003. En cuanto a los «demás diseños», habrá que tener en cuenta todos los diseños que forman el patrimonio de las formas estéticas aplicadas a objetos industriales o artesanales dadas a conocer con anterioridad al momento en que haya de juzgarse la novedad.

La puesta en relación del diseño solicitado con los demás diseños anteriores se efectúa con el fin de comprobar que aquel diseño no es idéntico a ninguno de éstos. Lo cual significa que la comprobación de la novedad supone un juicio comparativo en el que se compara individualmente el diseño solicitado con cada uno de los demás con la finalidad de determinar si existe o no «identidad» entre tal diseño y cualquiera de los otros. «Identidad» que existirá no sólo cuando los diseños comparados sean exactamente iguales, sino también, como dice el apartado 2 del artículo 6, cuando «las características de los diseños difieran sólo en detalles irrelevantes».

Hasta aquí tenemos perfilado un elemento de la comparación: el diseño cuya protección se pretende y el resultado que se persigue con dicha comparación: que no exista «identidad» o «cuasi identidad» (noción esta última que formula el apartado 2 del artículo 6). Falta por determinar el otro elemento de la comparación, que es, aunque no lo llame así la Ley

20/2003, el «patrimonio de las formas estéticas aplicadas a artículos industriales o de la artesanía» o, en los términos de la Ley, el conjunto de diseños que han sido «legalmente divulgados».

b) Los diseños que han sido «legalmente divulgados»

De los dos pilares en los que se apoya el requisito de la novedad, el que presenta mayor dificultad es el de la divulgación, a la que se refieren los artículos 6.1, 9 y 10 de la Ley española. Como ya sabemos, el artículo 6.1 dispone que para que un diseño sea nuevo no tiene que haberse hecho accesible al público ningún otro diseño idéntico. Si no existiera en la Ley 20/2003 ningún otro precepto que se refiriese a la «accesibilidad», la novedad de un diseño desaparecería por el solo hecho de que el público tuviera la posibilidad de conocer un diseño idéntico o cuasi idéntico antes de la fecha de solicitud o de prioridad. Pero el artículo 9 vuelve sobre este punto y, además de utilizar las palabras «accesibilidad» o «ha sido hecho accesible al público», define lo que se entiende por «accesibilidad al público», indicando que *«un diseño se hace accesible al público cuando se publica, se expone, se comercializa o se divulga de algún otro modo»*.

Así pues, un diseño se hace «accesible al público» cuando tenga lugar cualquiera de los siguientes actos: que se publique el diseño, es decir que se haga patente y manifiesto al público o que se difunda por cualquier procedimiento; que se exponga, es decir, que se presente para ser visto; que se comercialice, es decir, que se entregue para su venta; o que, y esto es una especie de cláusula general, que se divulgue de cualquier otro modo, que se ponga al alcance del público a través de cualquier vía.

Sentado lo anterior, hay que señalar que no basta con que se haya producido cualquiera de estos actos para que exista la «divulgación» que hace desaparecer la novedad. Para que el diseño carezca de novedad es preciso –como se dice en el inciso final del párrafo primero del apartado 1 del artículo 9– que aquellos actos alcancen un «determinado resultado, a saber: que tales hechos, razonablemente, no hayan podido llegar a ser conocidos en el curso normal de los negocios por los círculos especializados del sector de que se trate que operen en la Unión Europea».

A decir verdad, aunque el artículo 9.1 mejora la redacción del artículo 6.1 de la Directiva –a la que hay que imputar enteramente el alambicado texto de la norma–, este inciso final del apartado 1 del artículo 9 no es un modelo de norma que proporcione seguridad jurídica. Adviértase, en efecto, que se formula como una excepción a la «divulgación»: «salvo que...», dice el comienzo del inciso; que se formula en sentido negativo: «... estos hechos...no hayan podido ser...»; y, que emplea términos sumamente imprecisos como «razonablemente» aplicado a la palabra «conocidos», o el adjetivo «normal», que califica el tráfico en cuyo curso no haya podido ser razonablemente conocido el diseño. Y por si

el relativismo de la excepción todavía no fuera suficiente, se tiene en cuenta no el conocimiento de los consumidores o usuarios, sino el de los círculos especializados que operen en la Unión Europea en el sector de que se trate.

No es fácil determinar el sentido del último inciso del artículo 9.1 de nuestra Ley. Pero, «por curso normal de los negocios», habrá que entender lo que se conoce por «*tráfico económico ordinario*», es decir, el conjunto de operaciones económicas que tienen lugar ordinariamente en el sector del mercado de que se trate; y por «círculos especializados» habrá que entender los «especialistas», esto es, las personas especialmente familiarizadas con el mundo del «diseño» del sector de que se trate.

En definitiva, lo que se quiere decir, con tan desafortunada frase, es que para que se considere que un diseño haya sido divulgado no basta con que haya sido publicado, expuesto, comercializado o dado a conocer de cualquier otro modo, sino que es preciso, además, que la publicación, la exposición, la comercialización o la correspondiente divulgación hayan sido de tal naturaleza que sea razonable esperar que el diseño haya llegado a ser conocido en el tráfico ordinario por los especialistas del correspondiente sector de la Unión Europea.

Así las cosas, es claro que la noción «haya sido hecho accesible al público» –o, mejor dicho, la «divulgación»– a la que se refiere el artículo 6.1 al definir la novedad, queda fuertemente suavizada por el concepto legal de divulgación que formula el artículo 9.1. La razón de esta «suavización» del concepto de novedad del artículo 6.1 a través de la definición legal de «divulgación» del artículo 9.1 –o «cláusula de salvaguardia», como la denominaba la Propuesta Modificada de Directiva– es evitar que pueda alegarse como anterioridad la existencia de un diseño anterior que se estuviera utilizando en algún lugar del mundo, pero del que el correspondiente sector europeo no pudiera tener conocimiento. Con esta medida, es claro que la Directiva y, por tanto, la Ley española, no optan por el concepto de novedad universal, sino por un concepto de novedad ceñido territorialmente al «sector de la Unión Europea de que se trate». Esto supone que cada ley nacional de los Estados Miembros, en nuestro caso la Ley española 20/2003, establece un ámbito territorial para la novedad más amplio que el del territorio español pero menos extenso que el de la novedad universal que rige en materia de patentes.

Para concluir con la regulación de la divulgación que se efectúa en el apartado 1 del artículo 9, hay que señalar que en el apartado 2 de este artículo se establece otra excepción a la divulgación que, siendo completamente lógica, debería haberse matizado a la vista de lo dispuesto en el inciso final del apartado 1. En efecto, en el apartado 2 del artículo 9 se dice que no se considerará que el diseño haya sido hecho accesible al público por el simple hecho de haber sido divulgado a un tercero en condi-

ciones tácitas o expresas de confidencialidad. Pues bien, parece que sólo tiene sentido incluir esta norma cuando por la divulgación realizada al tercero el diseño ha llegado a ser conocido por los círculos especializados del sector de que se trate que operen en la Unión Europea. Porque si tal divulgación se ha hecho de modo que el diseño no haya podido ser razonablemente conocido en el tráfico comercial normal por los círculos especializados del sector de que se trate que operen en la Unión Europea, no puede desaparecer la novedad por el simple hecho de que el diseño haya sido divulgado a un tercero en condiciones tácitas o expresas de confidencialidad.

Para finalizar el análisis de la «divulgación», hay que referirse al artículo 10, titulado «Divulgaciones inocuas». Ante todo, hay que señalar que la norma contenida en este artículo trata de conciliar el desacertado concepto de novedad en el que se inspira la Ley española (que sigue la Directiva) con la posibilidad de registrar un diseño después de haberlo divulgado. En efecto, según el concepto de novedad que se desprende de la interpretación conjunta del artículo 6 y del apartado 1 del artículo 9, todo diseño que hubiese sido divulgado en los términos del apartado 1 del artículo 9 antes de la fecha de presentación de la solicitud o, en su caso, de la fecha de prioridad, no podría ser posteriormente registrado por carecer del requisito de la novedad. Pues bien, para hacer posible el registro válido del diseño con posterioridad a haberlo divulgado, se establece la «ficción legal» de que el diseño es nuevo, por una parte, cuando ha sido divulgado por el autor, o cualquiera de los sujetos a los que se refiere la letra a) del apartado 1, en los doce meses anteriores a la fecha de la solicitud de registro o, en su caso, de la prioridad (apartado 1 del artículo 10); y por otra parte, cuando la divulgación del diseño, en las circunstancias reseñadas en el apartado 1, sea consecuencia de un abuso frente al autor o su causahabiente.

c) El momento al que ha de referirse el juicio comparativo de la novedad

Decíamos con anterioridad que la comprobación del requisito de la novedad supone la realización de un juicio comparativo en el que, tras comprar por separado el diseño que se pretende proteger con cada uno de los que han sido legalmente divulgados, se determina si existía anteriormente un diseño idéntico o con diferencias únicamente en detalles irrelevantes. Naturalmente, este juicio ha de referirse a un momento determinado, que es el que fija el artículo 6.1 de la Ley 20/2003: la fecha de presentación de la solicitud o, si se reivindica prioridad, la fecha de prioridad. De tal suerte que la fecha de estas dos que se tome como referencia cerrará hacia atrás el estado del patrimonio de las formas estéticas aplicadas a productos industriales o artesanales, con el cual y de manera

separada, una por una, se comparará el diseño para el que se pretende la protección.

d) La conclusión sobre el examen de la novedad

La comprobación de la concurrencia del requisito de la novedad supone comparar el diseño que se pretende proteger con los diseños divulgados con anterioridad a la fecha de solicitud de registro o, en su caso, a la fecha de prioridad. De tal suerte que un diseño será nuevo si antes de esa fecha no se ha divulgado un diseño idéntico o con el que aquél difiera tan sólo en detalles irrelevantes.

La divulgación de un diseño idéntico anterior –y, en consecuencia, la falta de novedad– puede deberse a la propia divulgación que se ha hecho del diseño que se pretende proteger antes de aquella fecha y superado el plazo de gracia que establece el artículo 10. Pero puede deberse también, aunque no será lo más frecuente, a que exista con anterioridad otro diseño de un tercero que sea exacto o con el que presente diferencias en detalles irrelevantes. Y ello, aun cuando el que se pretende proteger haya sido creado independientemente del que se opone como anterioridad.

3.1.3. *Crítica sobre el requisito de la novedad*

Analizado en las líneas que preceden el requisito de la novedad, corresponde ahora pronunciarse sobre si debería haberse exigido o no este requisito en materia de diseño.

Como ya he dicho en el trabajo publicado en las Actas de Derecho Industrial de 1998, la Directiva y, por tanto, la Ley 20/2003, se han inspirado en un concepto desacertado de novedad. La Directiva y la Ley 20/2003 han optado por un concepto de novedad que se inspira en el principio de que nuevo es lo no conocido, lo «no divulgado», en un momento determinado. Pues bien, este principio, si bien tiene sentido en materia de patentes, es totalmente inadecuado para el diseño industrial.

En efecto, como es sabido, una vez que logra su regla técnica, el inventor tiene una doble posibilidad: explotar en secreto su invención o solicitar la patente. Si opta por explotarla en secreto, lo cual es intrínsecamente posible por la propia esencia de la invención como regla técnica, es evidente que el inventor no la va a dar a conocer, con lo cual no se produce progreso tecnológico alguno. Y ello porque en la medida en que esa regla técnica se mantiene en secreto, no pasa a ser un nuevo escalón en el avance del progreso tecnológico. Pues bien, como quiera que el objetivo esencial del Derecho de patentes sea, como de todos es sabido, el de fomentar el progreso técnico-industrial y esto sólo tiene lugar si el inventor da a conocer su regla técnica, el ordenamiento jurídico le concede un derecho de exclusiva temporalmente limitado a cambio de que solicite la patente y con ello describa su invención. Por eso, si el in-



ventor revela su invención antes de solicitar la patente, entonces pierde el derecho a obtener la patente porque la regla técnica, al haberse dado a conocer, ya forma parte del patrimonio tecnológico y puede contribuir a que éste siga progresando.

Nada de esto ocurre en el diseño industrial. Aquí el diseñador no puede optar entre explotar en secreto el diseño o solicitar la protección, ya que al tratarse de la apariencia de un producto no cabe la explotación del diseño «en secreto». Y, por lo tanto, el derecho de exclusiva no se le concede a cambio de que revele su creación. En este punto, el fundamento de la protección del diseño se aproxima al del Derecho de Autor, toda vez que la protección sea independiente de si el autor ha mantenido, o no, en secreto su creación hasta un determinado momento: divulgación de la obra y protección son perfectamente compatibles en el Derecho de Autor y también deben serlo en materia de Diseño Industrial.

### 3.2. El requisito del carácter singular

El segundo requisito que se exige para la protección de los diseños es el del «carácter singular», al que se refiere el artículo 7 de la Ley 20/2003.

#### 3.2.1. La definición del carácter singular

El apartado 1 del artículo 7 define este requisito de la siguiente manera:

«Se considerará que un diseño posee carácter singular cuando la impresión general que produzca en el usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad».

#### a) Consideraciones previas

La lectura de este precepto y su comparación con el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva, lleva a la conclusión de que, al igual que en la definición de la novedad, el Legislador español sustituye la expresión «*haya sido puesto a disposición del público*» de la Directiva por la expresión «*haya sido hecho accesible al público*». Sobre el alcance de esta modificación y sus consecuencias, nos remitimos a lo dicho en los apartados anteriores al analizar el requisito de la novedad.

#### b) La impresión general diferente

Así como en materia de novedad, lo que se exige al diseño que se pretende proteger es que no sea idéntico o cuasi idéntico a otro anterior, en el requisito del carácter singular se exige que el diseño *produzca una impresión general que difiera de la impresión general que produzca cualquier otro*

*diseño divulgado con anterioridad*. El criterio que sigue en este punto el Legislador se asienta en dos pilares.

De un lado, el artículo 7 toma como referencia el dato de la «impresión general». Lo cual significa que hay que determinar, en primer término, la impresión o, lo que es lo mismo, buscar el efecto o la sensación que produce en el ánimo, el diseño de que se trate. Pero no se busca la impresión que produce uno o varios elementos del diseño por separado: la protección no depende de la simple comparación de elementos individuales, sino que la que sirve de referencia es la impresión general o de conjunto; es decir, la que resulta de una visión global del diseño.

El efecto o sensación que ha de producir en el ánimo la visión global del diseño es que tal diseño «difiera» de la impresión general que produzca cualquier otro diseño anterior. Ni la Directiva ni la Ley 20/2003 determinan qué se entiende por «diferir». La clave del requisito del carácter singular reside, por tanto, en la interpretación que se dé al concepto de la «diferenciación». Gramaticalmente, «diferenciar» significa «diferir, distinguirse una cosa de otra»; por «diferir» se entiende «distinguirse una cosa de otra o ser diferente y de distintas o contrarias cualidades»; y «distinguir» quiere decir «manifestar, declarar la diferencia que hay entre una cosa y otra con la cual se puede confundir». Desde la óptica de su significación gramatical, es indiscutible que tanto el Legislador Comunitario como el español exigen que entre los diseños comparados exista una *diferencia en cuanto a la impresión general o de conjunto que producen tales diseños*.

Tampoco determinan expresamente ni la Directiva ni la Ley española el «grado de diferencia» que se exige para que concurra el requisito del carácter singular, lo cual obliga a un nuevo esfuerzo de interpretación. En la versión final de la Directiva se suprimió el adverbio «notablemente» que seguía a la palabra «difiera», el cual determinaba expresamente el grado de diferenciación que se exigía y que era, en consecuencia, elevado. Así las cosas, es claro que la Ley 20/2003 no exige que el grado de diferencia que ha de producir la impresión general del diseño frente a la de otros sea «notable»; esto es, grande y sobresaliente. Pero que no se exija que el diseño «difiera notablemente» de los demás no significa que no se exija grado alguno de «diferenciación».

Que la propia Ley 20/2003 tiene en cuenta distintos grados de creatividad y, en consecuencia, «diferenciación» se desprende de la Exposición de Motivos cuando dice: «Ello no impide que el diseño original o especialmente creativo pueda acogerse además a la tutela que le brinda la propiedad intelectual...». Declaración que se traduce en la ya citada Disposición Adicional Décima que instaura, como hemos visto, el sistema de la acumulación restringida para aquellos diseños que presenten el grado de creatividad y originalidad propios de las obras protegibles por la propiedad intelectual. La Ley 20/2003 reconoce, pues, la existencia de diseños con

un elevado grado de «creatividad y originalidad», las llamadas «obras de arte aplicado», que justamente por ello deben producir una impresión general que los haga *más intensamente diferentes* que los demás diseños.

Pero la Ley 20/2003 también parte de la existencia de un «grado de diferenciación» entre los diseños en sentido estricto; es decir, los que no son «obras de arte aplicado». Así resulta de la Exposición de Motivos cuando dice: «Hay que señalar la correlación que hay entre el grado de diferencia que un diseño debe presentar frente a los conocidos para que tenga carácter singular y pueda ser protegido, y el que el diseño desarrollado por un competidor debe presentar frente al protegido para no invadir su ámbito de protección. En ambos casos, se toma como referente al usuario informado y el grado de libertad del autor para desarrollar el diseño».

#### c) El grado de libertad del autor del diseño

Hasta aquí se ha dicho que un diseño posee carácter singular si su impresión de conjunto difiere claramente de la impresión que producen los demás diseños. Y se ha dicho también que si se trata de una obra de arte aplicado el grado de diferencia frente al resto de los diseños ha de ser intenso o notable. Pero esta exigencia en el grado de diferenciación, tanto a los efectos del requisito del carácter singular como a los efectos de determinar el alcance de la protección del diseño, está condicionada por el grado de libertad que tenga el diseñador.

Como dice muy acertadamente la Exposición de Motivos de la Ley, hay que atender al sector al que pertenece el diseño y a las circunstancias propias de ese sector, ya que hay ámbitos en los que existen unas tendencias dominantes que responden a los gustos o modas del momento. Y en este caso, no se puede exigir al diseñador que se aparte abiertamente de esos gustos comunes. En estos sectores, hay, pues, menos libertad para diseñar, por lo cual ha de ser menor la exigencia de diferenciación: el diseño tiene carácter singular aunque su impresión de conjunto difiera en menor grado de los demás; o dicho con otras palabras, aunque la diferencia sea menos clara y patente. Y ello porque cuanto menor es la libertad de creación en mayor medida hay que valorar las diferencias, porque son difíciles de lograr. En cambio, hay sectores en los que el margen de actuación del diseñador es muy amplio, bien porque se trata de un nuevo sector, bien porque no hay gustos comunes dominantes, o bien porque los propios productos a los que se incorpora el diseño admiten gran diversidad de apariencias. En tal caso, el grado de libertad del autor aumenta, lo cual se traduce en una más exigente diferenciación: la impresión general ha de ser claramente diferente entre los correspondientes diseños. Lo cual implica que hay que valorar en menor medida las diferencias, exigiendo que exista un número suficiente y relevante de ellas, porque el diseñador tiene un campo más amplio para realizar su creación.

d) El usuario informado como sujeto cuya impresión es relevante

Otro de los elementos que juega un papel esencial en el requisito del carácter singular es la figura del sujeto cuya impresión es determinante para afirmar o negar la existencia de tal requisito. Tanto en la Directiva como en la Ley 20/2003 el juego del requisito del carácter singular gira en torno a la figura del «usuario informado». Pero la Ley no define el concepto de «usuario informado» porque esta figura, como dice la Exposición de Motivos, «habrá de concretarse caso por caso en función del segmento del mercado a que vaya específicamente dirigida la oferta del producto».

El papel del «usuario informado» es semejante al del «experto en la materia» del requisito de la actividad inventiva en materia de patentes y de modelos de utilidad. Pero su perfil es muy diferente: aquí no se está hablando de un «experto», sino de un «usuario»; es decir, de un consumidor o usuario final, como aquel al que se refiere el apartado 2 del artículo 8 cuando determina lo que se entiende por «utilización normal» de un diseño incorporado a un componente de un producto complejo. Precisamente por ser un «usuario» tampoco puede equipararse a los sujetos que integran los «círculos especializados» a los que se refiere el apartado 1 del artículo 9.

Por otra parte, debe señalarse que, a diferencia de la figura del «usuario final» a la que se refiere el apartado 2 del artículo 8, en el artículo 7 no se alude a cualquier usuario final, sino a un «usuario informado». La Ley 20/2003 tampoco determina qué se entiende por «informado»; es decir, no establece el grado de información que ha de tener el usuario final para que encaje en esa figura abstracta del «usuario informado». «Informado» significa «enterado», sujeto con formación, «conocedor y entendido». Lo cual implica que se trata de un usuario con un cierto nivel de conocimiento en lo que concierne a los diseños puestos a disposición del público en un determinado sector. Así pues, para valorar si en un diseño concurre o no el requisito del carácter singular habrá que configurar un prototipo abstracto de usuario, representado por un destinatario final conocedor y entendido respecto de los productos con diseño del sector de que se trate. No se está, pues, ante un único y mismo sujeto para todos los diseños, sino de un sujeto abstracto con las mismas características de formación y conocimiento, pero que es distinto para cada sector.

Por otra parte, ni la Directiva ni la Ley 20/2003 especifican el ámbito territorial al que debe referirse la información que posee ese «usuario informado». En este punto, cabría optar por un «usuario informado» sobre el conjunto de diseños del sector de que se trate puestos a disposición del público en el territorio de cada Estado miembro o por la figura de un «usuario informado» sobre el conjunto de dibujos o modelos pertenecientes al sector de que se trate pero en toda la «Unión Europea» podría

defenderse que esta última opción, alegando como apoyo el apartado 1 del artículo 9, se refiere a los círculos especializados del sector de que se trate en la Unión Europea.

### 3.2.2. El juicio comparativo del carácter singular

Al igual que con el requisito de la novedad, la comprobación de si un diseño posee carácter singular se realiza a través de un juicio comparativo que se desarrolla de la siguiente manera.

a) Los elementos y el momento al que debe referirse la comparación

Los elementos de la comparación son los mismos que en el requisito de la novedad: el diseño que se pretende proteger y los demás diseños «legalmente divulgados» y el momento de la presentación de la solicitud o la fecha de prioridad, que ya han sido analizados con anterioridad y a los que nos remitimos para no incurrir en repeticiones innecesarias.

b) El resultado de la impresión general producida por el diseño en el usuario informado

A la vista de todo lo anteriormente dicho cabe afirmar que un diseño reúne el requisito del carácter singular cuando produce en ese usuario informado una impresión general diferente de la que produce cualquier otro diseño legalmente divulgado con anterioridad. La regulación que ofrece la Ley 20/2003 sobre este requisito ofrece dos reglas importantes para apreciar si concurre o no en el diseño de que se trate. La primera regla es, como ya se ha dicho, que hay que tomar en consideración la impresión general que produce el diseño, lo cual parece implicar que no deben efectuarse análisis comparativos de detalle. Y la segunda es que hay que tener en cuenta, según hemos visto, el grado de libertad del autor a la hora de crear el diseño. Esto supone tener en cuenta, fundamentalmente, el grado de «alejamiento» que ha logrado el autor con respecto al conjunto de las formas existentes en el correspondiente sector.

Pues bien, un diseño poseerá el requisito del carácter singular cuando el usuario informado, a la vista de la impresión general de ese diseño, considere que tal diseño difiere con claridad del «corpus» de diseños que se tomen en cuenta para efectuar la comparación. Por el contrario, el diseño carecerá de dicho requisito si la impresión general que recibe el usuario informado es la de que tal diseño es igual o similar, sin que se perciban diferencias claras, con respecto a otro de los que integran ese *corpus*.

Finalmente, el problema que cabe plantear es si el propio juzgador puede comprobar personalmente el «carácter singular» del diseño o si, por el contrario, ha de buscar el criterio del «usuario informado» del correspondiente sector. El juzgador puede ocupar él mismo el lugar del

usuario informado cuando se trate de diseños de productos de gran consumo que van dirigidos a amplios sectores de consumidores y usuarios, ya que puede representar perfectamente el papel de usuario final informado. Pero en aquellos supuestos en los que se trate de productos sofisticados de sectores muy especiales y elitistas, el juez no es el que debe decidir personalmente y con su propio criterio por muy valioso que sea, sino que, como ordena la Ley, ha de atender a la que resulte ser la opinión de ese usuario final informado de dicho sector.


### 3.2.3. Valoración personal del requisito del carácter singular

Para finalizar estas reflexiones sobre este requisito, debo afirmar que soy de la opinión de que éste es el único requisito que debe exigirse a los diseños, ya que es el que está en perfecta consonancia con la esencia de esta figura y con el fundamento de su protección. En efecto, ya hemos visto que en materia de diseños la protección no se concede a cambio de que se revele la creación de forma, porque por su propia esencia de forma exterior no puede ser explotada en secreto. Razón por la cual carece de sentido, como ya he dicho, imponer como requisito de protección que el diseño no se divulgue con anterioridad a la fecha de solicitud o, en su caso, de prioridad. En el diseño es, en principio, el propio acto de creación el que justifica la protección que confiere el ordenamiento jurídico. Pero el acto de creación, que es absolutamente necesario, es por sí solo insuficiente. Es preciso algo más: un fundamento de tipo objetivo, porque estamos en el mundo de la Estética Industrial y ante derechos de exclusiva que producen efectos de bloqueo en el mercado, que impiden que se puedan proteger dos creaciones idénticas creadas independientemente. El fundamento de tipo objetivo al que me refiero es que el diseño, la nueva creación, ha de enriquecer el patrimonio de las formas estéticas aplicadas a los productos.

Pues bien, el requisito del «carácter singular» presupone la vigencia de ese doble fundamento. Así, al exigir como requisito de protección que el diseño difiera en su impresión general de cualquier otro divulgado con anterioridad, es evidente que se está condicionando la protección a la existencia de un «acto de creación», ya que la propia condición de «ser diferente» implica que ha existido creación. Y, por otro lado, se está exigiendo que se produzca un enriquecimiento del patrimonio de las formas estéticas aplicadas a los productos, ya que si dicho diseño tiene «carácter singular» supone el ingreso de una nueva forma en dicho patrimonio, al tener ésta que diferir necesariamente de la impresión general de cualquier otro diseño hecho público con anterioridad.

Si ahora analizamos este requisito del «carácter singular» a la luz del requisito de la «novedad» del artículo 6, comprobamos que el requisito del «carácter singular» *absorbe*, si se permite la expresión, una gran parte

del contenido de aquél requisito. En efecto, si se afirma que un determinado diseño posee carácter singular, se está diciendo que difiere en su impresión general de todos los diseños hechos públicos con anterioridad. Por lo tanto, salvo que en la comparación para determinar el carácter singular se tenga en cuenta el propio diseño solicitado, reconocer a un diseño carácter singular significa que no se ha divulgado ningún otro ni idéntico ni que difiera en detalles irrelevantes. Por eso, si partimos de la consideración de que un mismo diseño sólo puede ser tenido en cuenta, a la vez, como objeto a comparar y objeto con el que se debe efectuar la comparación, cuando se exige que no se divulgue antes del momento al que debe referirse la comparación y a esto añadimos que esta exigencia carece de sentido en el ámbito de esta figura, debemos llegar a la conclusión de que es suficiente con el requisito del carácter singular.

Ahora bien, como quiera que esté más arraigado el requisito de la novedad que el del «carácter singular» en los ordenamientos nacionales, lo más acertado habría sido exigir solamente el requisito de la novedad, pero previendo que la definición legal de novedad no fuese la del actual artículo 6, sino la que se determina en el artículo 7 para el denominado «carácter singular». 

# DISEÑOS, PROPIEDAD INTELECTUAL Y PROPIEDAD INDUSTRIAL

**Carlos Rogel Vide**

Catedrático de dereito civil da  
universidade complutense de Madrid

## 1. Introducción

Se trata, en las palabras que siguen, de reflexionar sobre la propiedad intelectual e industrial –sobre la propiedad ordinaria incluso e indirectamente– respecto de los diseños, recientemente regulados con una terminología superadora de la anterior –modelos y dibujos industriales y artísticos–, terminología a la que, por cuanto me resulta, no es ajeno el profesor Otero Lastres, en la Ley 20/2003, de 7 de julio, Ley que incorpora a nuestro Ordenamiento jurídico propio, con cierto retraso y como es sabido, la Directiva 98/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos, amén de tener presente el Reglamento 6/2002, del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, sustituyendo –Derecho transitorio al margen– a la normativa contenida, sobre el particular, en los artículos 182 y siguientes y concordantes del Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929.

Una primera muestra de la complejidad del asunto cuyo estudio iniciamos y de las terminologías varias y no siempre coincidentes, ni tan siquiera compatibles, que, respecto del mismo, se utilizan, es la siguiente:



La Ley 20/2003 se titula *de protección jurídica del diseño industrial*; por el contrario, el artículo 1 de la misma, bajo el rótulo *Objeto de la ley*, reza, en su apartado 1, así: *Esta Ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de la propiedad industrial del diseño.*

No se dice lo mismo, como puede verse, en el título de la Ley y en el artículo 1.1 de la misma, pues no es igual proteger –como sea– el diseño industrial, que proteger –específicamente– la propiedad industrial del diseño de la misma índole.

La cuestión tiene su miga, pues la protección jurídica del diseño puede procurarse por muchas vías –propiedad intelectual y propiedad industrial y normas propias de la competencia desleal o de los ilícitos civiles e, incluso, penales, valga por caso–, en tanto que la Ley 20/2003 se mueve tan solo, en lo fundamental, en el ámbito de la propiedad industrial, lo cual determina la mayor precisión de lo dicho en el artículo 1.1 de la Ley, en comparación con lo dicho en el título de la misma.

Téngase presente aquí y en pro de la respuesta juzgada más bondadosa, que el artículo 1.1 es una norma jurídica propiamente dicha o, cuando menos, una disposición legal, en tanto que los títulos de las leyes o de los artículos que las integran no comulgan de tal condición, teniendo, tan solo, el valor de interpretar, en la medida de lo posible, la voluntad del legislador, que no la de la ley, al gestarse ésta.

Una segunda muestra de la complejidad del asunto estudiado y de la existencia de afirmaciones distintas y no siempre coincidentes en torno al mismo resulta de cuanto sigue.

En la mal llamada Exposición de Motivos de la Ley –que mejor se llamaría Preámbulo– puede leerse, al final casi de la misma, el siguiente párrafo: «Si la obra –de arte– es objeto de propiedad intelectual, el autor tiene, en todo caso, los derechos de explotación sobre la misma... Ello no le impedirá registrarla, además, como diseño, si se dan las condiciones previstas en esta Ley...»

La Disposición adicional décima de la Ley, por su parte y bajo el título *Compatibilidad de la protección*, dice: «La protección que se reconoce, en esta Ley, al diseño industrial será independiente, acumulable y compatible con la que pudiera derivarse de la propiedad intelectual, cuando el diseño de que se trate presente, en sí mismo, el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística».

En la Exposición de Motivos y como puede verse, está, primero, la propiedad intelectual y, después y llegado el caso, la industrial. En la Disposición adicional décima, por el contrario, se habla, primero, de la propiedad industrial y, después y llegado el caso, de la intelectual.

El asunto también tiene su miga, como veremos más adelante, y no se resuelve afirmando, sin más, la naturaleza ancilar de la propiedad industrial respecto de la intelectual, sobre todo teniendo en cuenta que, como

ha quedado dicho ya, una cosa es el contenido de una Exposición de Motivos y otra muy distinta –y más vinculante– lo dispuesto en una Disposición legal, por muy adicional que ésta sea.

He aquí, a modo expresionista y con dos trazos iniciales, una muestra –extraída de la propia Ley 20/2003– de la complejidad y dificultad del asunto a estudiar, complejidad y dificultad que obligan a acercarse a él con precaución, rigor y método.

En acercamiento del género y antes que nada, es necesario decir que el concepto de propiedad intelectual que aquí se utiliza es el estricto, constitucionalmente bendecido y contrapuesto, como especie, al de propiedad industrial, dentro, siempre, del género común propiedad –si se quiere y por lo que después se dirá, referida a los bienes inmateriales–. Es bueno hacer tal advertencia, pues, en ocasiones y con el artículo 2.VIII del Convenio de 14 de julio de 1967 en la mano, Convenio regulador de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se han incluido, bajo la denominación «propiedad intelectual» y entre otros muchos, los derechos relativos a las obras artísticas –aplicadas o no– y, también, los relativos a los modelos y dibujos industriales.

Al comienzo del camino y en segundo término, conviene recordar que, junto a la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003 y ocupándose de las mismas cuestiones, está el artículo 3º de la Ley de Propiedad Intelectual (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1986), artículo sobre el que volveremos y que, en lo que ahora interesa, dice: «Los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con: 1º. La propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual. 2º. Los derechos de propiedad intelectual que puedan existir sobre la obra».

Propiedad intelectual, pues, como propiedad distinta de la industrial. La primera, propia de los creadores; la segunda, más próxima a los empresarios. La primera, propia del Derecho civil, encontrando acomodo en los artículos 428 y 429 del Código del mismo nombre, artículos integrantes de un Capítulo expresamente dedicado a la propiedad intelectual; la segunda, propia del Derecho mercantil y de las leyes propias de éste. Es desafortunada, por ello y dicho sea entre paréntesis figurados, la inclusión, interesada, de ambas propiedades dentro de las materias propias de los tribunales mercantiles de nuevo cuño.

Sabido lo anterior y sentadas las bases del discurso pendiente, corresponde, seguidamente, iniciar éste empezando por el principio, que tanto quiere decir como empezar por una reflexión sobre los bienes inmateriales como objeto posible de propiedad, especial, por supuesto.

## 2. Los bienes inmateriales como objeto de propiedad

El género próximo, en lo que interesa y como se ha visto, es la propiedad, derecho subjetivo por excelencia, paradigma de los derechos reales, que permite usar y disfrutar y hasta abusar de la cosa que constituye su objeto, en una concepción decimonónica del mismo, función social al margen. Propiedad versátil, por otra parte, que puede referirse a los más diversos objetos, materiales unos, inmateriales otros. Dentro de la propiedad, en efecto, desde hace siglos y en relación con los últimos objetos dichos, se habla de propiedad industrial y de propiedad intelectual, a la que Le Chapelier calificó, en los albores de la Revolución Francesa, como la más sagrada, la más inatacable y la más personal de las propiedades... mientras dure –habría que matizar–, pues, desde siempre, tal propiedad –como la industrial, en ocasiones– se entiende temporal, que no perpetua, lo cual lleva al contrasentido –nunca suficientemente superado– de que lo más sagrado es perecedero y lo más pedestre no tiene fin.

Con todo y aun presente la propiedad intelectual desde antiguo, la propiedad por excelencia del XIX es la de la tierra y, sobre la misma, se montan los códigos civiles. En el XX, la propiedad más importante, creo, es la de las acciones de las sociedades mercantiles. En el XXI, empero, puede que la propiedad más importante sea la relativa a los bienes inmateriales, ya sea industrial, ya intelectual, generando las actividades cubiertas por ésta última tan solo, entre el 5 y el 6% del producto interior bruto de los países industrializados en el año 1989, porcentaje, por otra parte, en constante aumento<sup>1</sup>.

Los bienes inmateriales, téngase bien presente desde ahora, son distintos, no se confunden con el soporte material que, una o múltiples veces, los contiene<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> El dato que acabo de citar figura en el *Libro Verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología* [Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas –C.O.M. (88), 172 final–, Bruselas, 6 de febrero de 1989, página 17].

Sobre el particular, puede verse también lo dicho por Alberto BERCOVITZ –«La importancia económica del derecho de autor...»–, Ricardo ANTEQUERA –*Derecho de autor*, I, p. 99 ss.– y Marlies HUMMEL –«La importancia económica del derecho de autor», *Boletín de Derecho de Autor de la UNESCO*, vol. XXIV, n.º 2, 1990– citado por ambos.

ANTEQUERA, refiriéndose a un estudio efectuado en los Estados Unidos de América en 1990 y publicado en 1992, señala –p. 115– que «las industrias del derecho de autor añadieron un total del 5,8% al Producto Interno Bruto (PIB) de ese país, generando empleo para 5,5 millones de pesetas. Alberto BERCOVITZ, por su parte y refiriéndose también a los Estados Unidos, indicaba –p. 323– que, ya en el año 1977, el conjunto de industrias implicadas en el derecho de autor de dicho país era, por importancia cuantitativa, el segundo, detrás solamente de los servicios médicos y de salud, pero por delante de la agricultura, de la industria del automóvil y de la de la maquinaria eléctrica. Hoy, muy posiblemente, sea el primero.

<sup>2</sup> Los bienes inmateriales vienen sucinta y magistralmente descritos por el maestro José Luis LACRUZ –*Bienes inmateriales*, p. 10 en particular–. También es de consulta

Por lo que a las obras plásticas concretamente respecta, una cosa es, en efecto, el arquetipo y otra el prototipo en el que se manifiesta aquél. Una cosa es la obra (*corpus mysticum*) y otra el ejemplar en que se plasma ésta (*corpus mechanicum*). «El ejemplar, incluso el original –dice Germán Bercovitz<sup>3</sup>–, no es la obra; se rige por las reglas comunes de los derechos reales sobre cosas (aunque, a veces, los tribunales parezcan olvidarse de ello...)».

El arquetipo, en efecto, la combinación ideal de colores y de formas –bi o tridimensional que sea– es independiente del soporte material en que se plasme, pudiendo variar el soporte, el prototipo, sin que cambie, por ello y en modo alguno, el arquetipo dicho<sup>4</sup>, cosa que ya intuían los romanos, por otra parte, y está dicha, de algún modo, en el artículo 377.II del Código civil cuando, en clave de mezcla de cosas muebles, señala lo siguiente: *En la pintura y escultura... se considerará accesoria* –respecto de la obra plástica– *la tabla, el metal, la piedra, el lienzo*<sup>5</sup>.

### 3. Obras plásticas y propiedad intelectual

De las obras del espíritu como objeto de la propiedad intelectual trata el artículo 10 de la Ley del mismo nombre, artículo que, en su apartado 1, empieza diciendo: *Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones*

---

obligada, al respecto, Hermenegildo Baylos –a quien remite Lacruz– que dedica no pocas páginas al asunto –de la 107 a la 120– en su *Tratado de Derecho Industrial*, hablando de lo inmaterial como contrapuesto a lo físico o sensible, como entitativamente independiente y como intemporal, ubicuo e inconmensurable.

<sup>3</sup> Germán BERCOVITZ, «Las obras plásticas y fotográficas», pp. 65-66.

<sup>4</sup> Ver, en relación con un prototipo de estatua en yeso que desaparece en el proceso de elaboración de un nuevo prototipo en bronce, en base al cual se hacen cientos de reproducciones, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1998, comentada por un servidor de ustedes en la Revista de Derecho Privado –enero del 2000, página 81 ss.

De la obra perecedera reproducible en otro material, de la obra reproducible en serie, de los múltiples habla Jorge Ortega (*Obra plástica y derechos de autor*, p. 98 ss.).

<sup>5</sup> Sobre el 377.II del Código civil, ver MANRESA (*Comentarios*, III, p. 237 ss.). Interesantes son también las observaciones que dicho autor hace al artículo 383 del mismo cuerpo legal en clave de especificación (*Comentarios*, III, p. 256 ss.).

A los artículos 375, 377, 379 y 383 del Código civil hace referencia GALAN, ocupándose, acto y seguido, de poner de relieve la incidencia de los derechos morales del autor sobre las facultades dominicales del titular del soporte en el que se plasma la obra –derecho a que sea respetada la integridad de la misma, derecho –si cabe– a modificarla y retirarla del comercio, derecho de acceder al ejemplar único o raro de aquélla cuando dicho ejemplar se encuentre en poder de otro–, llamando la atención, asimismo, sobre la incidencia de los derechos patrimoniales del autor sobre las facultades dominicales del titular del soporte referido («Comentario al artículo 3º de la Ley de propiedad intelectual», p. 42 ss.).

*originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.*

Entre tales obras del espíritu, como es sabido y ha quedado dicho, se comprenden las obras plásticas, dentro de las cuales, y de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del apartado 1 del artículo 10 citado, encuentran, a su vez, acomodo *las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas, sean o no aplicadas.*

En las obras plásticas –tégase ello muy presente– el papel del autor es capital, pues es éste el que, con sus propias manos, ha de crear la obra, plasmando el arquetipo ideal en el original tangible<sup>6</sup>. No basta, respecto de tales obras, con concebirlas; es necesario, por ende, crearlas, ejecutarlas. Ello, la presencia ineludible del artista y de sus manos, dificulta extraordinariamente y en vía de principio –si no impide– la posibilidad de que tales obras sean colectivas y, de rondón, la posibilidad de que, con el artículo 8 de la Ley de Propiedad Intelectual en la mano, la titularidad originaria de los derechos sobre las mismas pueda corresponder a personas, físicas o jurídicas, distintas del creador.

Las obras plásticas, en todo caso y para ser objeto de propiedad intelectual, han de ser originales; originalidad que no ha de entenderse en sentido objetivo<sup>7</sup> –equiparable, de algún modo, a novedad– y que no requiere de altura creativa –al margen de lo difícil que sea constatar dicha altura, tarea que, en todo caso, no compete ni está reservada a los jurisperdentes–, pues se protegen las obras buenas y las malas, el arte pobre y el minimalista, el dibujo de un niño, el de un maestro del impresionismo

---

<sup>6</sup> «El autor, en esta clase de creaciones –enseña BAYLOS (*Tratado*, 549 ss.)–, aporta la primera materialización de la creación, que es por lo que su reproducción por un tercero se reduce a ser la *actualización*, en otra materia o energía, de los elementos que aparecen ordenados en el ejemplar original...

En la pintura, el autor facilita la realidad significativa, no sólo plena en su sentido, sino, además, intransferible en su individualización real. Tiene, pues, que aportarla físicamente como la que es. Por eso, el lienzo es estrictamente irreplicable. La escultura tiene en común con la obra pictórica que el autor no puede mencionar simbólicamente la realidad natural. Su modo de proporcionarla es también aportarla él mismo en toda su individualización. Pero, en cambio, se separa de aquella en que, después de aportada, la realidad física se ofrece como totalmente fungible: puede ser íntegramente sustituida por otra realidad natural del mismo orden, que aduzca los mismos valores formales».

<sup>7</sup> Rodrigo BERCOVITZ defendió, en su momento –«Comentario al artículo 10», p. 159 ss.–, la necesidad de que la originalidad fuese objetiva, reconociendo, con todo, que, en contra de esta tesis, estaba un buen sector de la doctrina –un servidor incluido– y que, a mayor abundamiento, mantenían, tajantemente, una postura contraria a la misma las Directivas comunitarias 91/250, sobre programas de ordenador, y 93/98 –sobre duración de derechos de propiedad intelectual–. Hoy ya no defiende tal teoría, como tiene dicho por escrito y me consta.

–término, por cierto, traído a colación por un crítico de arte en sentido peyorativo– y, en particular, el de Van Gogh –que no vendió nada en vida, como es sabido, por juzgar mezquina su obra quienes con él vivieron–. La originalidad que se requiere es la subjetiva; se requiere, simplemente, que el creador exprese –con una mínima complejidad y una cierta vocación estética, cuando mucho<sup>8</sup>– una idea propia, en la que ponga su propia impronta, y aun cuando se haya inspirado, para hacerlo, en un motivo compartido con otros, en otra obra de distinto género o del mismo incluso, si se trata –el modelo– de una obra preexistente que sirve de inspiración y no se pretende copiar o plagiar miméticamente, ello al margen de que las copias de obras ajenas –y los plagios incluso, Dios me perdone y al margen de las consecuencias aparejadas a la ilicitud de la conducta del plagiario– puedan ser, ellos mismos, obras de arte.

Las obras plásticas, por la propia naturaleza de las cosas, pueden ser bidimensionales o tridimensionales. En todas, no obstante, existe un arquetipo integrado por colores y/o por formas<sup>9</sup> y la protección jurídica arbitrada al respecto es la misma –al margen de que las últimas puedan ser más fielmente reproducidas que las primeras–, razón por la cual no existe, en clave de propiedad intelectual, distinción entre unas y otras ni se usan los calificativos dichos, como no se usa ya, en contra de lo que se venía haciendo y en clave de propiedad industrial, la distinción entre modelos y dibujos industriales o artísticos<sup>10</sup>, distinción que –como explica el maestro Lacruz<sup>11</sup> y por otra parte– tiene una razón de ser histórica y meramente coyuntural.

---

<sup>8</sup> Con todo, conozco el caso de unos padres estadounidenses que demandaron a una profesora por haber tirado a la papelera el dibujo de su hijo de cuatro o cinco años. Me consta, también, la existencia de telas pintadas de un solo color o dejadas en blanco que, firmadas, han sido subastadas y, lo que es más sorprendente, compradas.

<sup>9</sup> Del color y la forma, como ingredientes de la obra plástica, habla Jorge ORTEGA –*Obra plástica*, p. 46 ss.–.

<sup>10</sup> En la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, puede leerse el siguiente e ilustrativo texto al respecto: «En la nueva Ley, al igual que en la Directiva comunitaria (98/71/CE), la distinción entre modelos y dibujos industriales, correspondiente a los diseños tridimensionales y bidimensionales respectivamente, no se traduce realmente en un tratamiento legal diferenciado, y además el término modelo se aplica también a una figura distinta, los modelos de utilidad. Por ello se ha preferido utilizar el término diseño industrial, que es el empleado en el lenguaje común para designar la forma proyectada para los objetos de uso que serán fabricados en serie».

<sup>11</sup> «La distinción entre modelo y dibujo –dice LACRUZ (*Bienes*, 81)– obedece a razones históricas circunstanciales: la primera ley francesa en la materia, dictada para proteger los dibujos sobre telas de seda de la industria de Lión, se refería solo al dibujo y, al ser incorporadas luego, a la legislación, las creaciones tridimensionales, se las consideró como una especie distinta (anteriormente, se incluía el modelo dentro del concepto de dibujo diciendo que era “un dibujo en relieve”).

Las obras plásticas, en fin, pueden ser, o no, aplicadas. Aplicadas a la industria, entiéndase, ya sea porque han sido pensadas, desde un principio, para servir de continente, identificador y llamativo, de un determinado producto, ya porque, con posterioridad a su creación y aun habiendo caído en el dominio público, se destinen a ello, no siendo pensadas, antes, como continente de nada<sup>12</sup>. Tales obras, a las que no se hacía referencia explícita –hasta donde se me alcanza– en la legislación sobre propiedad intelectual del XIX y comienzos del XX y que, en la relativa a la propiedad industrial, venían siendo identificadas con los modelos y dibujos artísticos, son englobadas ahora, en la vigente Ley de propiedad intelectual, dentro de las obras plásticas también, habiendo llegado a proponerse, por cuanto me resulta<sup>13</sup>, la inclusión, en el artículo 10.1.e) de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 –vigente en su Texto Refundido de 1996–, de los modelos y dibujos industriales<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Rodrigo BERCOVITZ, hablando de obras plásticas en general o figurativas, dice –«Comentario al artículo 10», p. 179– que, a las categorías de las mismas expresamente citadas en el artículo 10.1.e) de la Ley de propiedad intelectual, cabe añadir las siguientes: «obras de diseño, tapicería, cerámica, azulejos, porcelana, obras de orfebrería, joyería, bisutería, ilustraciones, decorados». Ricardo ANTEQUERA, refiriéndose a categorías similares o idénticas, las engloba –«La protección», 364– dentro de las obras de arte aplicadas en todo caso.

<sup>13</sup> Rodrigo BERCOVITZ –«Comentario», 179– nos indica que tal pretensión se contenía en la Enmienda nº 313, presentada, en el Congreso, por el Grupo Parlamentario Minoría Catalana, Enmienda que no prosperó.

<sup>14</sup> En 1977, José Manuel OTERO LASTRES –en una obra titulada *El modelo industrial*– se empeñaba en distinguir entre obras de arte aplicadas y dibujos y modelos industriales, diciendo –pp. 90 y 91– que las primeras eran creaciones de forma, dotadas de un elevado carácter artístico, que se utilizan para decorar productos industriales, en tanto que los dibujos y modelos industriales serían creaciones de forma que, teniendo el mismo fin, carecen de nivel artístico. Otero Lastres toma el criterio del «nivel artístico» de la doctrina alemana. Yo, dejando para más adelante la distinción entre obras de arte aplicado y diseños industriales, advierto, desde ya, que, con la Ley de propiedad intelectual española vigente en la mano y sabida la originalidad meramente subjetiva que ésta requiere, el criterio del «nivel artístico» no sería, en modo alguno, operativo, aquí y ahora. Hay, en efecto, obras de arte, aplicadas o no, de nivel artístico dudoso, en tanto que hay dibujos y modelos, pensados, desde el principio, para contener productos, cuyo valor artístico es innegable y ha sido, por todos, reconocido –paradigmático es el caso del dibujo identificador de las latas de sopa Campbell, obra de Andy Warhol, caso al que podrían añadirse las botellas diseñadas por Dalí, o las de la coca-cola –cuya autor desconozco, conociendo, en cambio, estudiantes de Bellas Artes que las coleccionan–, sin olvidar las sillas de Le Courboisier o las piezas de orfebrería de Lalique.

## 4. Diseños y propiedad industrial. Singularidades de la misma respecto de la propiedad intelectual

### 4.1. Los diseños y su íntima conexión con los productos

Los diseños aparecen descritos, en sí mismos y en el entorno que los define, en el artículo 1 de la Ley 20/2003, titulado «Objeto de la ley» y del siguiente tenor:

1. Esta ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico de la protección de la propiedad intelectual del diseño.
2. A los efectos de esta ley, se entenderá por:
  - a) Diseño: la apariencia de la totalidad o de una parte de un producto, que se derive de las características de, en particular, las líneas, contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación.
  - b) Producto: todo artículo industrial o artesanal, incluidas, entre otras cosas, las piezas destinadas a su montaje en un producto complejo, el embalaje, la presentación, los símbolos gráficos y los caracteres tipográficos, con exclusión de los programas informáticos.
  - c) Producto complejo: un producto constituido por múltiples componentes reemplazables que permiten desmontar y volver a montar el producto.

Explicando el concepto de diseño que se contiene en la Ley con demasiada libertad y un cierto tinte, digamos, peyorativo, de infraponderación del mismo que no resulta, en modo alguno, del articulado –articulado al que habrá que estar, a la postre–, dice la Exposición de Motivos de la Ley dicha cuanto sigue:

El bien jurídicamente protegido por la propiedad industrial del diseño es, ante todo, el valor añadido por el diseño al producto desde el punto de vista comercial, prescindiendo de su nivel estético o artístico y de su originalidad (?). El diseño industrial se concibe como un tipo de innovación formal referido a las características de apariencia del producto en sí o de su ornamentación. Ello no impide que el diseño original o especialmente creativo pueda acogerse además a la tutela que le brinda la propiedad intelectual, ya que ambas formas de protección son, como es sabido, independientes, acumulables y compatibles.

Hay muchas afirmaciones que no comparto en el precedente párrafo de la Exposición de Motivos e iré diciendo cuales son en lo sucesivo. Con todo y antes, ordenadamente, hay que desmenuzar el concepto de diseño que nos brinda el artículo 1.2.a) de la Ley antes citado, al describirlo como la apariencia<sup>15</sup> de la totalidad o de parte de un producto –amplísima, desorbitadamente entendido éste, embalajes comprendidos–.

<sup>15</sup> «Se registran –puede leerse en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003– tanto los diseños meramente ornamentales como los funcionales, con exclusión de



El diseño está, pues, íntimamente conectado con el producto artesanal o industrial<sup>16</sup>, sin el cual no tiene razón de ser.

El diseño es apariencia, ornamento, continente del producto, incluidas, en esta categoría legal de «producto», cosas tan variopintas y tan alejadas de la propiedad intelectual como las piezas destinadas a su montaje en un producto complejo<sup>17</sup>, sin que los caracteres tipográficos, también incluidos en la categoría, sean propiedad intelectual estricta.

Siendo el diseño apariencia del producto y como ha quedado dicho, no tiene razón de ser sin él ni vida independiente del mismo. Acaso esté aquí una diferencia, posible y fundamental, entre el diseño industrial y

---

aquellos cuyas características vengan exclusivamente impuestas por su función técnica». Teniendo a la vista el Libro Verde sobre la Protección Jurídica del Diseño Industrial elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas en junio de 1991 y la Directiva sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos –Directiva 98/71/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de octubre de 1998– cabe decir, en torno a la estética del diseño, que, junto a formas con pretensión de belleza, hay otras premeditadamente feas, desagradables y hasta terroríficas, que, curiosamente, atraen a determinados sectores de consumidores, afines a estéticas particulares.

<sup>16</sup> José Manuel OTERO LASTRES precisa –*El diseño* –original–, p. 18– que el término «industrial» sugiere «producción en serie», «repetibilidad», lo cual no se da en las creaciones de la artesanía, creaciones que, sin embargo, se comprenden dentro de los productos a los que es referible el diseño, razón por la cual parece conveniente hablar de diseño a secas y no de diseño industrial específicamente. En el mismo sentido y refiriéndose a la Directiva sobre dibujos y modelos, se pronuncia BOTANA AGRA, traído a colación por Concepción SAEZ –«Requisitos de protección», pp. 376–. SAEZ, con todo y a renglón seguido, argumenta que, si las creaciones de artesanía son únicas y no se van a comercializar en serie, no tiene sentido la protección de las mismas por la vía de la propiedad industrial, siendo suficiente la que les brinda, al respecto, la propiedad intelectual. Siendo ello atinado, lo cierto es que el artículo 1 de la Ley 20/2003, en clave de producto sobre el que cabe diseño, habla de «todo artículo industrial o artesanal». A lo mejor quiere desagradiarse, de este modo, a la artesanía, menospreciada, como objeto posible de compraventa mercantil, por el artículo 326.3º del Código de Comercio del mismo nombre. A lo peor, lo que se quiere es mercantilizarlo todo.

<sup>17</sup> Sobre el diseño relativo a las partes de un producto complejo y, muy singularmente, de los automóviles, Concepción SAEZ –«Requisitos de protección», pp. 370-371– trae a colación a L. GIMENO OLCINA –«La protección jurídica de las piezas de recambio de automóviles», *La Ley*, 1997, p. 1659 ss.– que, a su vez, se refiere a un inédito dictamen del profesor OTERO LASTRES sobre el tema en el que se distingue entre *crash parts* –faros, parachoques, retrovisores, sin los cuales el coche, como un todo, sigue siendo un todo– y *hard parts* –filtros, baterías u otras piezas meramente mecánicas integradas en el coche mismo. Respecto de las primeras cabe diseño, siendo más difícil que quepa respecto de las segundas que, por otra parte y en el coche, no están a la vista. La distinción recuerda a la que los civilistas hacemos entre partes integrantes y pertenencias, al margen de que sea dudoso que los faros o los retrovisores sean separables del automóvil sin deterioro de éste.

OTERO LASTRES, en su obra sobre *El diseño* –original, p. 42– precisa, teniendo presente el Libro Verde sobre Diseño Industrial al que nos venimos refiriendo, lo siguiente: «Puede protegerse como diseño la apariencia plasmada en una parte de un producto en la medida en que tal parte sea, en sí misma, un producto de manera autónoma».

las obras de arte aplicadas a la industria. Me parece, en efecto, que las obras de arte, por serlo, tienen razón de ser en sí mismas, pues son, más que meros continentes, contenidos, incluso el caso de que, con posterioridad a su aparición, sean aplicadas a la industria para ornamento de un producto durante un determinado período de tiempo, volviendo, luego, a su prístina, esencial y nunca perdida condición de obra de arte plástica<sup>18</sup>.

Ello, entiéndase bien, al margen de la altura artística de diseños y de obras, altura que tanto puede ser elevada como escasa, en un caso como en otro. Si se me apura y en contra del parecer de doctos amigos, diré, incluso, que menos elevado ha de ser el valor artístico en las obras que en los diseños, al exigirse –respecto de estos últimos que no respecto de aquéllas– novedad y singularidad.

Cierto es, por otra parte, que la mera textura o el material de un producto no parece que puedan constituir, por sí solos, obras de arte, en tanto que podrían ser constitutivos de un diseño con el artículo 1.2.a) de la Ley 20/2003 en la mano. Cierto es, también, que magníficas combinaciones de líneas y de formas aplicadas a objetos como televisores o coches, diseños cimeros, no son pensados por nadie –en un primer momento y dado su carácter utilitario– como obras de arte, como objetos dignos de ser expuestos en los museos, al menos antes de que ciertos teóricos del *Net-Art* identificasen museos con mausoleos.

Las diferencias entre diseños y obras de arte aplicadas se van perfilando, siendo el norte de las mismas, siempre, que los primeros, en su origen, son continente, ornamento, vestimenta de un producto, en tanto que los segundos, en su origen, tienen valor en sí mismos. Lo anterior, ciertamente, no impide que un diseño haga tránsito hacia la obra de arte pura, como no impide que una obra de arte se aplique a la industria y se utilice como ornamento o vestimenta de un producto.

El diseño, sabido lo anterior y a la postre, está –secretos industriales al margen– entre los inventos y los signos distintivos<sup>19</sup>, en tanto que la

<sup>18</sup> Es posible que las cosas no se predicaran igual en los orígenes, cuando no se hablaba de obras de arte aplicadas, cuando se discutía si la originalidad de las obras plásticas habría de ser, o no, objetiva, cuando se hablaba de dibujos y de modelos, ya industriales, ya artísticos.

Respecto de los orígenes históricos –franceses– de la protección del diseño, pueden verse OTERO LASTRES –*El modelo*, p. 51 a 58-. A decir de Otero, la protección del dibujo industrial, inicialmente conectada con el secreto industrial, está relacionada con la industria de la seda; la de los modelos industriales, con la del metal fundido.

Destacar que, desde siempre, el monopolio lo han querido y lo han conseguido los fabricantes de los productos, que no los diseñadores de los mismos, circunstancia que no se produce tan fácilmente en la propiedad intelectual como en la industrial, dado que los derechos de los autores, los morales sobre todo, y las posiciones de privilegio de éstos son, frecuentemente, irrenunciables en las leyes y de muy larga duración, más allá de la vida de los creadores.

<sup>19</sup> En este sentido, José Luis LACRUZ, *Bienes inmateriales*, p. 80.

obra de arte está entre la nada y su creador, gentes e industrias al margen, en el principio o siempre.

#### 4.2. Los diseños y el registro

Por regla muy general, el registro es imprescindible para que nazca el derecho de propiedad industrial sobre el diseño.

Dice, al respecto, el artículo 2º de la Ley 20/2003: «Todo diseño que cumpla los requisitos establecidos en esta ley podrá ser protegido como diseño registrado mediante su inscripción, válidamente efectuada, en el Registro de Diseños».

La excepción vendría recogida en la Disposición adicional octava de la propia Ley, Disposición relativa al «Diseño no registrado» y del siguiente tenor: «La Oficina Española de Patentes y Marcas adoptará las medidas necesarias para la difusión y conocimiento de los medios legales de protección del diseño no registrado, reconocida en nuestro país en virtud del régimen comunitario previsto en el Reglamento (CE) 6/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios»<sup>20</sup>.

Téngase presente, por otra parte, que, como se dice la Exposición de Motivos de la misma, «la ley que venimos comentando implanta el sistema de oposición post-concesión, sistema que pretende combinar la rápida protección y la seguridad que requiere la industria del diseño con la defensa de los intereses generales y de los derechos de terceros, abriendo la posibilidad de un control de legalidad posterior a la concesión llevado a cabo mediante oposiciones de terceros, con base en derechos anteriores o en motivos de denegación...»

Con todo y salvo excepciones y oposiciones ulteriores posibles, el registro es obligatorio y necesario, como se ha dicho, para la constitución de derechos de propiedad industrial respecto de los diseños<sup>21</sup>. Nada de eso sucede, por el contrario, respecto del derecho de propiedad intelectual sobre las obras plásticas. En efecto y con la Ley de Propiedad Intelectual vigente en la mano, el registro es voluntario y meramente declarativo (artículo 145), adquiriendo el autor los derechos sobre su obra por el mero hecho de la creación de aquélla y desde entonces (artículo 1).

Decir, ello sabido, que el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo,

---

<sup>20</sup> «El diseño no registrado –puede leerse en la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003– goza de una protección comunitaria específica... frente a los actos de explotación no autorizada de las copias del diseño, que dura tres años contados desde la fecha en la que, por primera vez, haya sido hecho accesible al público en la Comunidad Europea y se extiende automáticamente a todos los diseños que cumplan las condiciones establecidas directamente en la norma comunitaria».

dedica a las obras plásticas su Sección V, Sección en la que, por cuanto me resulta, no se contienen referencias específicas pormenorizadas a las obras de arte aplicadas.

#### 4.3. Novedad y singularidad de los diseños como requisitos de protección de los mismos

El artículo 5 de la Ley 20/2003 establece que podrán registrarse los diseños que sean nuevos y posean carácter singular.

La *novedad* viene descrita en el artículo 6 de la misma Ley del siguiente modo: «1. Se considera que un diseño es nuevo cuando ningún otro diseño idéntico haya sido hecho accesible al público<sup>22</sup> antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad. 2. Se consideran idénticos los diseños cuyas características difieran solo en detalles relevantes».

Al *carácter singular* se refiere el artículo 7 de la Ley que venimos considerando, artículo del siguiente tenor: «1. Se considera que un diseño posee carácter singular cuando la impresión general que produzca en el usuario informado difiera de la impresión general producida en dicho usuario por cualquier otro diseño que haya sido hecho accesible al público antes de la fecha de presentación de la solicitud de registro o, si se reivindica prioridad, antes de la fecha de prioridad. 2. Para determinar si el diseño posee carácter singular, se tendrá en cuenta el grado de libertad del autor para desarrollar el diseño».

Los caracteres citados han sido minuciosamente estudiados por José Manuel Otero Lastres en su recentísimo trabajo sobre *El diseño industrial*<sup>23</sup>.

Por lo que a la novedad respecta, Otero fija la atención en la accesibilidad del diseño al público como hecho destructor de la novedad dicha y en las llamadas divulgaciones inocuas, divulgaciones tratadas en el artículo 10 de la Ley y a las que se hace referencia en la Exposición de Motivos de la misma del siguiente modo: «Una importante novedad legal es el reconocimiento de un plazo de gracia de doce meses durante el cual la divulgación del diseño realizada por el autor, su causahabiente o un ter-

<sup>21</sup> Refiriéndose a la situación anterior a la Ley 20/2003, decía OTERO LASTRES, *El modelo*, p. 412: «Aunque es cierto que el registro no posee carácter constitutivo, no es menos cierto que los efectos que se derivan del mismo son más enérgicos que los propios de un registro con carácter declarativo».

<sup>22</sup> De conformidad con el artículo 9 de la Ley 20/2003, un diseño se hace accesible al público cuando haya sido publicado, expuesto, comercializado o divulgado de algún otro modo.

<sup>23</sup> José Manuel OTERO LASTRES, *El diseño industrial*, cit., p. 84 ss. Se pronuncia también sobre el tema Concepción SAIZ, «Requisitos de protección de los dibujos y modelos industriales», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, Tomo XXII/2001, 2002, p. 369 ss.

cero, como consecuencia de la información facilitada por ellos, no perjudica la posibilidad de registro por su legítimo titular. Su finalidad radica en permitir que el titular del diseño lo pruebe en el mercado sin que el diseño pierda por ello novedad, antes de decidirse a registrarlo, y responde especialmente a los intereses de aquellos *sectores que lanzan periódicamente mayor número de diseños, de ciclo corto y frecuente renovación, de los cuales solo vale la pena registrar los más rentables.*

Por lo que al carácter singular respecta, Otero se encarga de señalar que se ha prescindido de la palabra «notablemente» –palabra que, antes, seguía al verbo «difiera»–, señalando también que, para apreciar la existencia, o no, de una impresión general diferente, ha de adoptarse un enfoque sintético –considerando el diseño en su conjunto– y la perspectiva de un usuario informando, usuario que se asemeja al «experto en la materia» del requisito de la actividad inventiva en materia de patentes y modelos de utilidad.

La conclusión más relevante a la que llega Otero, junto con otros autores<sup>24</sup>, es la de que la singularidad absorbe, en buena medida y con creces, el requisito de la novedad, de manera tal que, más que de dos requisitos, habría que hablar de uno tan solo –que algunos querrían denominar «novedad» precisamente–, requisito más riguroso, por cierto, que el de la originalidad subjetiva, único exigible respecto de las obras de arte, obras que, por ello, pueden ser originales sin ser novedosas ni singulares, razón por la cual el campo de acción de los diseños –implicación de éstos con los productos al margen– es más reducido que el de las obras plásticas, al ser mayores los requisitos establecidos para aquéllos que los establecidos para éstas.

En este sentido y muy claramente, dice Concepción Saiz lo siguiente<sup>25</sup>:

«En el ámbito del diseño industrial, la novedad no es tan estricta como la exigida en el Derecho de patentes, ni tan débil como la del Derecho de autor. Se trata de una novedad objetiva relativa, porque la forma que se solicita no debe existir anteriormente o, si existe, no debe ser conocida por los círculos especializados del sector que operen en la Comunidad Europea».

Ello sabido y en mi opinión, no se puede, ya, seguir manteniendo la vieja tesis del jovencísimo Otero Lastres, influenciado por la doctrina alemana, tesis que recoge, en mayor o menor medida, la Exposición de

<sup>24</sup> Concepción SAIZ, «Requisitos de protección», cit., p. 391 y Germán BERCOVITZ, «La protección del diseño tras la Directiva 98/71/CE. El derecho de autor sigue siendo clave», en *Pe. i. Revista de Propiedad Intelectual*, n.º 5, mayo-agosto, 2000, p. 2, entre otros.

<sup>25</sup> Concepción SAIZ, «Requisitos de protección», cit., p. 390.

Motivos de la Ley 20/2002 y en base a la cual solo algunos diseños particularmente valiosos y dotados de valor artístico podrían ser considerados como obras de arte, pues más bien parece que solo algunas obras de arte pueden ser consideradas como diseños, si cumplen los requisitos requeridos para los mismos. Hace ya algún tiempo, con la legalidad anterior en la mano y llevándole la contraria expresamente a Otero Lastres, decía, al respecto y en el buen camino, Rodrigo Bercovitz<sup>26</sup>: «Yo no creo que en nuestro ordenamiento exista una base clara para exigir, en principio, un mayor nivel de novedad (originalidad) a las obras que a los modelos y dibujos industriales».

#### 4.4. Duración del derecho sobre los diseños, facultades, excepciones y acciones

La *duración* del derecho de propiedad intelectual sobre los diseños viene señalada en el artículo 43 de la Ley 20/2003, artículo que dice así: «El registro del diseño se otorgará por cinco años contados desde la fecha de presentación de solicitud de registro, y podrá renovarse por uno o más períodos sucesivos de cinco años hasta un máximo de 25 años computados desde dicha fecha»<sup>27</sup>.

Inicialmente, pues y como puede verse, la duración total posible de la protección del diseño es menor que la resultante, para las artes plásticas, de la propiedad intelectual. Ello, con todo, no parece particularmente relevante, a la postre, pues difícilmente la vida de un diseño se prolonga, en la práctica, más allá de veinticinco años, al margen de que hipotéticas renovaciones de viejos diseños pudieran desencadenar nuevos plazos de protección.

Las *facultades* insertas en el derecho de propiedad industrial sobre los diseños vienen descritas en los artículos 45 y 46 de la Ley 20/2003, artículos del siguiente tenor:

ARTÍCULO 45. *Contenido del derecho sobre el diseño registrado*: El registro del diseño conferirá a su titular el derecho exclusivo a utilizarlo y a prohibir su utilización por terceros sin su consentimiento. A estos efectos, se entenderá por utilización la fabricación, la oferta, la comercialización, la importación y exportación o el uso de un producto que incorpore el diseño, así como el almacenamiento de dicho producto para alguno de los fines mencionados.

<sup>26</sup> Rodrigo BERCOVITZ, «Comentario al artículo 10», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* editados por Tecnos y coordinados por el propio Bercovitz, 2ª edición, Madrid, 1997, p. 157 ss; en particular, p. 182.

<sup>27</sup> En el caso del diseño comunitario no registrado, la cobertura legal –nos recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 20/2003– es de tres años, sin posibilidad de renovación.

ARTÍCULO 46. Producción de efectos y protección provisional: 1. El derecho conferido por el diseño registrado produce sus efectos desde la fecha de su publicación. No obstante, la solicitud de registro del diseño confiere a su titular una protección provisional frente a quien, aun antes de la publicación del diseño registrado, se le hubiere notificado fehacientemente la presentación de la solicitud y el contenido de ésta. 2. La protección provisional confiere el derecho a exigir una indemnización razonable de cualquier tercero que, entre la fecha de presentación de la solicitud de registro y la fecha de publicación del diseño registrado, hubiere llevado a cabo una utilización del diseño que, después de ese período, quedaría prohibida.

La amplitud del monopolio descrito en el artículo 46 y la posibilidad de protección provisional contemplada en el 47, hacen que la posición del titular del derecho de propiedad industrial sobre el diseño sea más fuerte que la correspondiente al autor sobre sus obras, en clave estricta de propiedad intelectual.

En lógica correspondencia, menores son las *excepciones* al derecho de propiedad industrial señaladas en el artículo 48 de la Ley 20/2003 que las traídas a colación, respecto de la propiedad intelectual de los autores, en los artículos 31 y siguientes de la Ley del mismo nombre.

Por cuanto a las acciones respecta –reguladas, respecto de los diseños, en los artículos 53 y siguientes de la Ley 20/2003–, cabe decir, con Otero Lastres<sup>28</sup>, que *las acciones civiles previstas en la Ley 20/2003 parecen más completas que las que regula el TRLPI* –en los artículos 138 y siguientes– *en lo que concierne a la cesación, la remoción de los efectos del acto infractor y la indemnización de los daños y perjuicios materiales.*

Singulares de la Ley 20/2003 son, en efecto, la posibilidad de ceder los productos infractores con fines humanitarios, la de pedir la publicación de la sentencia mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas a costa del infractor, o la de percibir, como mínimo, el uno por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos que incorporen el diseño protegido.

En suma y como puede verse, el derecho de propiedad intelectual sobre los diseños, mientras dura, es más poderoso que el de propiedad intelectual de los autores sobre sus obras.

#### 4.5. La titularidad de los diseños

En principio, los diseños pertenecen al autor de los mismos y es él quien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 20/2003, tiene el derecho a registrarlos. Tres cuartos de lo mismo pasa con las obras plásticas, cuya propiedad intelectual corresponde al autor

<sup>28</sup> José Manuel OTERO LASTRES, *El diseño industrial*, cit.

de las mismas por el solo hecho de su creación y desde que ésta tiene lugar, en base a lo dispuesto en los artículos 5 y 1 de la Ley de Propiedad Intelectual.

La cuestión podría complicarse en el caso de diseños creados en el marco de una relación de empleo o de servicios, pues, en tal caso, juega el artículo 15 de la Ley 20/2003, del siguiente tenor: «Cuando el diseño haya sido desarrollado por un empleado en ejecución de sus funciones o siguiendo instrucciones del empresario o empleador, o por encargo en el marco de una relación de servicios, el derecho a registrar el diseño corresponderá al empresario o a la parte contractual que haya encargado la realización del diseño, salvo que el contrato disponga otra cosa».

Teniendo el artículo a la vista –que recuerda, en cierta medida, el régimen jurídico de las invenciones laborales, incluso respecto de quienes no son empresarios ni empleados–, se trata de saber si el empresario, en los casos citados por el artículo 15 referido, es titular originario de los diseños dichos o, por el contrario y tan solo, es cesionario en exclusiva de los mismos, titular derivativo de éstos, correspondiendo la titularidad originaria a su creador.

En mi opinión, cabe defender esta última postura, que sería equivalente a la mantenida, respecto de las obras de arte, en los apartados 1 y 2 del artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual, apartados que rezan así: «1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral».

No se olvide que la facultad de solicitar el registro conferida al empresario no convierte a éste, sin más, en titular originario, pues también los causahabientes del autor –titulares derivativos– están legitimados para hacer tal solicitud por el mismísimo artículo 14.1 de la Ley 20/2003. Dígase lo mismo, por otra parte, respecto del Registro de la Propiedad Intelectual, pues, estando al artículo 12.1 del Reglamento regulador de tal Registro, *están legitimados para solicitar las inscripciones: a) los autores y demás titulares originarios de derechos de propiedad intelectual...; b) los sucesivos titulares de derechos de propiedad intelectual.*

No se olvide, por ende, que, estando al artículo 19 de la Ley 20/2003, es obligatorio, en todo caso y quien quiera que registre el diseño, dejar constancia del autor del mismo. Dice, en efecto, dicho artículo 19: «El autor tiene derecho a ser mencionado como tal en la solicitud, en el Registro y en la publicación del diseño registrado. Si el diseño ha sido creado en equipo, la mención del equipo podrá sustituir a la de los autores».



Con este artículo y otros concordantes en la mano, la única posibilidad de que el diseño corresponda, desde el inicio, al empresario estaría en que el diseño pudiera ser considerado como una obra colectiva de las contempladas en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual. Ahora bien, para que una obra sea colectiva se requiere, en todo caso, la participación de una pluralidad de personas en la gestación de la misma, razón por la cual el diseño efectuado por una sola jamás puede ser considerado como tal, por mucho que se haya sostenido lo contrario desde antiguo y por mucho que estemos, a la postre y en román paladino, en presencia de la auténtica y verdadera madre del cordero.

Así, por ejemplo, un autor tan prestigioso como Danvila, mentor y padre de la Ley de propiedad intelectual española de 1879, llegó a decir<sup>29</sup>: «Cuando un artista trabaja por encargo, bien agregado a una casa, bien en las fábricas de porcelanas, orfebrería, de bronces de artes y otras –obras, todas, que hoy llamaríamos de arte aplicadas– la propiedad del modelo creado pertenece al fabricante, es decir, al que, a los ojos del público, es el verdadero autor (?), y el objeto se exhibe bajo su nombre y bajo su responsabilidad».

En mi opinión, las palabras de Danvila que acabo de citar no podrían suscribirse ni tan siquiera en el año de gracia de 1882, año en que fueron publicadas; mucho menos pueden suscribirse hoy, con la vigente Ley de Propiedad Intelectual en la mano.

Decir, para terminar con el asunto que estamos considerando, que el mantenimiento de un régimen jurídico distinto, en lo que a titularidad se refiere, para la propiedad intelectual y la industrial es perturbador pues, pudiendo concurrir ambas sobre un mismo objeto, entrarían en conflicto los hipotéticos derechos distintos del empresario y del autor del diseño, de la obra del espíritu. Por esta razón y con la salvedad de posibles obras colectivas –a no confundir con obras en colaboración con pluralidad de autores– es mejor considerar, en todo caso, al autor o autores de los diseños como titulares originarios de los mismos y a los empresarios como cesionarios en exclusiva de aquéllos, titulares derivativos que pueden hacer cuanto necesiten con los mismos durante la duración de los derechos sobre los diseños, al margen de que, más tarde y extinguidos tales derechos, subsistan los derechos de propiedad intelectual del autor sobre los mismos, pudiendo subsistir, incluso y productos al margen, durante la vida de los propios diseños.

Es posible que lo dicho no sea compartido por algunos autores ni sea del agrado de algunos empresarios. Con todo y eso, me parece equitativo, bien fundado en Derecho –con perdón– y no perjudicial, a la postre y si bien se mira, para nadie.

<sup>29</sup> DANVILA, Manuel, *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882, p. 353.

## 5. Divergencias y convergencias de propiedades respecto del diseño

Es perfectamente posible que un diseño esté protegido por la propiedad industrial tan solo y una obra plástica por la propiedad intelectual solamente, siendo, asimismo, posible que ambos tipos de propiedad concurren sobre un mismo objeto. Veamos, para terminar, unos y otros supuestos.

Cabe, en primer término y como sabemos, la existencia de **diseños que no son obras de arte** porque su simplicidad no lleva a considerarlos con valor estético reseñable, reducido su ámbito al estricto de la identificación o continente de productos. Más será así en el caso de partes de un producto complejo, embalajes o piezas que difícilmente pueden ser considerados como obras de arte.

Cabría pensar también en diseños actuales que integren o recojan obras de arte antiguas que ya estén en dominio público e, incluso, olvidadas en los museos o en los libros viejos. Se trataría de los diseños que Germán Bercovitz llama «de resurrección», indicando que los mismos eran perfectamente posibles antes de la Ley 20/2003 quedando, a partir de la misma, dificultados por el hecho de la divulgación previa y consiguiente carencia de novedad total<sup>30</sup>.

En otro orden de cosas, cabe pensar en **obras de arte que no son diseños**. Tal es el caso de las obras plásticas dotadas de originalidad subjetiva que, con todo, no son susceptibles de ser registradas como diseños por su similitud con otros ya existentes, circunstancia que impide hablar de novedad y de singularidad. Tal es el caso, también, de las obras de arte que subsisten como tales después de que haya terminado su vida como diseños. No se olvide, al respecto, que el plazo de protección de las obras de arte –setenta años después de la vida del autor en lo que a derechos de explotación se refiere, con el artículo 26 de la Ley de propiedad intelectual en la mano– es, con creces, superior al de veinticinco años, contados desde la fecha de presentación de la solicitud de registro, que establece el artículo 43 de la Ley 20/2003, y, mucho más largo que el de tres años de cobertura legal improrrogable establecido para el diseño comunitario no registrado. Al margen de lo anterior y por otra parte, cabe que la vida del diseño se reduzca drásticamente si –como advierte ya la propia Exposición de Motivos de la Ley 20/2003– se viese coronada con el éxito la oposición al mismo post-concesión, en base a derechos anteriores o a motivos de denegación que la Administración no estuviese facultada ni capacitada para examinar de oficio<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Germán BERCOVITZ, «La protección del diseño», p. 26.

<sup>31</sup> En este campo, Ricardo ANTEQUERA –«La protección de las artes», p. 373– se plantea la posibilidad de que se pretenda registrar, como diseño industrial, una obra

Decir, finalmente, que es posible la existencia de un **diseño que sea, a la vez, obra de arte**, convergiendo, en tal caso y sobre un mismo objeto, la propiedad intelectual y la industrial.

Como dice, desde hace años y sabemos, el artículo 3.2º de la Ley de Propiedad Intelectual, los derechos de autor son independientes, compatibles y acumulables con los derechos de propiedad industrial que pudieran existir sobre la obra<sup>32</sup>. En el mismo sentido se pronuncia, en lo esencial, la Disposición adicional décima de la Ley 20/2003, Disposición con la que casi abrimos estas páginas y reza: «La protección que se reconoce en esta ley al diseño industrial será independiente, acumulable y compatible con la que pueda derivarse de la propiedad intelectual cuando el diseño de que se trate presente en sí mismo el grado de creatividad y de originalidad necesario para ser protegido como obra artística según las normas que regulan la propiedad intelectual». En la Exposición de Motivos de la Ley citada y atinadamente, en mi opinión, se invierte –como es sabido también– el orden de la formulación, diciendo: «Si la obra es objeto de propiedad intelectual, el autor tiene, en todo caso, los derechos de explotación sobre la misma... Ello no le impedirá registrarla, además, como diseño, si se dan las condiciones previstas en esta ley, y, en ese caso, su protección sería absoluta, incluso frente al creador posterior independiente».

Con todo e incluso en los casos de convergencia de la propiedad intelectual y la industrial sobre un mismo objeto, cada una de ellas tiene ámbitos, virtualidades y objetivos distintos que no las hacen coincidir. Y es que, como enseñaba, hace años, el maestro Lacruz<sup>33</sup>, «la patente protege aquí –en el caso de las creaciones de forma, de los modelos y los dibujos–, no una aportación al progreso de la humanidad, ni tampoco el monopolio de una obra artística, sino exclusivamente, como en los signos distintivos, una clientela actual o potencial frente a la competencia desleal, impidiendo la imitación del objeto fabricado y que, amparado por la popularidad del que primeramente se produjo, pueda otro de un competidor, prácticamente idéntico, encontrar el mercado en posición favorable».


---

artística perteneciente a otro –sea mediante plagio servil o por plagio elaborado–, entendiéndose que, en tal supuesto, el titular del derecho de autor puede oponerse a la inscripción del diseño industrial, sin perjuicio de las acciones que pudiera ejercer, en el ámbito de la propiedad intelectual, por usurpación de la paternidad y utilización ilícita de su obra

<sup>32</sup> Este artículo, en mi opinión, resta valor a las disquisiciones y teorías existentes sobre la acumulación absoluta o relativa, la unidad del arte o el nivel artístico, al margen de que algunas de ellas –generadoras de ríos de tinta– ya fuesen equivocadas en el punto de partida.

<sup>33</sup> José Luis LACRUZ, *Bienes inmateriales*, p. 81.

En la misma línea se pronuncia Ricardo Antequera, otro maestro, cuando dice<sup>34</sup> que «es posible que una obra de arte aplicado, protegida igualmente como diseño industrial, sea utilizada también para un fin diferente a la de darle una apariencia especial a un producto de la industria o de la artesanía ... y que los derechos de explotación de esa obra, como diseño industrial, pertenezcan a una persona distinta del creador, caso en el cual éste último podría accionar, con fundamento en el derecho de autor, contra dicho utilizador, incluso –llegado el caso– contra el propio titular del derecho sobre el diseño industrial».

Suscribo lo dicho por los dos, añorando al primero y saludando al segundo, y solo me resta recordar que, con la Disposición transitoria segunda de la Ley 20/2003 en la mano, los modelos y dibujos industriales y artísticos concedidos conforme al Estatuto de la propiedad industrial de 1929 se regirán, en parte, por las normas de dicho Estatuto y, en parte también, por determinadas disposiciones de la antes citada Ley de este año de gracia del 2003<sup>35</sup>. 

---

<sup>34</sup> Ricardo ANTEQUERA, «La protección de las artes», p. 373.

<sup>35</sup> Las disposiciones de la Ley 20/2003 que serían de aplicación a los viejos modelos y dibujos son las siguientes: a) Del título VI –*Contenido de la protección jurídica del diseño industrial*–: los artículos 48, 49, 51 del capítulo I y del capítulo II los artículos 52 a 57, inclusive; b) El título VII, *El diseño como objeto del derecho de propiedad*. c) Del título VII –*Nulidad y caducidad del diseño registrado*–, los artículos 68, 69 y 70 del capítulo I y los artículos 72 a 74 del capítulo II.

## Bibliografía

- ANTEQUERA, Ricardo: «La protección de las artes aplicadas y los diseños industriales; Propiedad industrial o Derecho de autor?», en *Libro del Tercer Congreso Iberoamericano sobre derecho de autor y derechos conexos*, OMPI, Montevideo, 1997, Tomo I, p. 363 ss.
- ANTEQUERA, Ricardo: *Derecho de autor*, I, Editorial Venezuela, Caracas, 1998.
- BAYLOS, Hermenegildo: *Tratado de Derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1993.
- BERCOVITZ, Alberto: «La importancia económica del derecho de autor y los derechos conexos. Planteamiento y líneas generales», en *Libro del Primer Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1991, Tomo I, p. 323 ss.
- BERCOVITZ, Germán: «La protección del diseño tras la Directiva 98/71/CE. El derecho de autor sigue siendo clave». *Pe. I.*, n° 5, 2000, mayo-agosto, p. 9 ss.
- BERCOVITZ, Germán: «Las obras plásticas y fotográficas», en *Manual de propiedad intelectual* coordinado por Rodrigo Bercovitz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 65 ss.
- BERCOVITZ, Rodrigo: «Comentario al artículo 10 de la ley de propiedad intelectual», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual* coordinados por Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, p. 157 ss.
- BERCOVITZ, Rodrigo: «Concurrencia de la propiedad intelectual y otros derechos», en *Manual de propiedad intelectual* coordinado por Rodrigo Bercovitz, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 65 ss.
- CASADO, Alberto: «Interrelación entre propiedad intelectual y propiedad industrial...», en *Estudios sobre Derecho industrial en homenaje a Baylos*, AIPPI, Barcelona, 1992, p. 97 ss.
- DANVILA, Manuel: *La propiedad intelectual*, Madrid, 1882.
- GALAN, Eduardo: «Comentario al artículo 3° de la Ley de propiedad intelectual», en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual* coordinados por Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, p. 39 ss.
- LACRUZ, José Luis: *Bienes inmateriales*, Bosch, Barcelona, 1989.
- ORTEGA, Jorge: *Obra plástica y derecho de autor*, Editorial Reus, Madrid, 2000.
- OTERO, José Manuel: *El modelo industrial*, Montecorvo, Madrid, 1977.
- OTERO, José Manuel: *El diseño industrial según la Ley de 7 de julio de 2003*. Original, pendiente de publicación, facilitado por el autor.
- MANRESA, José María: *Comentarios al Código civil español*, Tomo III, Madrid, 1893.
- PLAZA, Javier: «El Reglamento sobre dibujos y modelos comunitarios», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002-1, n° 8, p. 173 ss.
- ROGEL, Carlos: «Comentarios a los artículos 3 y 10 de la Ley de Propiedad intelectual», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart y editados por Edersa. Madrid, 1994, Tomo V, volumen 4-A, páginas 95 ss. y 203 ss.
- ROGEL, Carlos: *Derecho de autor*. Cálamo, Barcelona, 2002.
- ROGEL, Carlos: «Derechos de autor y propiedad de la cosa material a la que está incorporada la creación intelectual...», *Revista de Derecho privado*, 2000, enero, p. 81 ss.
- SAIZ, Concepción: «Requisitos de protección de los dibujos y modelos industriales», *Actas de Derecho industrial*, Tomo XXII, 2001, p. 369 ss.

# O RÉXIME DO SOLO DO NÚCLEO RURAL

**Hipólito Pérez Novo**

Subdirector xeral de Disciplina e Informes.  
Dirección xeral de Urbanismo

## 1. O tratamento dos núcleos rurais na lexislación urbanística galega

A noción de núcleo rural de poboación é unha das características esenciais do modo de distribución e asentamento da poboación galega sobre o territorio e unha das notas definitorias da identidade de Galicia á que alude o art. 1.2 do Estatuto de Autonomía de Galicia. Neste sentido, o art. 2.2 do Estatuto establece un mandato dirixido ao lexislador autonómico para que teña en conta a distribución da poboación galega e as súas formas tradicionais de convivencia e asentamento.

Esta realidade evidenciábase xa no censo de 1981, o mesmo ano da aprobación do Estatuto galego, segundo o cal, máis do 50% de todos os núcleos de poboación existentes en España sitúanse en Galicia, alcanzando a cifra de 31.894. Deste número, 31.536 teñen menos de 500 habitantes, é dicir, só o 1% aproximadamente dos núcleos de poboación existentes en Galicia ten máis de 500 habitantes.

### 1.1. A Lei 11/1985, de adaptación da do solo a Galicia

É a primeira Lei urbanística aprobada polo Parlamento galego. Tal como suxire o seu título, asume como propia a lexislación urbanística estatal –o texto refundido da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana de 1976–, pero modifica e desenvolve aqueles aspectos que se considera-

ron necesarios para adaptalos ás peculiaridades do territorio de Galicia e, en especial, á realidade do medio rural. Na súa exposición de motivos, a Lei de 1985 avoga por un tratamento específico para os núcleos rurais, esixíndolle ao planeamento urbanístico un estudo rigoroso do modelo de asentamento poboacional existente e dos seus elementos constitutivos, a fin de determinar a preceptiva clasificación do solo, que se flexibilizou para os núcleos rurais tradicionais, endurecéndose, pola contra, as condicións para edificar fóra dos núcleos, calquera que sexa o seu tipo, no convencemento de que as mellores localizacións xeográficas para os asentamentos humanos están, en Galicia, xa utilizadas, polo que é conveniente limitar o espallamento, co obxecto de evitar a progresiva degradación do medio natural que provoca o asentamento indiscriminado de vivendas unifamiliares no medio agrícola, e así mesmo a secuela da imposibilidade económica de dotalas a todas elas do estándar mínimo de infraestruturas, servizos e equipamentos desexado.

Esta Lei considera como núcleo rural existente aquelas áreas do territorio que, por existir agrupacións de vivendas e xurdir relacións propias da vida comunitaria que as convertan nun asentamento poboacional singularizado, diferenciado e identificable, o plan ou as normas definían como tales, tendo en conta, ao menos, os parámetros de número e densidade de vivendas e distancia entre edificacións. Aos anteriores parámetros definitorios de núcleo rural engádense os determinados pola súa localización e pola especial vinculación ou preeminencia de actividades primarias de carácter agrícola, gandeiro, forestal, pesqueiro ou análogas (art. 12.3).

O lexislador distinguiu dous tipos de núcleos rurais: os de carácter tradicional e os de recente formación.

Á súa vez, os terreos comprendidos no ámbito dos núcleos rurais tradicionais delimitados clasificábanse, segundo os criterios establecidos pola Lei estatal de 1976, como urbanos, urbanizables programados ou non programados, aptos para urbanizar ou non urbanizables (art. 17).

E os terreos comprendidos no ámbito dos núcleos rurais existentes de recente formación clasificábanse polo plan, segundo os casos, como urbanos, urbanizables programados ou non programados ou aptos para urbanizar. Neste tipo de núcleos rurais non existía o solo non urbanizable (art. 18).

Así pois, o lexislador de 1985 obrigaba ao planeamento urbanístico, en primeiro lugar, a identificar e delimitar o perímetro dos núcleos rurais, a continuación, a determinar o seu carácter tradicional ou de recente formación, e por último, a clasificar os terreos incluídos no ámbito delimitado de cada núcleo rural nalgunha das clases de solo establecidas polo lexislador estatal, de modo que dentro dun mesmo núcleo podían coexistir as tres clases de solo (urbano, urbanizable e non urbanizable).

Cada unha das clases de solo existentes no núcleo rural estaba sometida ao correspondente réxime xurídico diferenciado, con distintas facultades e deberes dos propietarios do solo; e a ordenación e desenvolvemento urbanístico de cada clase de solo viñan determinados tamén a través de diferentes instrumentos de planeamento en función da clase de solo sobre a que se actuaba: no solo urbano, a través dun plan especial de reforma interior; no solo urbanizable programado e no solo apto para urbanizar, a través dun plan parcial; no solo urbanizable non programado, a través dun programa de actuación urbanística e o plan parcial que o desenvolvía; e no solo non urbanizable, a través dun plan especial de mellora do medio.

A Lei de 1985 mostrou unha especial preocupación por dotar os núcleos rurais dos servizos urbanísticos necesarios. En solo urbano dos núcleos rurais, esixíase que os terreos tivesen a condición de soares (art. 19.2), o solo urbanizable e apto para urbanizar estaba destinado a ser transformado a través da súa urbanización completa e sistemática, e no solo non urbanizable adóptanse medidas para a adecuada execución das dotacións mínimas de acceso rodado, abastecemento de auga, enerxía eléctrica e evacuación e tratamento de augas residuais (art. 21.2). En determinados supostos, esixíase a formulación dun plan especial de reforma interior ou de mellora do medio para asegurar a creación das dotacións urbanísticas adecuadas, entre outras, o saneamento e a mellora dos servizos públicos e o medio ambiente (art. 19.3) e a partir da formulación destes plans non se permitía o outorgamento de licenzas para novas edificacións en tanto non se aprobaran definitivamente (art. 19.5).

Nos terreos dos núcleos rurais tradicionais clasificados como solo non urbanizable o lexislador centraba a súa atención en garantir a conservación da súa condición rural, en manter o carácter tradicional do núcleo e das edificacións e en preservar os seus valores (art. 20). As licenzas concedíanas directamente os concellos cando se trataba de edificacións destinadas a vivendas. Nos demais casos era necesaria a previa autorización autonómica que lles correspondía outorgar ás comisións provinciais de urbanismo.

Esta Lei foi desenvolvida parcialmente polo Decreto 242/1989, do 2 de novembro, de medidas urxentes para a ordenación urbanística de Galicia; o seu período de vixencia foi moi curto pois derogouse por medio do Decreto 450/1990, do 28 de setembro. O efémero Decreto 242/1989 dedicaba o seu capítulo III á regulación dos núcleos rurais de poboación e establecía criterios adicionais para a identificación dos núcleos rurais de poboación: o número mínimo de 10 vivendas que se inscriban dentro dun círculo de radio máximo de 75 metros; a densidade mínima de 3 vivendas por hectárea nun ámbito mínimo de 1,5 hectáreas, ser identificado social e toponimicamente como núcleo singularizado e contar, ao



menos, con dous dos servizos urbanísticos e con un dos equipamentos sinalados no art. 25 do Decreto autonómico.

Para identificar o núcleo rural como de carácter tradicional esixía ademais que se cumprisen ao menos dúas das seguintes condicións: que ao menos o 40% das edificacións sexan anteriores a 1960, que ao menos o 80% das vivendas sexan primeira residencia familiar estable e que ao menos o 50% da poboación activa do núcleo se dedique a actividades de carácter agrícola, gandeiro, forestal ou pesqueiro. No caso de que non se cumpriran ao menos dous dos requisitos anteriores, considerábase o núcleo rural como de recente formación.

### 1.2. A Lei 1/1997, do solo de Galicia

É a segunda Lei urbanística galega e, a diferenza da súa antecesora de 1985, establece unha regulación integral e sistemática da materia de urbanismo que foi elaborada respectando o marco da lexislación estatal entón vixente e constituído polo Texto refundido da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana de 1992.

Segundo a súa exposición de motivos, para dar resposta a un dos aspectos máis característicos da realidade urbanística de Galicia define unha categoría específica de solo para o conxunto dos terreos que se integran no ámbito da delimitación dos núcleos rurais, basicamente equivalente ao que na Lei 11/1985, de adaptación da do solo a Galicia, se configuraba como solo non urbanizable de núcleo rural tradicional, pero cun sentido máis amplo e cunha denominación máis coherente –solo de núcleo rural– que ten unha significación propia e determina un réxime xurídico tamén característico, claramente diferenciado do que debe establecerse para as outras clases de solo.

O lexislador pon de manifesto que Galicia conta con máis de 30.000 entidades de poboación, das cales a maioría poden ser recoñecidas como núcleo de poboación para os efectos urbanísticos e constitúen unha clara expresión do modelo de asentamento tradicional que debe ser considerado como adecuado para a maioría dos municipios rurais de Galicia.

Moitas destas entidades non contan cos máis elementais servizos públicos; abastecemento de auga, saneamento, recollida de residuos, teléfono, etc., son carencias notorias. Por motivos económicos resulta imposible o establecemento xeneralizado destes servizos, o seu custo resulta inasumible pola dispersión dos asentamentos. Esta situación vese agravada pola actual tendencia a acentuar tamén a dispersión das edificacións. É necesario establecer os presupostos que permitan rendibilizar os investimentos en servizos públicos. Isto só pode conseguirse se se propugna unha tendencia a que as construcións se realicen no ámbito que se defina para os núcleos de poboación.

A Lei do solo de Galicia de 1997 clasifica como solo de núcleo rural os terreos que se inclúen no ámbito dos núcleos rurais delimitados polo planeamento (art. 66); e, a tal efecto, dispón que terán o carácter de núcleos rurais as áreas do territorio que, por existir agrupacións de vivendas e xurdir relacións propias da vida comunitaria, constitúan un asentamento de poboación singularizado por un topónimo diferenciado nos censos e padróns oficiais e identificado como tal pola poboación residente e pola práctica administrativa local, que se caracterizasen pola súa especial vinculación coas actividades do sector primario de carácter agrícola, gandeiro, forestal, pesqueiro ou análogas (art. 75).

O lexislador galego deu un paso cualitativo importante ao establecer unha nova clase ou tipo de solo específico para dar resposta a esta peculiaridade do modelo de distribución e asentamento da poboación galega no medio rural e con esta unificación das clases de solo consegue un tratamento unitario e coherente para a totalidade dos terreos integrados no ámbito de cada núcleo rural delimitado, superando as dificultades que implicaba a división do núcleo rural en solo urbano, urbanizable e non urbanizable, sometidos a réximes xurídicos diferentes e con aspectos en ocasións incompatibles entre si.

O lexislador de 1997 mostra unha especial preocupación por conservar o carácter rural destes asentamentos de poboación, ao declarar que os usos han de estar relacionados coas actividades propias do medio rural e coas necesidades da poboación residente en tales núcleos (art. 76.1) e que os tipos de construcións deberán ser adecuados á súa condición de edificacións propias do medio rural no que se localizan, quedando prohibidas as características das zonas urbanas (art. 76.4). Ao que se engaden as normas de aplicación directa, en particular, as que obrigan a adaptar as construcións ao ambiente en que se sitúan e que esixen que a tipoloxía das construcións sexa congruente coas características do contorno e os materiais empregados para a renovación e acabado de fachadas, cubertas e peches harmonicen coa paisaxe na que se vaian localizar (art. 59).

No ámbito dos núcleos rurais delimitados polo planeamento urbanístico, e por vez primeira, as licenzas de edificación son outorgadas directamente polo concello sen necesidade de autorización autonómica previa en ningún caso.

Outra importante novidade introducida polo lexislador de 1997 é a regulación das actuacións urbanísticas integrais dentro dos núcleos rurais, que precisan ser desenvolvidas a través dun plan especial de mellora do núcleo rural –que se converte no único instrumento de desenvolvemento nos núcleos rurais– en substitución das numerosas figuras de planeamento que podían actuar nos núcleos rurais ao amparo da Lei de 1985, en función da clasificación do solo.

En definitiva, a Lei do solo de Galicia de 1997 simplifica notablemente o réxime xurídico aplicable aos núcleos rurais a través do recoñecemento dunha nova clase ou tipo de solo que se somete a un réxime xurídico específico e coherente, superando desta maneira a complexidade e confusión da Lei de adaptación da do solo a Galicia de 1985, derivada da imposición da división dos núcleos rurais en varias clases de solo distintas, cos seus correspondentes réximes xurídicos diferenciados.

### 1.3. A Lei 9/2002, de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia

A recente Lei de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia é tributaria das anteriores leis autonómicas de 1985 e de 1997, e inspírase nos mesmos principios para establecer un novo marco xurídico para o solo de núcleo rural que quere afastarse tanto do solo urbano ou urbanizable como do solo rústico.

Na exposición de motivos da nova lei destácase que Galicia conta no momento actual cunha arquitectura rural de excepción e cun territorio de incalculable valor paisaxístico, cunhas terras eminentemente fértiles e con vocación agrícola, gandeira e forestal, e cun litoral de extraordinario valor económico, ambiental, histórico e cultural. Con todo, a anarquía de construcións e usos que está proliferando nos últimos anos, o deterioro das edificacións, a falta de conclusión de moitas delas e a degradación da paisaxe, provocada polos moitos movementos de terra inadecuados e o desenvolvemento tecnolóxico aplicado, moitas veces, de forma incontrolada ao medio rural, xustifican a presente lei que trata de harmonizar o desenvolvemento e benestar do mundo rural coa preservación e revitalización dos bens culturais e naturais tan prezados e fonte de recursos e patrimonio que cómpre conservar para legarllelos ás xeracións futuras deste país.

Establécese un novo concepto de solo de núcleo rural comprometido cos valores ambientais, paisaxísticos, culturais e os propios do medio rural e que aspira a mellorar a calidade de vida da poboación residente e o seu acceso ás dotacións urbanísticas necesarias.

## 2. A clasificación do solo de núcleo rural

### 2.1. Os condicionantes derivados do marco da lexislación estatal

A clasificación tripartita do solo que establece a lexislación estatal –solo urbano, urbanizable e non urbanizable– está lexitimada no exercicio das competencias que lle atribúe o art. 149.1.1º da Constitución para

establecer as condicións básicas que garantan a igualdade dos españois no exercicio dos seus dereitos e no cumprimento dos seus deberes constitucionais. O que non lle impide ao lexislador autonómico establecer outras clases ou categorías de solo diferentes, sempre que poida establecerse a equivalencia ou correspondencia coas clases de solo definidas pola Lei 6/1998, sobre réxime do solo e valoracións, só para os efectos de aplicar o réxime xurídico fundamental que corresponda.

Neste sentido, a sentenza do Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, declara que o *art. 3.2.c) da Lei do solo de 1992 admite unha diversa clasificación do solo por parte do lexislador autonómico, aínda que existe equivalencia nas clasificacións dado que, como alega o avogado do estado, tal equivalencia é condición básica para a igualdade nos dereitos e deberes inherentes á propiedade urbanística (ART. 149.1.1 CE).* (FX 14.b)

E no mesmo sentido, a sentenza do Alto Tribunal do 11 de xullo de 2001, sinala que *esta conclusión en nada limita a competencia das comunidades autónomas para fixar e regular, para os efectos de planificación ou xestión, outras clasificacións de solo distintas e superpostas ás anteriores* (FX 12).

Máis adiante, a mesma sentenza pon de manifesto que *cada Comunidade autónoma poderá establecer outras clases de solo (e por tanto, outros criterios de clasificación) para fins distintos da configuración das condicións básicas de exercicio da propiedade urbana* (FX 13).

Acollendo esta xurisprudencia constitucional a Lei 6/1998, sobre réxime do solo e valoracións, dispón que para os efectos desta lei, o solo clasifícase en urbano, urbanizable e non urbanizable *ou clases equivalentes reguladas pola lexislación urbanística* (art. 7).

Así pois, sen ningunha dúbida é posible que o lexislador autonómico estableza outras clases de solo distintas, para os efectos da súa ordenación e xestión, sempre que poida establecerse a equivalencia con algunha das clases de solo urbano, urbanizable ou non urbanizable –só para os efectos das condicións básicas para o exercicio da propiedade urbana e, no seu caso, de valoracións do solo–.

Ata hoxe só o lexislador autonómico galego estableceu un tipo ou clase de solo distinto dos tradicionais no dereito urbanístico español –urbano, urbanizable e rústico– creando unha clase de solo específica que reconece a realidade dos asentamentos de poboación no medio rural de Galicia. É o solo de núcleo rural, unha clase de solo distinta e independente das outras tres clases de solo.

As demais leis autonómicas que recolleron no seu texto un recoñecemento expreso aos núcleos rurais como forma de asentamento da poboación no seu territorio, optaron por consideralo como unha categoría especial incluída dentro dunha das clases de solo tradicionais. Maioritariamente optouse por incluír os núcleos rurais dentro do solo rústico ou non urbanizable, este é o caso da lexislación urbanística de Asturias, Can-

tabria, Castela e León, Baleares, Canarias e Andalucía; e nun só caso, o da Comunidade de Murcia, o lexislador autonómico incluíu os núcleos rurais de poboación dentro do solo urbano.

## 2.2. O concepto do solo de núcleo rural

A LOUG, no seu art. 13, recolle un novo concepto do solo de núcleo rural que se aparta das anteriores leis autonómicas de 1985 e de 1997, ao dispoñer que

«Constitúen o solo de núcleo rural os terreos que serven de soporte a un asentamento de poboación singularizado en función das súas características morfolóxicas, tipoloxía tradicional das edificacións, vinculación coa explotación racional dos recursos naturais ou de circunstancias doutra índole que manifesten a imbricación racional do núcleo co medio físico onde se sitúa e que figuren diferenciados administrativamente nos censos e padróns oficiais, así como as áreas de expansión ou crecemento destes asentamentos».

Deste precepto legal dedúcese que para clasificar un ámbito como solo de núcleo rural debe cumprir as seguintes condicións:

a) Deben ser terreos que serven de soporte físico a un asentamento de poboación singularizado. Esta idea procede da Lei de adaptación da do solo de Galicia de 1985 (art. 12.3) e da Lei do solo de Galicia de 1997 (art. 75.1) que tamén consideraron imprescindible a existencia de agrupacións de vivendas e que no seu seo xurdan relacións propias da vida comunitaria que as convertan nun asentamento de poboación singularizado.

b) Debe tratarse de asentamentos que presentan unha especial vinculación co medio rural onde se sitúan. Esta vinculación ponse de manifesto na morfoloxía do asentamento (as redes de camiños, a estrutura parcelaria histórica, etc.), na tipoloxía tradicional das edificacións existentes, na vinculación coa explotación dos recursos naturais ou en circunstancias doutra índole que manifesten a imbricación do núcleo co medio físico onde se sitúa.

Coa expresión «*imbricación racional do núcleo co medio físico onde se sitúa*» conecta o lexislador o concepto de núcleo rural coa norma de adaptación ao ambiente establecida polo art. 104 da LOUG, un precepto que adquire unha especial significación nos asentamentos rurais. Os supostos aos que fai referencia o dito precepto legal son propios e característicos dos núcleos rurais nos que se aprecian edificacións de carácter histórico, típico ou tradicional (art. 104.a), paisaxes abertas ou naturais, sexan rurais ou marítimas (art. 104.b) e edificacións de tipoloxía tradicional congruente coas características do contorno (art. 104.c).

c) Deben ser asentamentos diferenciados administrativamente nos censos e padróns oficiais. A Lei do solo de Galicia de 1997 esixía ademais

que o asentamento de poboación singularizado estivese identificado como tal pola poboación residente e pola práctica administrativa local, esixencia que quedou suprimida pola nova Lei.

O novo concepto legal de solo de núcleo rural está presidido pola idea-forza da conservación, mellora, potenciación e recuperación das construcións, das edificacións e dos elementos de carácter tradicional, así como dos asentamentos tradicionais e do seu contorno e, por suposto, é coherente cos fins que se proclaman de «*preservar o medio físico, os valores tradicionais, os sinais de identidade e a memoria histórica de Galicia*» e «*fomentar a ordenación e mellora dos núcleos rurais, evitando a degradación e a perda das construcións tradicionais e favorecendo o uso e gozo do medio rural*» (art. 4).

En cambio, a diferenza das anteriores leis autonómicas de 1985 e de 1997, xa non se esixe como requisito ineludible a especial vinculación do núcleo coas actividades propias do sector primario de carácter agrícola, gandeiro, forestal, pesqueiro ou análogas. Sen dúbida esta vinculación estaba na orixe de gran parte dos núcleos rurais existentes, pero hoxe esta vinculación co sector produtivo agropecuario é cada vez menor, cando non desapareceu xa totalmente na maioría dos núcleos rurais nos últimos anos.

### 2.3. A delimitación do solo de núcleo rural

Para delimitar o solo de núcleo rural podemos distinguir, para os efectos expositivos, dous ámbitos diferentes en función dos criterios establecidos polo art. 13 da LOUG: o que podemos denominar «perímetro orixinario» do asentamento rural e a área de expansión ou crecemento do asentamento

O primeiro, é propiamente o ámbito orixinario do asentamento de poboación no que deben concorrer as circunstancias establecidas polo art. 13.1 que determinan a clasificación dos terreos como solo de núcleo rural. Nestes terreos,

«o planeamento delimitará o ámbito dos núcleos rurais en atención á proximidade das edificacións, os lazos de relación e coherencia entre lugares dun mesmo asentamento con topónimo diferenciado, a morfoloxía e tipoloxías propias dos ditos asentamentos e da área xeográfica en que se encontran (casal, lugar, aldea, rueiro ou outro), de modo que o ámbito delimitado presente unha consolidación pola edificación de, ao menos, o 50 %, de acordo coa ordenación proposta e trazando unha liña perimetral que encerre as edificacións tradicionais do asentamento seguindo o parcelario e as pegadas físicas existentes (camiños, ríos, regatos, cómaros e outros) e, como máximo, a 50 metros das ditas edificacións tradicionais» (art. 13.3).

Así pois, unha vez constatada a existencia dun núcleo rural no que concorren as circunstancias establecidas polo art. 13.1, o plan de orde-

nación deberá delimitar o ámbito do perímetro orixinario do asentamento seguindo os criterios establecidos polo art. 13.3, sendo o máis relevante ou determinante a ocupación ou consolidación pola edificación de ao menos o 50% do ámbito do núcleo, de acordo coa ordenación proposta polo plan. Este criterio de consolidación enténdese referido á capacidade edificatoria que se deriva da ordenación proposta polo plan, de modo que ao menos o 50% desa capacidade debe estar xa esgotada coas edificacións existentes no ámbito delimitado.

Cumprindo o requisito de ocupación pola edificación, deberá trazarse unha liña perimetral que encerre as edificacións tradicionais do asentamento seguindo o parcelario e as pegadas físicas existentes e, como máximo, a 50 metros das ditas edificacións tradicionais.

Ademais da delimitación do perímetro orixinario dos asentamentos rurais, a lei encoméndalle ao planificador a delimitación da área de expansión de acordo cos criterios de crecemento que o planeamento urbano contemple. Di a lei que «Esta área estará comprendida polos terreos delimitados por unha liña poligonal paralela á de circunscrición do núcleo existente e como máximo a 200 metros lineais dela sen que, en ningún caso, poida afectar a solo rústico especialmente protexido» (art. 13.3).

Unha regra específica establécese para os núcleos rurais do litoral costeiro situados na franxa de 200 metros desde o límite interior da ribeira do mar, nos cales se condiciona o seu crecemento para evitar que sexan ampliados en dirección ao mar, o que implica que o crecemento urbano destes núcleos rurais debe realizarse cara ao interior, preservando os valores paisaxísticos e naturais da franxa costeira. Non obstante, establécese a posibilidade de excluír esta limitación con autorización expresa do Consello da Xunta fundamentada na «especial configuración da zona costeira onde se encontren ou por motivos xustificadas de interese público, xustificando a necesidade da iniciativa, a oportunidade e a súa conveniencia en relación co interese xeral».

### 2.3. O instrumento para clasificar o solo de núcleo rural

A clasificación do solo do termo municipal é unha función que lle corresponde ao plan xeral de ordenación municipal (art. 3.1.c), en relación cos arts. 10 e 53.1.b), o que inclúe desde logo a clasificación e delimitación do solo de núcleo rural (art. 56.a).

Agora ben, esta potestade ten carácter regrado e o planificador non é libre de determinar discrecionalmente a clasificación do solo de núcleo rural. De modo que aqueles terreos que serven de soporte a un asentamento de poboación no que concorren os requisitos legalmente establecidos (art 13) deben ser clasificados como solo de núcleo rural; e, pola contra, non poderán incluírse nesta clase de solo os terreos nos que non concorran todos os requisitos establecidos na lei.

Para xustificar a delimitación dos núcleos rurais, a Lei esixe que o plan xeral conteña unha análise do modelo de asentamento poboacional do seu termo municipal que analice detalladamente a formación e evolución dos asentamentos, as súas peculiaridades urbanísticas, morfolóxicas, grao de consolidación pola edificación, expectativas de desenvolvemento, tipoloxías edificatorias, etc. (art. 10) e que tamén analice individualizadamente cada núcleo, a súa morfoloxía, infraestruturas e dotacións urbanísticas existentes, consolidación edificatoria, patrimonio arquitectónico e cultural e calquera outra circunstancia urbanística relevante para xustificar as determinacións sobre o solo de núcleo rural. O estudo incluírá unha ficha, plano e fotografía aérea individualizada para cada núcleo rural, e nos seus documentos recollerase a información urbanística anteriormente indicada (art. 61.3).

Se ben a clasificación do solo do termo municipal é unha función que lles corresponde ordinariamente aos plans xerais de ordenación municipal (art. 10), a LOUG permite tamén a súa delimitación a través dos plans especiais de protección, rehabilitación e mellora do medio rural e das normas subsidiarias e complementarias de planeamento.

A Lei establece unha nova figura de planeamento urbanístico –o plan especial de protección, rehabilitación e mellora do medio rural– que teñen por finalidade a recuperación e revitalización dos núcleos rurais tradicionais e que están habilitados pola lei para delimitar os núcleos rurais incluídos no seu ámbito (art. 72.3.c).

Naqueles municipios que carecen de planeamento urbanístico propio, as normas subsidiarias e complementarias de planeamento, elaboradas e aprobadas pola Consellaría competente en materia de urbanismo, contarán entre outras determinacións a delimitación dos núcleos rurais dos municipios sen planeamento (art. 51.3.b).

En todo caso, para a edificación nos núcleos rurais existentes en municipios sen planeamento xeral propio, será necesaria a previa autorización autonómica do director xeral de urbanismo (disposición adicional segunda).

No suposto dos municipios con plans de ordenación aprobados definitivamente con anterioridade á entrada en vigor da nova Lei e, por tanto, non adaptados ao novo réxime legal, a disposición transitoria primeira establece que «ao solo incluído no ámbito dos núcleos rurais delimitados ao amparo da Lei 11/1985, de adaptación da do solo a Galicia, ou da Lei 1/1997, do solo de Galicia, aplicaráselle integramente o disposto nesta lei para o solo de núcleo rural».



### 3. Réxime de utilización do solo de núcleo rural

#### 3.1. Os usos do solo de núcleo rural

A LOUG establece que os terreos clasificados como solo de núcleo rural serán destinados aos usos relacionados coas actividades propias do medio rural e coas necesidades da poboación residente nos ditos núcleos (art. 24.1).

En congruencia co concepto de solo de núcleo rural –que ante todo constitúe o soporte físico dun asentamento de poboación– a Lei proclama que o uso característico das edificacións nos núcleos rurais é o residencial (art. 27).

Pero ademais do uso residencial que caracteriza ao solo de núcleo rural, o planeamento poderá permitir outros usos diferentes que contribúan a revitalizar a vida rural, a mellorar o nivel de vida dos seus moradores e que, en todo caso, resulten compatibles co uso residencial (art. 27), tendo en conta que a lei declara expresamente prohibidos aqueles usos que, xa sexa polo tamaño das construcións, pola natureza dos procesos de produción, polas actividades que se van desenvolver ou por outras condicións, aínda cumprindo cos requisitos da lexislación ambiental, non sexan propios do asentamento rural (art. 28.h).

A Lei do solo de 1997, ao igual que a súa antecesora, a Lei de adaptación da do solo a Galicia de 1985, concibiron o núcleo rural como un asentamento de poboación singularizado e estreitamente vinculado coas actividades propias do sector primario de carácter agrícola, gandeiro, forestal, pesqueiro ou análogos, o que necesariamente condicionaba ao planeamento urbanístico no momento de abordar a regulación dos usos pormenorizados nos núcleos rurais de modo que estaban obrigados a garantir o uso residencial e os usos agropecuarios como usos característicos e predominantes no núcleo rural, acorde coa natureza e a esencia mesma do concepto legal de núcleo rural.

A nova Lei non quixo vincular o concepto de solo de núcleo rural coas actividades propias do sector primario porque é consciente de que hoxe unha gran parte dos asentamentos rurais estanse desvinculando ou desvinculáronse xa totalmente das actividades agrícolas e gandeiras como consecuencia da evolución socioeconómica e da diminución da poboación activa dedicada a este tipo de actividades produtivas. Por esta razón, aínda cando mantén o uso residencial como característico do solo de núcleo rural, posibilitálle ao planeamento a determinación doutros usos sempre que contribúan a mellorar o nivel de vida dos habitantes e os valores propios do medio rural –os recursos naturais, a morfoloxía do asentamento, a tipoloxía tradicional das edificacións, a identidade histórica, etc.–.

Esta nova concepción do solo de núcleo rural tivo as súas consecuencias tamén na regulación das explotacións agropecuarias nos núcleos ru-

rais que xa non constitúen un requisito esencial e imprescindible (art. 13) e que ademais pretende afastar dos núcleos as novas explotacións gandeiras (art. 44.4). Establécese un réxime transitorio que permite manter indefinidamente todas as explotacións agrícolas e gandeiras existentes no momento da súa entrada en vigor da Lei, o 1 de xaneiro de 2003 (disposición transitoria 11<sup>a</sup>), pero non se permiten novas instalacións destinadas á produción agropecuaria que excedan do tipo tradicional e familiar determinado polo departamento competente en materia de agricultura (art. 28.g).

En desenvolvemento deste marco legal e para concretar os usos pormenorizados do solo de núcleo rural, a Lei se remite ao planeamento urbanístico que, entre outras funcións, ten a de determinar o uso do solo, do subsolo e das edificacións (art. 3.1.j) e, en particular, establecer a regulación dos usos pormenorizados dos terreos e das construcións no solo de núcleo rural (art. 56.d).

### 3.2. As actuacións no patrimonio construído

En coherencia co novo concepto legal de solo de núcleo rural, a regulación do réxime desta clase de solo réxese polo principio de conservación e rehabilitación do patrimonio construído que é portador de valores propios do medio rural e forma parte dos sinais de identidade e da memoria histórica de Galicia (art. 4.d) e, en consecuencia, constitúe un ben tutelado polo ordenamento xurídico urbanístico.

Con esta finalidade de conservar e recuperar o patrimonio construído prevense expresamente como obras permitidas no solo de núcleo rural as de conservación e restauración das edificacións existentes sen variar as características esenciais do edificio, nin alterar o lugar, volume e tipoloxía tradicional (art. 25.a) e as obras de rehabilitación e ampliación das edificacións existentes sen variar a súa tipoloxía (art. 25.b).

Especialmente importante para a conservación do patrimonio construído resulta a prohibición legal de derrubar ou demoler as construcións existentes no solo de núcleo rural, salvo nos supostos especificamente sinalados na lei, que son:

a) Aquelas construcións sen ningún interese arquitectónico nas que, polo seu reducido tamaño ou imposibilidade de acceso, non sexa posible a súa recuperación, restauración ou reconstrución para calquera uso dos autorizados nesta lei.

b) As edificacións de escaso valor histórico ou etnográfico que estando en ruína material de acordo coa lexislación urbanística, con evidente perigo para as persoas ou cousas, e non sexa viable a súa recuperación total ou parcial.

c) Todos os engadidos que desvirtúen a tipoloxía, forma e volume de calquera edificación primitiva, ou que polos materiais neles empregados supoñan un efecto deformador para a harmonía e estética do conxunto edificatorio. Igualmente todos os alpendres, almacéns e edificacións auxiliares que estean nas mesmas condicións.

Para garantir que non se executan outras obras de demolición que non sexan as expresamente permitidas pola Lei, esíxese en todos os casos a presentación do correspondente proxecto técnico de demolición que conteña un estudo xustificativo e motivado do cumprimento e veracidade das circunstancias que concorren de acordo co disposto na lei, que precisa obter a conformidade do concello, traas os informes técnicos e xurídicos preceptivos (art. 195.2).

Así mesmo, establécense outras medidas encamiñadas a conservar e recuperar o patrimonio construído dos núcleos rurais, como son: a inclusión dos núcleos rurais e dos elementos que deban ser obxecto de protección específica no catálogo dos plans de ordenación (art. 75, en relación cos arts. 61.1.h) e 72.3.e); as medidas dirixidas ao fomento da conservación e rehabilitación das edificacións tradicionais existentes en solo de núcleo rural (arts. 202 e 203), os dereitos de tanteo e retracto (art. 187) e outras medidas.

Co obxectivo de manter a morfoloxía característica do asentamento rural, prohibense os movementos de terra que supoñan unha agresión ao medio natural ou que varíen a morfoloxía da paisaxe do lugar (art. 28.d), e a apertura de pistas, rúas ou camiños que non estean contemplados no planeamento, así como a ampliación dos existentes e o derrubamento, de maneira inxustificada, dos muros tradicionais dos rúeiros ou corredeiras (art. 28.e).

### 3.3. As novas edificacións no solo de núcleo rural

En congruencia co novo concepto de solo de núcleo rural que se apoia en gran medida na existencia de edificacións de tipoloxía tradicional que se pretende conservar e potenciar (art. 4, apartados g) e h), a Lei pretende que as novas condicións que se realicen nos núcleos rurais se integren perfectamente co medio rural no que se sitúen e coa tipoloxía tradicional das edificacións.

Neste sentido, o art. 29 esixe que as novas edificacións se identifiquen coas características propias do lugar e coa trama rural existente (art. 29.1), que manteñan as condicións ambientais do núcleo, a morfoloxía do asentamento e a tipoloxía das edificacións do lugar, que utilicen os materiais, cores e formas construtivas tradicionais e comúns do propio asentamento (art. 29.1.b), e que o seu volume sexa similar ás edificacións tradicionais existentes (art. 29.1.c)

Con esta finalidade de integrar as novas edificacións co medio rural no que se localizan e coa tipoloxía propia das edificacións tradicionais, a Lei establece algunhas das condicións de edificación de obrigado cumprimento, como son: a parcela mínima edificable (art. 29.1.a); as condicións estéticas e de acabado das edificacións (art. 29.1.b); o volume máximo edificable (art. 29.1.c); a altura das edificacións (art. 29.1.d); as condicións das cubertas das edificacións (art. 29.1.e); as separacións mínimas ás vías e aos lindes da parcela (art. 29.1.f); e os servizos necesarios para edificar (art. 29.1.g).


En todo caso, a Lei prohibe expresamente determinadas tipoloxías edificatorias (art. 28), como son: as edificacións cunha tipoloxía que non responda ás do asentamento no que se sitúen, as vivendas acaroadas, proxectadas en serie, de características similares e colocadas en continuidade en máis de tres unidades, as naves industriais de calquera tipo, e aquelas que polo seu tamaño, pola natureza dos procesos de produción, polas actividades que van desenvolver ou por outras condicións, aínda cumprindo cos requisitos da lexislación ambiental, non sexan propias do asentamento rural.

Especial relevancia adquiren no ámbito dos núcleos rurais as normas de aplicación directa que establece imperativamente que todas as construcións e instalacións deben adaptarse ao ambiente en que se localicen (art. 104). A redacción deste precepto legal procede do art. 59 da anterior Lei do solo de Galicia de 1997 e do art. 138 do texto refundido da Lei sobre réxime do solo e ordenación urbana de 1992, precepto básico declarado expresamente vixente pola Lei 6/1998, sobre réxime do solo e valoracións.

Ademais das condicións de edificación establecidas pola lei e que son de aplicación directa e inmediata a todas as edificacións no solo de núcleo rural, tamén deben cumprirse as condicións adicionais establecidas polo planeamento urbanístico que establece a ordenación detallada do solo de núcleo rural –o plan xeral de ordenación municipal (art. 56) e, no seu caso, o plan especial de protección, rehabilitación e mellora do medio rural (art. 72)–. Estes plans, con suxeición ao marco legal, completarán as condicións de edificación establecidas pola lei cando resulte necesario e, ademais, determinarán as condicións adicionais que resulten convenientes para a conservación e recuperación da morfoloxía do núcleo e a salvagarda das vías naturais, as redes de camiños rurais, a estrutura parcelaria histórica e os usos tradicionais (art.56.e). Precisamente con esta finalidade, o planeamento urbanístico está obrigado a realizar unha análise detallada da formación e evolución dos asentamentos, das súas peculiaridades urbanísticas, morfolóxicas, do seu grao de consolidación pola edificación e das súas expectativas de desenvolvemento, así como das tipoloxías edificatorias, forma dos ocós e das cubertas e carac-

terísticas dos materiais, cores e formas construtivas empregadas nas edificacións e construcións tradicionais de cada asentamento (art. 13.2).

Unha peculiar novidade que establece a nova Lei é a habilitación ao concello para autorizar o emprego doutros materiais distintos dos sinalados pola lei (art. 29.1, letras b) e e). Esta autorización municipal instruméntase a través da licenza urbanística e para o seu outorgamento resultará imprescindible que o proxecto técnico das obras conteña unha cumprida xustificación da excepción, así como de que a solución proxectada é adecuada co medio rural no que se sitúa a edificación.

Finalmente, é preciso sinalar que para edificar no ámbito do solo de núcleo rural clasificado e delimitado polo planeamento urbanístico non se precisa autorización autonómica previa á licenza municipal, salvo naqueles municipios sen planeamento urbanístico propio, suposto no que para edificar nos núcleos rurais será necesaria sempre a autorización autonómica previa á licenza municipal (disposición adicional segunda). 

# CULTURA POLÍTICA E PARTICIPACIÓN CIDADÁ NA ADMINISTRACIÓN LOCAL EN GALICIA

**Andrés Cernadas Ramos**

Profesor de ciencia da Administración  
Universidade de Santiago de Compostela

**Rocío Fentanes Fortes**

Politicóloga

## 1. Introducción

### 1.1. A renovación democrática

No ámbito da discusión académica asistimos na actualidade a un debate sobre a necesidade de renovación democrática en toda Europa. Tanto no campo da teoría normativa –da man do republicanismo ou da democracia participativa e deliberativa– como no dos estudos empíricos, que remiten á idea de *governance*, o deseño institucional ou o capital social; existe unha crecente preocupación por aspectos tales como a rendición de contas –*accountability*– ou a receptividade ante as demandas da cidadanía –*responsiveness*–.

As posibilidades para a política son múltiples e preséntanse en case todos os ámbitos da sociedade; por isto, requírese que a democracia pase a ser concibida como unha resposta á política en xeral. Algúns dos criterios que permiten identificar o grao de democratización son: o número de participantes na toma de decisións, o número de dominios da vida baixo

control democrático e o grao no cal o control democrático é substantivo e non simbólico. Neste sentido, calquera movemento positivo nalgún destes tres criterios interprétase como unha profundación na democratización, que debe, en calquera caso, ser perseguida tanto no ámbito do Estado, da economía, da sociedade civil ou do sistema internacional.

O interese pola renovación da democracia coincide na actualidade coa crecente demanda de eficacia e calidade nas políticas e servizos públicos. É neste marco de análise sobre as vías de profundación na democracia no que se insire o presente traballo.

O goberno democrático tradicional encóntrase con numerosas dificultades para poder reaccionar ante un contorno cada vez máis complexo, debido á crecente interdependencia dos problemas públicos. Constitúe ademais un lugar común a afirmación de que ningún actor conta coa información necesaria para darlle resposta á diversidade de problemas aos que se debe facer fronte. Preséntase, por isto, unha situación na cal, idealmente, as institucións políticas xa non exercen o monopolio da acción de dirixir a sociedade, posto que se volve indispensable a toma en consideración dos intereses e das percepcións da cidadanía.

A participación dos cidadáns na toma de decisións resultaría, polo tanto, desexable debido ás propias características das políticas locais, isto é, o feito de que lle afecten a unha gran variedade de intereses e que repercutan en numerosos ámbitos de actuación; o cal leva á necesidade de adoptar enfoques integradores. Ademais, as vantaxes que se derivan da participación dos cidadáns non só se vinculan a melloras no proceso decisonal, senón que tamén lle afectan á factibilidade da implementación.

A apertura de novos espazos de participación e toma de decisións amplía o escenario político, pois permite a entrada neste de numerosos actores anteriormente excluídos. As diferenzas de intensidade na participación remiten á clásica escala de información, consulta, codesión e coestión, entendendo que este último constitúe o máximo nivel de implicación da cidadanía, moi poucas veces acadado na práctica.

## 1.2. O valor da participación

No plano normativo, destácase que a participación democrática ten un valor intrínseco que vai máis alá da mera protección de intereses, por canto aquela proporciona importantes medios para o desenvolvemento das capacidades dos individuos. Considérase que o feito de que os cidadáns teñan a oportunidade de participar nas decisións colectivas permite que desenvolvan a capacidade de pensar sobre as súas propias necesidades en relación coas necesidades das demais persoas. Ademais, idealmente, só a participación pode darlles ás persoas unha conciencia de relación activa coas institucións e procesos sociais. Este argumento básico

a favor do valor intrínseco das institucións democráticas participativas foi exposto na tradición clásica por Rousseau e J.S. Mill.

Carole Pateman (Pateman, 1970) parte da lectura dos clásicos para concluír que existe unha interrelación entre as estruturas de autoridade das institucións e as actitudes dos individuos. A razón primordial para valorar a participación é, pois, segundo Pateman, a súa función educativa, que se refire tanto ao aspecto psicolóxico como á adquisición de práctica nos procedementos democráticos. Para a autora, isto sería especialmente válido a pequena escala; por isto, a política local aparece como marco idóneo para fomentar a participación.

Non obstante, a afirmación de que a esfera pública se volve cada vez máis despolitizada (Habermas, 1987) parece estar plenamente vixente, por canto as reivindicacións normativas de xustiza se traducen en meros reflexos dos desexos dos grupos; e de ningún modo se lle presta atención ao elemento da deliberación pública que é característico do político.

O ámbito público debería, contrariamente, resolver os desacordos e tomar as decisións prestándolles atención ás reivindicacións e razóns dos cidadáns. A óptica deliberativa configuraríase como superación do limitado horizonte clásico da política concibida unilateralmente como expresión conflitiva de intereses esóxenos. A deliberación, entendida como aprendizaxe que transforma e xera ulteriores preferencias, leva implícita unha transformación substantiva dos cidadáns, que nega a tradicional distinción entre cidadáns informados e dotados de preferencias completas e aqueles outros que descoñecen os seus verdadeiros intereses.

No modelo proposto por Gutmann e Thompson (Gutmann e Thompson, 1996) os cidadáns, como deliberadores, móvense entre principios xerais e xuízos sobre circunstancias particulares, modificándoos á luz das apreciacións dos demais. A maior contribución dunha perspectiva deliberativa é que axuda aos cidadáns a tratarse uns a outros con respecto mutuo, a pesar de que existan desacordos entre eles. Neste sentido, o proceso da política caracterizarase pola reciprocidade, a publicidade e a *accountability*. As decisións políticas deben ser, sobre todo, xustificables ante todos aqueles aos que van destinadas. Non se trata de que a deliberación garanta por si a xustiza social, pero, en ausencia daquela, os cidadáns non poderían xustificar moitos procedementos controvertidos e diferentes dereitos ante os demais.

Existen numerosas perspectivas, con todo, que expresan escepticismo verbo da xustiza da democracia participativa, porque dubidan de que o feito de abrir a posibilidade de participación aos cidadáns conduza necesariamente a resultados xustos, ante a posibilidade de que os grupos que contan cuns intereses que entran en conflito difiran en número e privilexio.



### 1.3. Participación e democracia representativa

As propostas participativas non formulan a substitución da democracia representativa –que centra a súa atención nos procesos electorais–, senón que pretenden complementala a través de mecanismos que se basean na democracia directa. Pártese de considerar que a democracia representativa resulta insuficiente para canalizar todas as posibilidades de intervención cidadá nos asuntos públicos. A diversidade política e social resólvese no goberno tradicional a través de dúas institucións, como son os partidos e as eleccións; pero, tal e como sinalan Blanco e Gomà «las preferencias de la ciudadanía son extremadamente más ricas y complejas que los factores a través de los cuales se establece la relación entre los partidos y sus bases electorales» (Blanco e Gomà, 2002: 30).

A abstención electoral, a crise de confianza nas institucións e nos partidos e a incapacidade de procesar novas demandas e conflitos emerxentes serían algúns dos factores que parecen reclamar a posta en marcha de mecanismos de participación. Numerosos autores entenden que os baixos niveis de participación política constitúen un síntoma de desconexión entre o sistema político e o electorado.

Existen unha gran cantidade de promesas democráticas que non atoparon cumprimento. Neste sentido, como sinala Bobbio, citado por Warren (Warren, 2001), a representación resultou ser un mero reflexo dos intereses de grupos de opinión organizados –e non un reflexo dos intereses e opinións dos individuos–, ao tempo que as democracias representativas non conseguiron estender os espazos dentro dos cales se toman as decisións democraticamente.

A realidade contemporánea engadiría novas dimensións en relación ao cumprimento das promesas democráticas debido a diversos factores, como os coñecementos que requiren as novas tecnoloxías ou o aumento das demandas dos cidadáns.

As propostas que defenden a participación cidadá inciden en que esta resulta beneficiosa tanto desde a perspectiva do control cidadá do Estado ou perspectiva de *input*, como no relativo á mellora da perspectiva de *output*, que fai referencia aos resultados das políticas.

Nos últimos anos déronse algúns avances na liña de intentar dotar de maior protagonismo aos cidadáns, pero son soamente feitos puntuais no que se refire á innovación dos tradicionais procesos democráticos. O ámbito no que se deu un máis claro avance neste sentido é o dos gobernos municipais.

### 1.4. A Administración local como marco para a participación

Para os partidarios de incrementar as vías de participación, esta permitiría acurtar a distancia entre os cidadáns e as institucións, mellorar a

comprensión cidadá dos asuntos públicos, estimular a responsabilidade polas necesidades e os problemas colectivos, reducir as diferenzas na distribución do poder e incluso dotar as decisións públicas de maior lexitimidade.

Considérase que o déficit democrático ou a opacidade na toma de decisións poderían ter solución máis facilmente no nivel local. O goberno local considérase o ámbito máis adecuado para a renovación democrática, pois perfílase como o primeiro nivel onde o particular perde parte do seu sentido e comeza a cobrar relevancia a dimensión do colectivo.

Neste sentido, e a grandes trazos, os gobernos locais poden adoptar una ampla variedade de accións para a promoción dunha maior participación cidadá e o fortalecemento da democracia. Así, entre outras opcións, podemos referirnos á creación de consellos cidadáns, aos mecanismos de democracia directa ou aos orzamentos participativos.

O *novo localismo* configuraríase, pois, como unha tendencia de carácter xeral que mostra a adecuación dos gobernos municipais para a posta en marcha de procesos de desenvolvemento social, económico e político, así como para a provisión de servizos públicos en particular (Clarke, 1993); (Navarro, 1998: cap 2). A xeración de novas formas de gobernabilidade a nivel local, mediante a intensificación das relacións entre goberno e actores privados, resulta esencial para a consolidación da actual tendencia neolocalista.

Os intentos de reestruturar as pautas de interacción entre o Estado e a sociedade civil a nivel local seguen diversas liñas: a creación de ámbitos de discusión nos que teñen cabida grupos de representación de intereses, como, por exemplo, consellos consultivos ou órganos de xestión descentralizada de servizos; a incorporación de actores privados á provisión de servizos públicos municipais e finalmente, os procesos tendentes a cooperar coas asociacións civís, mediante subvencións, cesión de locais, etc.

O goberno local considérase, polo tanto, como un escenario privilegiado para a posta en marcha de experiencias de participación cidadá, e é, sen dúbida, o nivel de goberno onde máis se avanzou nesta liña. Entre as principais razóns polas cales se considera o ámbito municipal como o espazo máis adecuado para levar á práctica as políticas de participación poderíamos destacar as seguintes:

#### *A proximidade e accesibilidade do ámbito municipal*

Asistimos a unha crecente revalorización do local como ente baixo o cal se debe xestar unha adecuación das institucións á nova realidade social. A Administración local vincúlase coas ideas de proximidade e accesibilidade e é considerada como a máis receptiva e participativa. O goberno local debe darlle cabida á diversidade de demandas sociais, o cal crea a necesidade de repensar o rol que as institucións locais deben xo-

gar. A equidade, a accesibilidade e a posibilidade de participación para as persoas con distintas demandas vólvense un elemento esencial para garantir a posibilidade de gobernabilidade local.

*É a vía de conexión máis inmediata entre goberno e sociedade civil*

A Administración local é a principal vía de conexión entre o goberno e os actores da sociedade civil. Deste modo, o estreito vínculo dos gobernos locais coa cidadanía, xunto co aumento das capacidades políticas dos municipios, faría que a participación efectiva da poboación nos asuntos públicos se convertese nunha canle baixo á que darlle voz a toda a pluralidade social. A participación efectiva no goberno local contribuíría á formación dunha cidadanía máis plural.

*Permite a inclusión dos individuos e colectivos nos asuntos públicos*

Existe a percepción por parte da cidadanía de que as administracións locais teñen máis posibilidades de crear as condicións para a inclusión dos individuos e dos colectivos interesados nas cuestións públicas. Adicionalmente, o sentimento de comunidade dos propios individuos, as capacidades que o goberno municipal ten para atender e priorizar as demandas dos cidadáns e a posibilidade de crear espazos que faciliten o debate público sitúan aos concellos por riba doutras administracións públicas na busca de receptividade.

O goberno local debe, polo tanto, aproveitar a proximidade da que dispón coa sociedade civil para escoitar as súas demandas e intentar darlles resposta. Resulta fundamental que a cidadanía dispoña de oportunidades para expresar cáles son as súas prioridades e coñecer cáles as preferencias dos demais cidadáns.

Existen diversos condicionantes que inciden negativamente na posta en marcha de políticas participativas. Non debe esquecerse que, para o caso de Galicia, o orzamento medio dos municipios galegos equivale ao 56% do orzamento medio que xestionan os municipios españois, mentres que os ingresos tributarios representan tan só o 38% da cifra española (Álvarez, 2003).

Neste sentido, a necesidade de afondar nas vías de participación da cidadanía debe entenderse de maneira simultánea a outro tipo de transformacións que necesita o municipalismo galego, relativas á superación da inhibición fiscal, á modernización dos procesos de xestión, á mellora da cualificación do persoal ao servizo das entidades locais ou á realización dunha nova distribución de competencias entre administracións territoriais no marco do Pacto local. É preciso realizar unha reflexión política sobre a dimensión, estrutura e funcionalidade do sector público local de Galicia ante as debilidades e insuficiencias institucionais do modelo vixente.

## 2. A participación cidadá en Galicia

Na Comunidade galega, as experiencias participativas constitúen un fenómeno relativamente recente e de ningún xeito se trata de realidades consolidadas. As reticencias entre os políticos e a falta de implicación de boa parte da cidadanía seguen sendo as notas esenciais, pese a que, en liñas xerais, se constata cada vez un maior protagonismo cidadán, principalmente nas áreas urbanas.

Co obxectivo de coñecer o estado actual no que se encontra a participación cidadá en Galicia, realizouse o presente traballo de investigación centrado na Administración local galega. A investigación foi formulada para intentar darlles resposta a preguntas como: ¿cales son os niveis de desenvolvemento da participación cidadá en Galicia en comparación con outras comunidades?, ¿a participación é algo que só se dá nos grandes núcleos urbanos ou, pola contra, pode resultar máis fácil de implementar en poboacións de tamaño reducido?, ¿mostran diferentes sensibilidades fronte á participación os principais partidos políticos presentes en Galicia?, ¿a cultura política galega pode influír e condicionar os mecanismos e iniciativas a través dos que se debe canalizar a participación dos cidadáns máis alá das consultas electorais?, ¿estanse ensaiando en Galicia novas formas de participación ou utilízanse os instrumentos xa coñecidos?

Trátase de describir os trazos que adopta a política de participación nos casos en que, efectivamente, se poida falar da dita política, ao mesmo tempo que se pretende determinar que variables e circunstancias favorecen a posta en marcha de políticas de participación cidadá nos municipios galegos a partir da análise da cultura política galega, os mecanismos e iniciativas de participación cidadá e a interrelación entre ambos os dous.

Para dispoñer da información que nos facilite a construción de indicadores que nos permitan acadar os obxectivos fixados e darlles resposta ás principais preguntas formuladas, deseñouse unha investigación cuns trazos básicos que son os seguintes:

■ Remitiuse unha enquisa por correo ordinario aos 56 municipios galegos de máis de 10.000 habitantes<sup>1</sup>, dos que se recibiron un total 41 respostas. O traballo de campo realizouse entre o 15 de marzo e o 15 de maio de 2003.

■ Realizáronse entrevistas persoais aos responsables de participación cidadá nos sete municipios de maior tamaño –máis de 50.000h.– co obxectivo de obter información adicional á vez que se procedía a contrastar a información facilitada nos cuestionarios.

<sup>1</sup> Descendeuse ata os municipios de máis de 10.000 h. para conseguir unha mostra significativa dada a distribución territorial da poboación en Galicia.

■ Tamén se entrevistou aos responsables doutras institucións que, polas funcións que desempeñan, considerouse que poderían achegar información relevante ao estudo. Tal sería o caso das deputacións provinciais, a FEGAMP (Federación Galega de Municipios e Provincias) AGADER (Axencia Galega de Desenvolvemento Rural) ou aos responsables dalgúns plans comunitarios.

■ Así mesmo, realizáronselles entrevistas aos responsables de participación cidadá dos tres principais partidos políticos presentes na Comunidade galega e a unha agrupación de electores.

Para construír os indicadores que nos servirían de base para analizar o estado da participación cidadá e a cultura política en Galicia, configúranse na enquisa distintos bloques de información relacionados con: a Concellaría de Participación Cidadá, os regulamentos de participación cidadá, páxinas web, asociacionismo, orzamentos participativos, audiencias, etc.

Tal como mostra o cadro 1, o índice de resposta foi elevado e altamente significativo, tanto polo que ao universo de estudo se refire, xa que os 56 municipios que o compoñen representan o 67'76 % do conxunto da poboación de Galicia; como pola poboación representada polos 41 municipios dos cales obtemos resposta, que representa o 53'74% do total, o que nos permite dispoñer dun volume adecuado de información para elaborar indicadores e intentar darlles resposta ás principais preguntas formuladas.

Vemos, pois, que dos 56 municipios que compoñen a mostra, obtemos resposta de 41, o que representa un índice de resposta do 73'21%, e que supón un índice moi elevado, que nos achega unha importante evidencia empírica á hora de facer as correspondentes análises.

Cadro 1: Poboación enquisada					
	Poboación total de Galicia	Poboación dos municipios enquisados a enquisa	Poboación dos municipios que responden	Poboación dos municipios non enquisados non responden	Poboación dos municipios enquisados que
Cifras absolutas	2.695.880	1.772.851	1.448.894	1.246.968	323.958
%	100%	67'76%	53'74%	32'24%	18'27%

Da información obtida neste traballo de investigación, despréndese que a política de participación cidadá no ámbito municipal véñse desenvolvendo a través de diferentes mecanismos e estratexias que, máis alá das consultas electorais, tratan de facilitar a participación cidadá nos diferentes procesos da toma de decisións nas políticas públicas locais. Se ben, como sinala Navarro (2002), no caso español, a Lei de bases de ré-

xime local (LRBRL) e o Regulamento de organización, funcionamento e réxime xurídico das entidades locais (ROF) fixan uns mecanismos ou instrumentos mínimos a través dos cales os gobernos locais poden vehicular a participación cidadá, na práctica diaria poden observarse diferentes interpretacións desa normativa. A lectura que desta realizan os distintos equipos de goberno tradúcese en iniciativas dispaes, o cal conduce a diferentes tipos de participación en función do tamaño do municipio ou do partido político ao que pertence o alcalde, por citar dúas das variables que se mostran máis explicativas, como veremos ao longo deste traballo.

#### *Vías para a participación*

Os gobernos municipais poden adoptar numerosas iniciativas e procedementos para fomentar a participación dos cidadáns nos asuntos públicos e a súa inclusión nos procesos decisoriais. Navarro (Navarro, 2002) distingue, neste sentido, entre tres estratexias fundamentais: a organizativa, que se refire ao desenvolvemento dunha estrutura organizativa específica no seo da Administración; a normativa, que encontra a súa plasmación no regulamento de participación cidadá; e a relacional, que adoita concretarse na facilitación de apoio con respecto ás asociacións locais, así como a participación na toma de decisións ou a co-xestión de servizos.

Seguindo a anterior metodoloxía, inténtase analizar baixo qué estratexia –organizativa, normativa e relacional– se desenvolve a política de participación cidadá en Galicia.

#### **2.1. A Concellaría de Participación Cidadá (CPC) na estrutura organizativa municipal**

Parece pertinente analizar o rango que se lle concede á participación cidadá no esquema organizativo municipal tendo en conta o número de municipios que contan cunha Concellaría de Participación Cidadá; pero sen obviar –dados os obxectivos da nosa análise– así mesmo a relevancia da dita concellaría. A dita relevancia pode ser medida tanto desde o punto de vista dos recursos de que dispón, como do nivel de integración-exclusividade de que goce a concellaría dentro da estrutura organizativa do municipio (Navarro, 2002). Así, tal como nos mostra o cadro 2, vemos que de 12 municipios, o 29'26%, dispoñen dunha Concellaría de Participación Cidadá e os restantes municipios que din non contar con ela, só tres deles, o 7'31%, prevén a súa creación no caso de continuar gobernando o mesmo partido ou coalición.

**Cadro 2: Municipios que contan con CPC**

	SI	NON	NS/NC
Dispón de CPC	12 (29'26%)	29 (70'73%)	0
Está prevista a súa creación durante o próximo mandato	3	8	30

O número de municipios que teñen Concellaría de Participación non parece moi elevado e o mesmo ocorre se vemos o que ocorre nos seis grandes municipios de máis de 50.000 h. enquisados, onde só tres deles contan con Concellaría de Participación.

Cando non existe esta concellaría, a participación cidadá adoita adscribirse a algunha concellaría na meirande parte dos casos, ou tamén á propia alcaldía, tal como nos mostra o cadro 3. Os tres municipios nos que a participación aparece vinculada á alcaldía corresponden a municipios gobernados polo Partido Popular (PP).

**Cadro 3: Cando non existe concellaría ¿a quen está adscrita a participación cidadá?**

¿A quen está adscrita a part. cidadá?	A un concelleiro delegado	A unha xefatura administrativa	Á alcaldía	Outros / NS / NC
Nº de casos	9	2	3	15

Ao abordar a relevancia da Concellaría de Participación Cidadá (CPC) en función do eixe integración-exclusividade, constatamos que en todos os casos a dita concellaría está integrada con outros servizos, principalmente de carácter cultural, pero tamén de carácter social; de forma xenérica atopámonos cunha concellaría, ao fronte da cal figura un concelleiro-delegado, que asume habitualmente outras dúas áreas máis. Polo que aos recursos se refire, tanto a nivel orzamentario como no relativo aos recursos materiais e humanos, non parece que a participación cidadá sexa o elemento determinante da dotación da concellaría na que se encontra encadrada a participación.

Dentro da estrutura organizativa municipal parece, pois, que a participación non ocupa un lugar preponderante no organigrama nin na asignación de recursos. Isto maniféstase como certo independentemente do tamaño<sup>2</sup> do municipio, xa que no caso de Galicia o tamaño do municipio non se mostra como unha variable explicativa tan significativa como

<sup>2</sup> Cando falamos de tamaño do municipio, en realidade estámonos referindo ao volume de poboación.

noutros estudos previos (Navarro, 2002), tal como se observa no cadro 4, só a metade dos municipios galegos con máis de 100.000h. contan con CPC, e a mesma porcentaxe, 50%, obteriamos se incluímos a todos os municipios de máis de 50.000 h.; mentres que os de tamaño intermedio presentan unha porcentaxe do 60%, lixeiramente superior aos anteriores. Estas porcentaxes descendeen de novo ao tratarse de municipios máis pequenos. O que pon de manifesto que as posibilidades de que o municipio conte cunha CPC son maiores nos intermedios cunha poboación entre 25.000 e 50.000h., dentro dun rango que vai de 12097 a 280116<sup>3</sup> h. para os que contan coa dita CPC.

Poboación	≤ 25.000h.	De 25000 a 50000h.	De 50000 a 100000h.	≥ 100.000h.	Totais
Número de municipios enquisados	30	5	4	2	41
Número de municipios con concellaría	6	3	2	1	12
% de municipios enquisados con concellaría	20	60%	50%	50%	

## 2.2 Os Regulamentos de Participación Cidadá (RPC) como elemento normativo da participación

Seguindo a Navarro, cabe pensar que os municipios que pretendan fomentar e facilitar a participación cidadá –especialmente os de maior tamaño– desenvolvan un marco normativo que canalice e simplifique as demandas dos cidadáns, e os RPC ou RPV (regulamentos de participación veciñal) parecen ser unha vía idónea para estes fins, non en van un número importante de municipios contan xa con RPC tal como vemos no cadro 5, case unha terceira parte dos municipios enquisados contan xa con RPC e outros 6, un 14'63%, teñen previsto crealo durante o próximo mandato.

	SI	NON	NS/NC
¿Dispón o municipio de RPC/RPV?	17 (30'35%)	24 (69'64%)	0
Está prevista a súa creación durante o próximo mandato?	6	10	13

<sup>3</sup> As Pontes de García Rodríguez, 12.097 h. e Vigo, 280.116 h.



Estes regulamentos, principalmente, veñen garantir o dereito de consulta á cidadanía; como sería o caso das intervencións nos plenos municipais, as intervencións nas comisións informativas ou a presenza nos consellos sectoriais, entre outros aspectos.

A meirande parte destes RPC foron creados ao longo dos anos 90, mentres que catro deles fórono polo último equipo de goberno. A creación dos RPC obedece a un interese por canalizar a participación, pero tamén parecen responder a unha vontade de desenvolvemento normativo da propia LRBRL.

O xurdimento dos RPC ten distinta orixe: ás veces son o resultado de reivindicacións do mundo asociativo ou sindical, e outras veces unha vía ou mecanismo que pon en marcha o municipio para canalizar a participación e satisfacer demandas de certos colectivos, a un custo razoable ou, incluso, reducido. Somos plenamente conscientes de que a orixe dos RPC pode condicionar tanto o seu contido como a súa aplicación posterior; pero cremos que hai outros dous elementos sumamente importantes para avaliar a calidade e o funcionamento deste marco normativo, como son a vontade política para a súa aplicación, a usabilidade e a adaptación continua ás necesidades da participación ou aos novos mecanismos que continuamente se poñen en marcha. Ante unha realidade que cambia continuamente e que dá lugar ao xurdimento de novas formas de participación, o marco normativo ten que adaptarse para darlle cabida ás novas formas que esta adopta para manifestarse.

No transcurso das entrevistas realizadas, puidemos constatar como moitos destes regulamentos eran papel mollado, ben por ser considerados un marco normativo obsoleto e non ser actualizados, ben por falta de vontade política na súa aplicación. Por isto, cremos que o que realmente resulta explicativo é o feito de que os RPC estean realmente adaptados ás necesidades do municipio así como das entidades e cidadáns aos que van destinados e á súa vontade política de aplicación. Sen vontade política entendemos que a vehiculación da participación cidadá a través deste marco normativo pode resultar complexa e dificultosa indistintamente do proceso de xénese dos regulamentos. Así mesmo, pensamos que uns RPC obsoletos e pouco adaptados ás realidades actuais poden actuar como un mecanismo desincentivador da participación; o que forza a busca doutros espazos de participación máis dinámicos e adaptados ás necesidades dos seus destinatarios.

### 2.3 Os consellos sectoriais

Os consellos sectoriais son descritos por Gomà e Font (Font, 2001: 62) como un instrumento de base asociativa «cuya finalidad es establecer un mecanismo formalizado de interlocución y diálogo con los representantes de grupos o comunidades más o menos reconocibles» e é o

mecanismo máis común «el de un consejo o comisión que cuenta generalmente con algún tipo de representación municipal y con los representantes de colectivos definidos, sea por intereses sectoriales o por criterio territorial». Tendo estes consellos «un carácter de mecanismo estable, con una determinada composición y periodicidad de las reuniones y atribuciones muy cambiantes según los casos». Definidos nestes termos, ao noso entender, os consellos sectoriais participan tanto dalgunhas das propiedades das estruturas organizativas como dos marcos normativos, en tanto que forman parte da estrutura organizativa municipal cunha composición estable e un número mínimo de reunións anuais, e á vez, configuran un marco de actuación estable onde encontra cabida a participación cidadá de base asociativa.

Tal como sinalan estes autores, estes instrumentos de base asociativa actúan cunha lóxica ou temática sectorial ou territorial e poden adoptar distintas denominacións, e son as máis comúns as de consellos, comisións, mesas ou foros. Poden ter funcións moi diversas, e son as máis habituais o seguimento de políticas públicas concretas do sector de referencia.

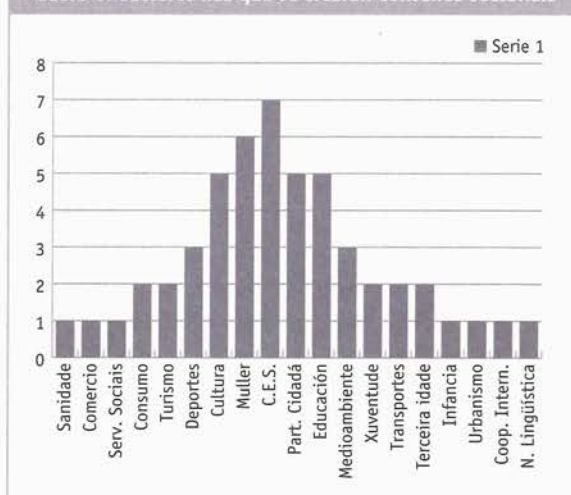
No caso concreto de Galicia, pódese dicir que a lóxica territorial non está aínda implantada, aínda que nalgúns dos grandes municipios da comunidade empézanse a dar pasos nese sentido, como sería o caso de Pontevedra coa creación recente de consellos territoriais ou a existencia de consellos de participación veciñal ou a presenza de consellos parroquiais. Mentres que si o está a lóxica sectorial e en función do tamaño do municipio, pois poderíase dicir que, salvo casos excepcionais, o número de consellos sectoriais en funcionamento está directamente correlacionado co tamaño do municipio. Así, o volume de poboación maniféstase como a variable que mellor nos explica a existencia ou inexistencia dos consellos, así como da súa contía; pero con todo e a pesar de ser a máis relevante, non é a única, xa que hai outros elementos como son a situación xeográfica, a estrutura da poboación ou a importancia do compoñente rural, que tamén se mostran como elementos explicativos en certos municipios.

Dentro dos consellos sectoriais pódense observar distintos aspectos que nos dan unha idea aproximada do seu funcionamento e funcionalidade, como poden ser as áreas ou sectores nos que foron creados, a súa composición, o número de reunións mínimas anuais, os temas que se van tratar e as funcións que teñan encomendadas en referencia a eses temas; e é talvez isto último o que acaba tendo unha especial relevancia, posto que se as súas funcións son informativas, consultivas, de proposta e debate pero non vinculantes como é habitual, na medida en que unha parte destas propostas non se acaben traducindo en actuacións concretas, poden acabar por non cumprir as expectativas dos participantes nos ditos consellos, co que fracasarían como mecanismo de participación, xa que as

entidades representadas no consello acabarán buscando vías máis dinámicas para canalizar os seus intereses e influír na toma de decisións co obxectivo de buscar solucións ás súas demandas. Se un dos principais obxectivos da participación é influír na toma de decisións, para non defraudar as expectativas xeradas parece adecuado asumir certo grao de vinculación cos acordos acadados, cando menos, cos acordos logrados por consenso.

No caso de Galicia, tal como nos mostra o cadro 6, encontrámonos cunha distribución unimodal polo que se refire aos sectores nos que os ditos consellos foron creados, mentres que a súa composición e o número mínimo de reunións previstas ao ano –que podería ser un bo índice do funcionamento e operatividade– presentan unha elevada variabilidade (de unha a seis reunións anuais) que dificulta a súa condensación nalgún estatístico minimamente representativo. Se analizamos o número de consellos por municipio (cadro 7), atopámonos cun elevado grao de asociación entre o número de consellos e o tamaño do municipio tal como dicíamos máis arriba.

Cadro 6: Sectores nos que se crearon consellos sectoriais



Cadro 7: Número de consellos e tamaño do municipio

Poboación	≤ 25.000h.	De 25000 a 50000h.	De 50000 a 100000h.	≥ 100.000h.	Totais
Nº de municipios enquisados	30	5	4	2	41
Nº de municipios con consellos sectoriais	9	3	4	1	17
Nº total de consellos	22	6	14	13	55
Media de consellos por municipio	2'44	2	3'5	7'5 <sup>4</sup>	3.23

<sup>4</sup> Dos dous municipios de máis de 100.000h. enquisados, só un deles conta con consellos sectoriais, mentres que o outro adoptou un sistema organizativo distinto para canalizar a participación de base asociativa.

Observamos que o 58'53% dos municipios non dispoñen de ningún consello sectorial en funcionamento nin declaran intención de crealo no próximo mandato. O tamaño do municipio parece condicionar tanto a existencia dos citados consellos como o seu número, tal como indican as medias aritméticas calculadas en función do tamaño dos municipios. Destes consellos hai un número significativo que poderíamos estimar nun 20%, cunha operatividade mínima ou nula mentres que o resto se revelan como operativos, cunhas funcións que son basicamente informativas e consultivas, sen ben en certos casos poden ser asumidas polo equipo de goberno converténdoas en vinculantes.

## 2.4 Mecanismos de participación cidadá de base individual

### *Participación na elaboración dos orzamentos municipais*

Dos municipios enquisados, seis deles declaran levar a cabo actualmente iniciativas encamiñadas a facilitar a participación dos cidadáns na elaboración dos orzamentos municipais, en todos os casos trátase de municipios de tamaño reducido (menos de 50.000h.). A dita participación é xeralmente de base asociativa, aínda que nalgúns ocasións permíttese a participación individual. Esta participación desenvólvese por dúas vías: remitindo o documento orzamentario ao movemento asociativo en xeral –ou ás AAVV (asociacións de veciños) en exclusiva– e mediante a realización de reunións con estas entidades, nas que se formulan propostas de priorización do gasto en obras e inversións. En dous dos municipios enquisados realízanse reunións previas á elaboración do documento orzamentario para coñecer as necesidades da poboación.

En todo caso, entendemos que estas experiencias non poden encadrarse dentro das experiencias relacionadas cos *orzamentos participativos* desenvoltas en varias cidades españolas e recollidas por Font (Font, 2001), Subirats (Subirats *et al*, 2001) e Blanco e Gomà (Blanco e Gomà, 2002) entre outros, e moito menos cos procesos de orzamentos participativos desenvoltos en diferentes cidades brasileiras. A práctica inexistencia da participación de base individual, a imposibilidade de asignar recursos orzamentarios, aínda que sexa de contía mínima, e a nula institucionalización destes procesos converten a estas iniciativas nunha práctica onde os equipos de goberno municipais gozan dun elevado grao de discrecionalidade. Estas experiencias poden ser o xerme de procesos participativos de base máis ampla e máis institucionalizados, pero que na actualidade parece aventurado encadralos dentro dos procesos de participación relacionados cos orzamentos participativos.

### Audiencias

Non se detectou ningún caso no que se realicen audiencias regulares e periódicas nas que os cidadáns poidan manifestar as súas queixas, propostas e suxestións aos responsables municipais. Desde os municipios consultados enténdese que tanto os cargos políticos como unha parte dos técnicos municipais están sempre a disposición dos cidadáns –coas limitacións propias da axenda– para recibir as propostas e peticións dos cidadáns.

### Teléfonos de información municipal 010

Só os dous municipios de maior tamaño dispoñen dun teléfono de información municipal xeral. Estes teléfonos, dunha forma xenérica, posibilitan a participación dos cidadáns a través de consultas realizadas polos propios municipios ou a iniciativa dos propios cidadáns mediante suxestións, queixas, denuncias e outros trámites diversos. Estes teléfonos non son gratuítos en ningún dos casos e o custo da chamada é xeralmente a prezo de chamada local ou ben lixeiramente superior. Nun municipio dispoñen dun *teléfono verde* gratuíto para todo o relacionado co medio, que é amplamente utilizado e a través do cal os cidadáns lle presentan ao municipio temas diversos, máis alá dos estritamente ambientais.

### Consultas puntuais e mecanismos ad hoc

Á marxe das que veñen establecidas por vía normativa, os municipios galegos enquisados realizaron diversas consultas sobre a situación de equipamentos ou o uso de espazos públicos, tal como mostra o cadro 8 e, nalgún caso, en máis dunha ocasión polo último equipo de goberno.

Cadro 8: Consultas puntuais aos cidadáns			
Consultas puntuais sobre:	Situación de equipamentos	O uso dun espazo público	Outros
Nº de casos	9	7	11*

(\*) Principalmente os temas de consulta foron: infraestruturas, melloras sanitarias e temas culturais e deportivos.

Dos nove municipios que fixeron uso deste tipo de recurso, oito deles son de pequeno tamaño, cunha poboación inferior a 25.000h. e un de tamaño intermedio. O cal parece obedecer tanto aos custos e organización necesaria para poñer en marcha unha iniciativa deste tipo, moito máis fácil de asumir en pequenas poboacións, como á maior planificación dos equipamentos e espazos públicos nas cidades de maior tamaño.

### Páxina web

Dos 41 municipios enquisados 34 (82'92%) dispoñen de páxina web, a maioría delas son de carácter estático e informativo e son menos aquelas nas que se poden realizar diversos trámites e obter información relacionada coa participación cidadá tal como mostran os cadros 9-1 e 9-2.

O feito de dispoñer dun Web propio depende tamén do tamaño do municipio, así vemos que os sete municipios que non dispoñen dela son todos menores de 25.000h. pero ademais, os Webs dos municipios de maior tamaño presentan unha maior funcionalidade e ofrecen maiores servizos e máis canles para a participación.

Cadro 9-1: Contido das páxinas web municipais			
No Web poden realizarse:	Trámites diversos	Suxestións, propostas e queixas	Outros
Nº de casos	11	23	7*

(\*) Basicamente, foros, chats, enquisas e consultas virtuais.

Cadro 9-2: Contido das páxinas web municipais			
No Web municipal pódese atopar información relativa a	Consellos sectoriais	RPC/RPV	Asociacións
Nº de casos	9	10	17

A participación telemática é un mecanismo participativo de base individual que pode posibilitar experiencias participativas de teledemocracia ou democracia directa, pero que lles require uns determinados recursos –tanto materiais como formativos– aos cidadáns que pretendan usar esta vía e ao non dispoñer deles o conxunto da poboación, a teledemocracia convértese nun instrumento de participación moi pouco igualitario.

Nos municipios analizados non se observaron casos de teledemocracia (tampouco de democracia directa a través de referendo) e só dous deles realizáronlles algún tipo de enquisa aos cidadáns a través deste medio. O resto de Webs son basicamente de carácter informativo á vez que actúan como un *telebuzón* ou xestor de correo electrónico de queixas e suxestións. Algunhas delas tamén se poden realizar trámites administrativos.

## 2.5 Outros mecanismos de participación cidadá

### a) *Plans comunitarios*

No conxunto dos municipios enquisados, tres deles –os de maior volume de poboación– contan con plans comunitarios en funcionamento, (dous en Vigo, un na Coruña e un en Santiago) que funcionan cunha importante marxe de autoxestión e coa colaboración municipal no financiamento e cesión de equipamentos, na meirande parte dos casos.

### b) *Outros mecanismos innovadores de participación*

Se por mecanismos de participación innovadores entendemos a Axenda 21 Local, os núcleos de intervención participativa, a mediación, a participación dos cidadáns na avaliación de servizos públicos ou a coxestión e codecisión (Font 2002); podemos dicir que nos municipios da Comunidade autónoma galega non atopamos experiencias deste tipo suficientemente implantadas. Só nos atopamos con pequenas parcelas de coxestión en relación cos plans comunitarios ou algún caso no que as entidades de carácter asociativo xestionan unha parte do orzamento de cultura, xeralmente unha parte do destinado a festexos e celebracións. En relación coa Axenda 21 Local empezáronse a desenvolver algunhas iniciativas nun pequeno grupo de municipios que, polo momento, non son máis ca un intento de aproximación ao tema.

Neste sentido, pódese concluír, pois, que a Administración local en Galicia non é innovadora no que a instrumentos de participación se refire, se ben os grandes municipios están dando algúns pasos nese sentido.

## 2.6 Partidos políticos e participación cidadá

Dado que o tamaño do municipio se manifestou como unha variable pouco explicativa á hora de analizar a posta en práctica de mecanismos de participación cidadá, nesta alínea pretendemos analizar o comportamento dos principais partidos políticos responsables dos gobernos locais en Galicia para ver en qué medida poden estes partidos contribuír a explicar as iniciativas e instrumentos de participación postos en marcha na Comunidade galega ata o día de hoxe. Para isto, utilizaremos tres indicadores: o índice de resposta á enquisa remitida, a qué entidade política pertence o alcalde cando o municipio conta con Concellaría de Participación Cidadá e qué partido se responsabiliza da participación cidadá nos gobernos de coalición.

a) *Índice de resposta á enquisa realizada como indicador de sensibilidade*

Tal como mostra o cadro 10, os índices de resposta á enquisa enviada foron: PP, 51'58%; PSOE, 82'35% e BNG, 83'33%, o que nos mostra unhas diferenzas significativas entre o PP e os outros dous partidos.

**Cadro 10: Índice de resposta ás enquisas realizadas en función da entidade política que goberna nos municipios enquisados**

	PP	PSOE	BNG	Outros	Total
Enviados	27 (48,21%)	17 (30,35%)	6 (10,71%)	6 (10,71%)	56 (100%)
Contestados	14 (51,85)	14 (82,35)	4 (66,66)	5 (83,33)	37 (66'07)

PP = Partido Popular

PSOE = Partido Socialista Obreiro Español

BNG = Bloque Nacionalista Galego

Vemos que o índice de resposta do PP é o máis baixo de todos cunha diferenza porcentual de máis de 30 puntos, respecto do maior índice de resposta que presenta o PSOE, e 15 puntos por debaixo da media do conxunto dos partidos.

Interpretamos estes datos como un primeiro indicador de sensibilidade en relación co tema da participación cidadá, dadas as diferenzas nos índices de resposta para cada partido.

b) *Entidade política á que pertence o alcalde e existencia de Concellaría de Participación*

Se observamos a qué partido ou entidade política pertence o alcalde nos municipios que dispoñen dunha Concellaría de Participación Cidadá (cadros 11-1 e 11-2 e 11-3), vemos que, de novo o PP figura a unha distancia significativa dos outros dous partidos, tanto en valores absolutos como porcentuais.

**Cadro 11-1: Concellaría de Participación e equipo de goberno municipal**

Entidade política á que pertence o alcalde	PP	PSOE	BNG	OUTROS	Totais
Total de municipios gobernados por cada E.P.	14	16	6	5	41
Dispón de Concellaría de Participación Cidadá	1	6	3	2	12
Proporción de municipios con Concellaría de Participación	7'14%	37'5%	50%	40%	29'26%



Se incorporamos aqueles municipios que declaran ter prevista a creación da dita concellaría no próximo mandato, os resultados non presentan variacións significativas:

Entidade política á que pertence o alcalde	PP	PSOE	BNG	OUTROS	Totais
Total de municipios gobernados por cada E.P.	14	16	6	5	41
Dispoñen de concellaría ou teñen previsto creala no próximo mandato	3	7	3	2	15
Proporción de municipios con Concellaría de Participación	21,42%	43'75%	50%	40%	39'58%

O que de novo mostra unhas prácticas claramente diferenciadas entre os diferentes partidos ou entidades políticas, e é de novo o PP o partido que presenta porcentualmente as cifras máis baixas.

	PP	PSOE	BNG	OUTROS	Totais
Total de municipios gobernados por cada E.P.*	14	16	6	5	41
Concellaría de Participación	1	6	3	2	12
RPC o RPV	3	7	6	1	17
CSPC**	0	0	4	1	5

(\*) E. P. = entidade política.

(\*\*) CSPC = consello sectorial de participación cidadá.

Nos cadros 11-3 e 11-4 pódese comprobar que o BNG mostra unha maior vinculación coa participación cidadá tal como demostran as cifras, claramente diferentes ás do resto dos partidos. Do cadro 11-3, tamén cabe destacar que dos cinco municipios que contan cun Consello sectorial de participación cidadá (CSPC), catro deles están gobernados polo BNG.

	PP	PSOE	BNG	OUTROS	Totais
Concellaría + RPC	0	4	3	1	8
Concellaría + CSPC	0	0	2	1	3
CSPC + RPC	0	0	4	1	5
CSPC + RPC + Concellaría	0	0	2	1	3

### *c) Participación e gobernos de coalición*

Por último, temos outro indicador importante como é quén asume a participación nos gobernos de coalición, e aquí atopámonos tamén cun dato relevante, xa que dos cinco municipios enquisados gobernados en coalición e que contan cunha Concellaría de Participación Cidadá, en catro casos a concellaría é asumida polo BNG –aínda cando en tres deles o BNG non é o partido encargado de formar goberno– e no outro caso é asumida por unha agrupación de electores.

En conxunto, tal como demostran os datos ata aquí expostos, parece evidente que o BNG mostra unha maior sensibilidade pola participación cidadá en xeral, lixeiramente maior que a mostrada polo PSOE e amplamente maior á que mostra o PP. Estes datos deben ser matizados polo feito de que BNG e PSOE son os partidos que, en coalición ou en solitario, gobernan nos municipios de maior tamaño, onde parece lóxico que os mecanismos de participación se encontren máis desenvolto e diversificados.

A partir da análise da información recollida no presente estudo pódese dicir que, en contraposición a outros estudos (Font, 2001), certos partidos mostran unha maior sensibilidade e preocupación pola participación dos cidadáns máis alá das consultas electorais. Algúns partidos intentan manter activa esa participación ao crear unidades e espazos de participación e debate mentres outros seguen promovendo e mantendo unha relación co cidadán baseada nos vellos patróns clientelares e personalistas.

## **3. Cultura política e participación cidadá**

A posta en marcha de políticas participativas, como proceso de innovación política, indubidablemente vai entrar en conflito cos hábitos políticos da sociedade galega, debido á pervivencia nela de numerosos trazos tradicionais.

A dependencia cara á autoridade goberamental, o familismo ou o fatalismo –trazos característicos do modelo de comunidade tradicional–, continúan en boa medida exercendo como substrato na identificación política dos galegos. Pese á necesaria superación das explicacións que identifican a Galicia na súa totalidade como unha cultura política pre-democrática, a desestruturación e a invertebración social continúan sendo notas características do substrato político dos galegos; e é neste sentido no que a realidade democrática pode ser cualificada de precaria.

Se ben é certo que nos centros urbanos o comportamento político, e presumiblemente a cultura política, afástanse notablemente do modelo tradicional –un exemplo disto pode ser o resultado da última consulta electoral a nivel municipal–; non sería menos certo que a precariedade e

a dependencia seguen sendo notas diferenciais da sociedade civil galega. O intercambio coa Administración continúa sendo desigual e xerárquico e para unha boa parte da cidadanía as políticas públicas municipais continúan sendo percibidas como favores de tipo persoal.

A permanencia do dispositivo clientelar ten unha incidencia innegable sobre a cultura política. Os gobernantes proceden en numerosas ocasións ao intercambio de favores por votos, ao tempo que xeran unha cultura de clientela e subordinación. As distintas axudas, subvencións e convenios tenden a operar de maneira arbitraria e desigual; por isto, a necesidade dun municipalismo máis innovador e participativo atópase na base da modernización de Galicia. As experiencias participativas carecerían de sentido se non demostrasen unha capacidade de transformación substantiva das condicións de vida da cidadanía (Blanco e Gomà, 2002, p. 38).

O cambio de paradigma de goberno estase producindo en Galicia de maneira progresiva, aínda que coa lentitude derivada das inercias do seu sistema político e as notas diferenciais que se refiren á cultura política, pois os cambios non se reducen a aspectos meramente organizativos ou instrumentais, senón que remiten en último termo a aspectos de carácter cultural. Necesítase de importantes transformacións tanto a nivel cuantitativo como, sobre todo, a nivel cualitativo, relativas á participación efectiva nos procesos decisoriais.

O modelo tradicional de goberno vai abrindo paso a novas vías participativas, que, aínda que de maneira incipiente, coexisten coas lóxicas representativas nun marco de tensións e complementariedades<sup>5</sup>.

Unha vez realizadas as sétimas eleccións locais plenamente democráticas desde o ano 1979, podemos constatar a vixencia dunha serie de características, como a vertebración das organizacións partidarias en relación con redes clientelares ou o peso dos liderados locais, que queda reflectido na continuidade dos apoios a aqueles independentemente da lista da que formen parte; dinámicas estas que se unen a outras notas diferenciais do sistema político galego, como a posición preponderante das deputacións provinciais.

Convén sinalar, non obstante, que a identificación de Galicia coa imaxe dun mundo tradicional que se instalou en boa parte do imaxinario colectivo –imaxe que se sustenta en tópicos extraídos do modo de vida precapitalista, cun sistema social que xiraba en torno á aldea e á parroquia, ao traballo dirixido cara ao autoconsumo no mar e no campo e á estreita relación coa natureza– de ningún xeito se corresponde coa rea-

---

<sup>5</sup> A medida que aumenta a educación e a formación política da poboación e que os suxeitos desexan ter unha maior presenza na toma das decisións que lles afectan, estes incorporan estratexias de acción máis directas sobre o poder político (Sabucedo *et al.*, 1992: 149).

lidade da maior parte da poboación de Galicia. Diversos factores como a idade, o hábitat ou o capital cultural fan que resulte inviable todo intento de aglutinar as posibles acepcións da identidade galega.

A análise dos compoñentes da abstención en Galicia dá conta dos cambios operados nos últimos anos. Así, se ben nos primeiros anos do período democrático os elevados niveis de abstención electoral de Galicia identificábanse coa presenza de trazos premodernos; o groso da abstención na actualidade encóntrase situado nas cohortes máis novas e responde a un perfil urbano (Rivera *et al.*, 2003).

Trátase de mozos que non atopan satisfacción no sistema vixente para as súas necesidades e que, en numerosas ocasións, buscan implicarse en formas de participación política que desafían as elites. Isto viría condicionado, entre outros factores, polo comportamento dos principais protagonistas da vida política galega, partidos e líderes; ou polas propias redes de recrutamento dos grupos políticos.

A poboación xuvenil galega concédelles unha maior relevancia aos valores postmaterialistas ca aos materialistas. Así, encontrámonos con que os sectores tradicionais conviven en Galicia con outros que se poderían identificar coa asunción de valores identificados co postmaterialismo. Resulta manifesto que para uns e outros a apertura de canles participativas resulta funcional para a mellora da súa percepción do sistema actual. No primeiro caso, por canto permite contrarrestar a desconfianza cara ao poder político (desconfianza pasiva, que de ningún modo se traduce en accións concretas que conduzan a melloras). No segundo caso, a participación cidadá opera como alternativa ante a perda de importancia das vías de participación tradicional, que ten o seu reflexo na baixa militancia partidista, as baixas cotas de afiliación sindical e a elevada abstención electoral. Resulta funcional, sobre todo para aqueles sectores máis desconformes, que buscan a apertura de canles alternativas aos partidos políticos que lles possibiliten intervir directamente na toma de decisións políticas. En ambos os dous casos permite, pois, incrementar as capacidades políticas dos cidadáns.

Se alguén se atopa de maneira reiterada en situacións sociais nas que a súa voz ten peso nas decisións, haberá máis posibilidades de que xere un sentido xeral de competencia; é por isto que os procesos decisionais que permiten unha maior implicación cidadá contribúen ao asentamento dunha cultura política democrática. Isto vese reforzado polo feito de que os canais de comunicación de carácter local son os que presentan unha maior capacidade de modificación das actitudes dos cidadáns.

Polo que se refire ao sistema de partidos de Galicia, caracterizado pola hexemonía do PP, considérase que as súas bases se asentaron no ano 1989, ano no que o dito partido acadou a maioría absoluta nos comicios autonómicos. Outra característica destacable para os efectos da nosa análise

é a masiva incorporación de voto ao BNG nas últimas consultas electorais, que se debe en boa medida á progresiva moderación do seu discurso.

A ampliación da base do BNG deriva necesariamente en tensións organizativas e en dificultades no momento de implementar as políticas públicas. Neste sentido, se seguimos a explicación que ofrece Navarro, quen considera que a oferta de oportunidades de participación esta suxeita a prácticas de oportunismo político, poderíamos establecer unha conexión entre as dificultades de implementación das políticas e o feito de que os municipios nos que goberna o BNG recorran con frecuencia a mecanismos de participación cidadá.

### 3.1 O asociacionismo en Galicia

A tardanza de Galicia na experimentación do proceso modernizador, a relativa importancia que continúa mantendo o sector primario ou a latencia do referente rural nas cidades galegas son aspectos que condicionan claramente a cultura política dos galegos e, conseguintemente, as bases de lexitimidade do sistema político.

Nos contextos de tipo tradicional as formas de autoridade aparecen, de maneira xeral, pouco diversificadas e as funcións do liderado local tenden a reflectirse en fórmulas de mediación de tipo caciquil, que intentan concentrar nun ou en poucos axentes o poder susceptible de ser mobilizado desde a comunidade local tradicional (Bouzada, 1995). O factor persoal adquire ademais unha relevancia fundamental na orientación do comportamento electoral.

Se ben no ámbito español o número de estudos existentes sobre asociacionismo é limitado, isto acentúase aínda máis no caso de Galicia. Ademais, mentres que noutros ámbitos da realidade española os analistas están inmersos desde hai anos no estudo da reconversión do movemento asociativo, en Galicia a debilidade do tecido asociativo continúa sendo o principal obxecto de análise.

A sociedade tradicional e o asociacionismo diversificado aparecen como dous polos distantes. Con todo, pese ao feito de que as asociacións tendan a mostrar unha vocación urbana, isto non implica a carencia deste tipo de institucións en distintos municipios do rural galego, senón a plasmación en formas diferentes, como por exemplo as *comunidades de montes*.

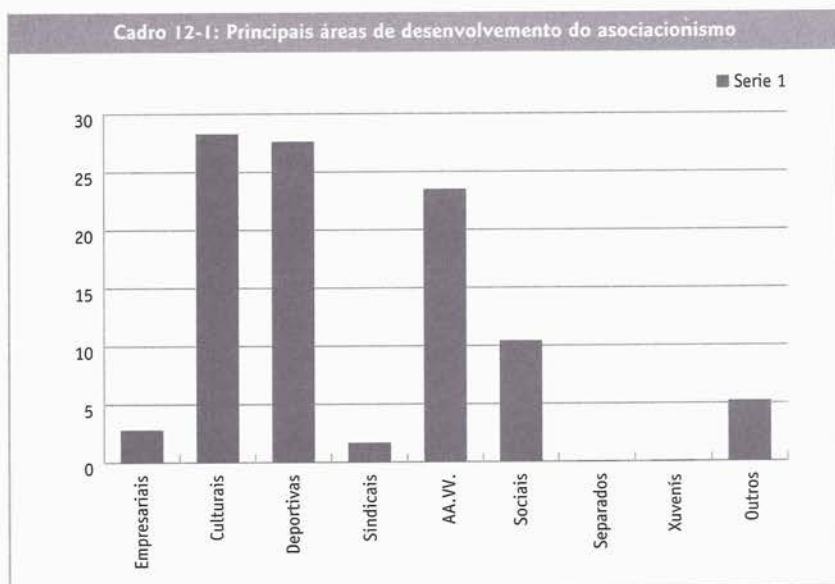
Se analizamos as características e densidade do tecido asociativo en Galicia, podemos apreciar a convivencia entre organizacións premodernas e posmodernas e o progresivo incremento destas últimas.

Entre as asociacións de creación máis recente apréciase, ademais, un cambio de estratexia, que fai que se aproximen máis ao modelo de organización prestadora de servizos, ao tempo que se abandona o modelo da militancia activa. En calquera caso, a porcentaxe de persoas que nunca participaron nunha actividade de tipo asociativo é en Galicia moi elevado.

O movemento asociativo nas cidades ten como fenómeno precursor xeralmente o movemento veciñal<sup>6</sup>. Na actualidade as AA.VV. adaptáronse a un novo modelo organizativo no que, xunto ás reivindicacións tradicionais, se incorporaron, no primeiro plano, os problemas de convivencia e desenvolvemento cultural nas cidades.

O movemento veciñal ten varios puntos débiles que mellorar: lograr máis participación das persoas que acoden ás asociacións; evitar o protagonismo dalgunhas directivas; formar aos seus integrantes, directivos e técnicos de xestión; e reducir a incapacidade de obter recursos propios.

Pese á dificultade de atoparmos datos fiables relativos ao asociacionismo en Galicia, podemos concluír que, para o total da mostra de municipios, no relativo ao número e tipo de asociacións rexistradas –nos cales non se encontran incluídos os de maior tamaño–, a maior porcentaxe de asociacións correspóndese, como figura no cadro 12-1, coas asociacións culturais (28'29%), seguido das deportivas (27'63%) e, a continuación, das asociacións de veciños (23'50). A bastante distancia encóntranse as asociacións sociais (10'43%) e as empresariais (2'81%). Mentres que as asociacións xuvenís ou as de separados e divorciados aparecen nun número moi reducido de casos.



<sup>6</sup> Así, por exemplo, en Vigo cando se pon en funcionamento o Rexistro de asociacións do municipio no ano 87 a maior parte das asociacións que se rexistran son asociacións de veciños (AA.VV.).

O eixe vertical representa a porcentaxe de asociacións por área ou temática sobre o total de asociacións no conxunto dos municipios enquisados.

Na categoría «outros», que conta cunha porcentaxe do 5'21%, pese á heteroxeneidade da súa composición, encontramos diversos tipos de asociacións que aparecen con relativa frecuencia, como as asociacións de axuda a mulleres, as recreativas, as ecoloxistas ou as relixiosas, entre outras.

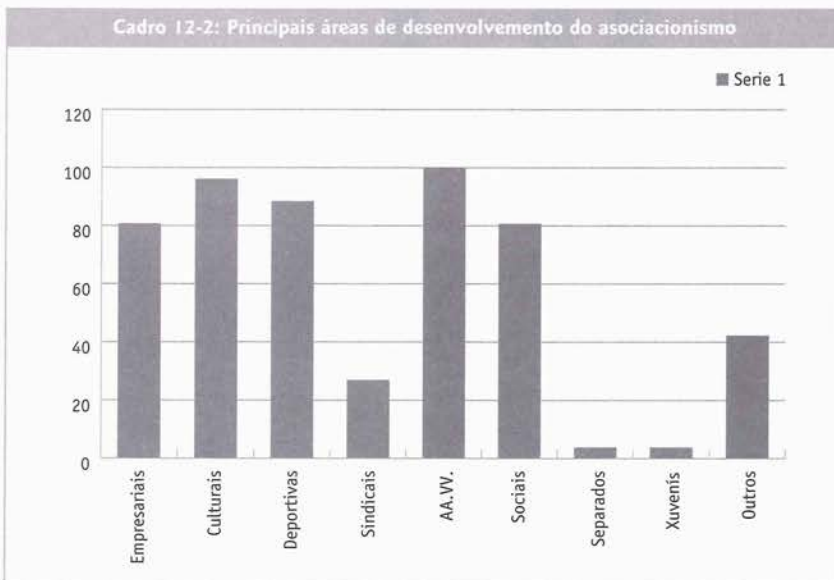
Aínda que tamén no relativo ao nivel de operatividade das asociacións existentes resulta difícil obter datos definitivos, encontramos, baseándonos nas respostas obtidas, que a porcentaxe de asociacións non operativas sobre o total sería do 5,94%.

Unha perspectiva de análise diferente en relación ás áreas de desenvolvemento do asociacionismo consiste en ver qué porcentaxe dos municipios estudados conta cos distintos tipos de asociacións.

Encontramos que o tipo de asociacións presentes nun maior número de municipios son as asociacións de veciños, pois o 100% de municipios conta con asociacións deste tipo. A continuación figuran as asociacións culturais, presentes no 96'15% dos municipios; seguidas das deportivas, cun 88'46% ; e as empresariais e sociais, que aparecen ambas as dúas no 80'76% dos casos.

A categoría *outros* figura a continuación, cun 42'30% de municipios que afirman contar con outro tipo de asociacións que non se inclúen nas categorías ás que nos referimos.

O eixe vertical representa a porcentaxe de municipios que contan coas asociacións que figuran no eixe horizontal.



Para coñecer o estado de saúde do asociacionismo e a súa relación cos municipios, parece útil analizar os mecanismos de colaboración do municipio coas asociacións rexistradas. No caso de Galicia, as principais vías de apoio son, neste sentido, a cesión de equipamentos, a información ou asesoramento e o apoio financeiro.

Para o total de municipios enquisados, encontramos, como mostra o cadro 13, que a porcentaxe de municipios que declaran colaborar co tecido asociativo a través do apoio financeiro (89,28%) é lixeiramente superior á de aqueles que manifestan dar apoio ás asociacións mediante o asesoramento ou a cesión de equipamentos, onde se dá unha coincidencia na porcentaxe de municipios que afirman colaborar a través destes dous mecanismos (82,14% en ambos os dous casos).

Vías de apoio ás asociacións	Información e asesoramento	Apoio financeiro	Cesión de equipamentos	Outros
%	82'14%	89'28	82'14%	28'57%*

(\*) Outros apoios ao asociacionismo: cooperación na organización de actividades.

O 28'57% dos municipios enquisados manifesta colaborar coas asociacións a través doutras vías, o cal adoita concretarse na maior parte dos casos na cooperación na organización de diferentes actividades das asociacións.

Encontramos que a presenza simultánea dos tres mecanismos de colaboración que identificamos como máis frecuentes –asesoramento, apoio financeiro e cesión de equipamentos– aparece en 19 dos municipios enquisados.

Polo que se refire á existencia dalgún tipo de servizo para a organización ou promoción do voluntariado, o 78'57% dos municipios enquisados afirman dispoñer dalgún servizo deste tipo.

Encontramos, así mesmo, 15 casos nos cales a existencia dos tres mecanismos de colaboración máis frecuentes coas asociacións se dá de maneira simultánea á presenza dun servizo ou programa de promoción do voluntariado.

A precariedade económica é unha das características da maior parte das asociacións en Galicia. Isto vai unido de forma inequívoca á falta de unión, ao localismo e tamén, como causa e consecuencia, á falta de experiencia e á dependencia económica das administracións públicas. Algúns dos trazos que, de maneira xenérica, definen o noso tecido asociativo son, pois, a escaseza de medios, a deficiencia na formación xerencial asociativa, a escasa cooperación interasociativa, a politización das fede-



racións e a reducida clarificación e publicitación dos obxectivos e proxectos das distintas asociacións.

É no caso dos municipios máis grandes onde podemos achar o maior número de accións de cooperación por parte do concello coas asociacións. Predominan as vías de colaboración encamiñadas a darlles formación e acceso á información ás asociacións. Podemos referirnos, neste sentido, á existencia de servizos de asesoramento técnico e xurídico, á organización de cursos a medida para as entidades que os demanden, á informatización e á conexión en rede das entidades veciñais ou á creación de guías que conteñen bibliografía relacionada co sector asociativo, entre outras accións. Non obstante, hai que dicir que a maior parte dos municipios galegos son alleos a este tipo de iniciativas.

Na liña do apuntado no parágrafo anterior, e tendo en conta o que sucede noutros contextos, poderíase apuntar que aspectos como: dotar ás asociacións de maior autonomía económica fronte á Administración, fomentar as relacións entre as distintas asociacións a través do intercambio de ideas, servizos ou equipamentos e incrementar por parte da Administración o asesoramento e a información ás entidades, entre outras accións, poden ter efectos positivos importantes de cara a un maior fortalecemento do tecido asociativo.

Na estrutura organizacional das asociacións cívicas estanse producindo unha serie de transformacións derivadas dos cambios experimentados pola sociedade galega. As entidades asociativas de tipo tradicional, como serían as comunidades de montes, perden preponderancia, e no seu lugar, como vimos, cobran progresivo protagonismo outro tipo de asociacións, como as de tipo cultural e social ou outras –aínda que de maneira máis incipiente– como as ecoloxistas.

O feito asociativo caracterízase, en calquera caso, pola extrema complexidade e a súa análise tanto a nivel cuantitativo como cualitativo resulta extremadamente dificultosa. Máis alá das taxas de asociacionismo encóntrase a significación última do fenómeno, derivada do feito de que individuos de procedencias heteroxéneas se adhiran ás asociacións por motivos claramente diferenciados. En calquera caso, o protagonismo que o sector acada é cada vez maior, ao tempo que cada vez se amplían máis os ámbitos da vida social que abarca; o cal dá mostras da evolución da sociedade galega.

## 4. Conclusións

Ao longo do presente traballo quedou patente que a participación cidadá en Galicia non acadou aínda a madurez esperada, os mecanismos de participación non se atopan suficientemente implantados e –cando existen– son basicamente de base asociativa mentres que non se conta con mecanismos de participación de base individual –ou mixta– de relevancia e tampouco nos encontramos con iniciativas innovadoras.


Percibimos un escaso interese en incorporar e utilizar os diferentes mecanismos de participación na xestión pública local, tanto no que se refire ao deseño das políticas como aos procesos de implementación destas políticas. Incluso nos procesos de planificación estratéxica (Cernadas, 2000) a participación cidadá non parece desempeñar un papel relevante.

O tamaño do municipio, o partido político encargado do goberno municipal e o maior grao de poboación urbana fronte á rural, preséntanse como as principais variables explicativas do desenvolvemento da participación, sen esquecer o baixo índice de asociacionismo e certos casos nos que nos podemos encontrar con outras variables específicas. Non obstante, o feito que de moitas das iniciativas se desenvolveran durante o último mandato dos actuais equipos de goberno permítenos ser optimistas de cara ao futuro da participación na Administración local galega.

Tal como ocorre noutros lugares, os gobernos locais en Galicia parece que optaron claramente por favorecer os mecanismos de participación de base asociativa fronte aos mecanismos de base individual. Aos gobernos resúltalles sempre máis fácil interactuar con grupos organizados con capacidade para incidir e mobilizar, que facelo con cidadáns individuais que só se representan a si. Vemos que mentres os consellos, mesas ou foros sectoriais se encontran implantados en moitos municipios, non ocorre así cos mecanismos de participación de base individual. Dos sete grandes municipios, seis deles contan con consellos ou mesas sectoriais e tres contan con plans comunitarios coxestionados por entidades e outros recorren ás asociacións para a xestión de determinadas actividades ou centros cívicos.

Pero a participación de base asociativa parece non atoparse no seu mellor momento. É perfectamente coñecida a tendencia dos gobernos a favorecer a participación das asociacións ideoloxicamente máis próximas sen ter en conta a súa representatividade. Ademais, o propio sistema asociativo non está exento de problemas, desde o baixo número de afiliación á falta de democracia interna. En tales circunstancias parecería lóxico que se recorren e se potencian os mecanismos de participación de base individual e, neste sentido, os datos de que dispoñemos demostran que na municipalidade galega non se está avanzando nese sentido. Non se atoparon experiencias dignas de mención nas que os gobernos muni-

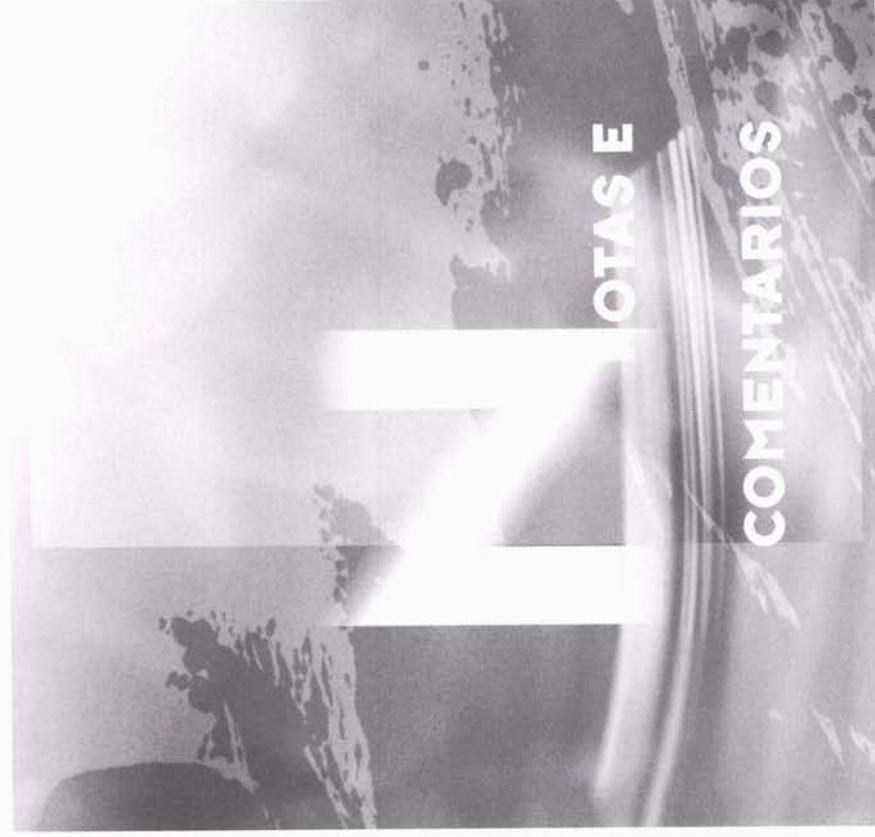
cipais puxeran en marcha este tipo de iniciativas excepto a creación de páxinas web. A participación individual nos municipios inferiores a 50.000h. realízase «en el despacho del Alcalde, o del Concejel» tal como relataba un entrevistado, e os de maior poboación non puxeron en marcha os mecanismos que a posibiliten e vehiculen.

Pese á relevancia de factores, como son a historia dos movementos sociais ou as características dos diferentes municipios, o personalismo que alcanza o goberno municipal en Galicia determinará que o talante das persoas que gobernan sexa tamén un factor decisivo á hora de poñer en marcha políticas de participación. Vimos como os principais partidos políticos presentes na comunidade mostran sensibilidades moi diferentes fronte á participación, que van desde os que fomentan o asociacionismo e crean estruturas de participación aos que carecen dese marco participativo e entenden a participación dunha forma máis relacional ou incluso persoal e clientelar. 

## Bibliografía

- ÁLVAREZ, X. (2003): *A rebelión municipal*. Vigo: Xerais.
- CERNADAS, A. (coord.) (2000): *Las Administraciones Públicas y sus nuevas técnicas de gestión. Especial referencia al ámbito local*. A Coruña: ENEGA.
- BLANCO, I. e GOMÀ, R. (coords.) (2002): *Gobiernos Locales y Redes Participativas*. Barcelona: Ariel.
- BOUZADA, X. (1995): «Galicia no país das asociacións», en *Cooperativismo e Economía Social*, nº 12, páx. 133-145.
- Concellaría de Participación Cidadá, Concello de Vigo (2001): *As Asociacións Cívicas e Comunitarias como potenciais xacementos de emprego na súa función de prestación de servizos á comunidade*.
- ELSTER, J. (2000): *La democracia deliberativa*. Barcelona: GEDISA
- FONT, J. (2001): *Ciudadanos y decisiones públicas*. Barcelona: Ariel
- GUTMANN, A. e THOMPSON, D. (1996): *Democracy and disagreement*. London
- GOMA, R. e SUBIRATS, J. (1998): *Políticas públicas en España*. Barcelona: Ariel.
- NAVARRO, C. (2002): *Democracia asociativa y oportunismo político*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PATEMAN, C. (1970): *Participation and democratic theory*. Cambridge University.
- POSE, H. (1995): «Breve aproximación á problemática do asociacionismo non lucrativo», en *Cooperativismo e Economía Social*, nº 12, páx. 125-132.
- RIVERA, X. M. (coord.) (2003): *Os partidos políticos en Galicia*. Vigo: Xerais.
- SABUCEDO, X. M. et al. (1992): *Xuventude e política en Galicia*. Santiago: USC.
- SUBIRATS, J. et al. (2001): *Experències de participació ciutadana en els municipis catalans*. Barcelona. Generalitat de Catalunya.





NOTAS E

COMENTARIOS



# RESPONSABILIDADE E MORALIDADE NA XESTIÓN PÚBLICA

E. Kostka Fernández

Doutor en ciencia política e socioloxía  
pola Universidade Complutense de Madrid

Neste artigo analizamos dous valores frecuentemente mencionados entre a bibliografía norteamericana sobre a lexitimidade das organizacións públicas, aínda que escasamente mencionados pola doutrina continental: a responsabilidade e a moralidade. En primeiro termo referímonos á noción de responsabilidade e, a continuación, abordamos as diferenzas subliñadas pola literatura estadounidense entre a responsabilidade dos xestores públicos de carreira e a dos cargos públicos de designación política. En segundo lugar, referímonos ás vinculacións existentes entre moralidade e Administración pública. Especialmente detémonos na moralidade que se deriva das normas, en cómo a moralidade vincula os suxeitos da organización e nos argumentos que os autores estadounidenses sinalan para que as organizacións poidan chegar a converterse en axentes morais.

## 1. A responsabilidade na Administración Pública

En termos xerais, a noción de responsabilidade leva implícita a idea de que todo suxeito debe coñecer e aceptar as consecuencias que se derivan dun acto. Noutras palabras, a relación de causalidade que une o su-



xeito e o acto, e os efectos que del se derivan. Pero percibimos que tanto na práctica administrativa coma nas achegas teóricas sobre a Administración pública e o sector público, a determinación das responsabilidades que se derivan de actuacións públicas ou semipúblicas, non parecen ser facilmente atribuíbles.

Tradicionalmente a bibliografía continental sobre a responsabilidade das administracións públicas deulle maior relevo ao estudo da responsabilidade derivada dos actos administrativos ca a doutrina norteamericana. Normalmente estes traballos baseándose en fundamentos xurídicos, parten da diferenciación entre responsabilidade contractual e extracontractual ou entre responsabilidade civil e penal. En ambas correntes doutrinarias son escasos os estudos sobre a responsabilidade que asumen, ou deberan asumir, os xestores públicos de carreira e de designación política, polas decisións e accións que emprenden, en función das expectativas creadas e dos obxectivos conseguidos. Polo contrario, abundan as achegas teóricas sobre os mecanismos internos e externos de control das administracións públicas<sup>1</sup>. A finalidade destes mecanismos é asegurar o cumprimento dos obxectivos que se perseguen, así como das normas xerais de conduta e actuación.

Nas democracias occidentais a actividade controladora baséase no principio de submisión dos órganos administrativos á normativa xurídica, ben sexan normas constitucionais, lexislación parlamentaria ou decisións xudiciais. Tales mecanismos fundaméntanse no control da legalidade. Pero disto non podemos derivar que non existan outras actividades de control, xa que unha actuación respectuosa coa legalidade pode ser ao mesmo tempo incorrecta, ineficaz ou inoportuna, no dito caso a responsabilidade non se deriva da legalidade, senón do xuízo persoal de instancias xerárquicas superiores. De feito, na práctica, o control das actuacións administrativas atópase estreitamente vinculado ao principio da xerarquía. Deste derívase como orzamento básico o deber de obediencia e respecto ao órgano superior inmediato. En consecuencia, parece obvio, que sexa o superior xerárquico directo o que realice a actividade controladora e delimite as responsabilidades.

Así pois, existe pluralidade de controis sobre as actividades das administracións públicas, pero o normal é que o control dos cargos públicos de designación política, se realice en función dunha responsabilidade persoal ou política, pola xestión dos órganos administrativos que del dependen. Como a miúdo se sinala, «o control é particularmente intenso sobre

---

<sup>1</sup> Entre os mecanismos de control interno, adoitan diferenciarse os de carácter xeral: a inspección ou os derivados da xerarquía, e aqueles referidos a materias financeiras e contables. Os mecanismos de control externo, por excelencia, son o parlamentario e as institucións especializadas dentro da propia Administración.

os actos das autoridades nomeadas con criterios políticos»<sup>2</sup>, ao menos se se compara co exercido sobre os administradores públicos de carreira, ao non se encontrar sometidos a unha responsabilidade de tipo persoal.

### 1.1. Suxeito e natureza da responsabilidade

Calquera aproximación á responsabilidade das administracións públicas e do sector público require, en primeiro lugar, delimitar o suxeito ou obxecto de responsabilidade. Así, a responsabilidade pode facerse recaer sobre o administrador ou xestor público como suxeito, ou ben, sobre a Administración pública como organización e, polo tanto, como obxecto ou entidade xurídico-política. Neste ensaio centrámonos na responsabilidade do suxeito, isto é, na responsabilidade derivada das decisións e das accións dos xestores públicos. Como delimitamos ao inicio, distinguiremos entre a responsabilidade dos burócratas profesionais e a dos xestores públicos de designación política. Partimos da premisa de que se a orixe da lexitimidade que ambos os dous grupos de administradores sustentan é diferente, tamén pode selo, como así parece, o tipo de responsabilidade á que están suxeitos.

É preciso sinalar unha segunda delimitación á hora de referirse á responsabilidade das administracións, derivada da natureza da responsabilidade, xa que precisamos discernir entre responsabilidade de natureza xurídica, moral e política. A primeira, como parece obvio, non será obxecto de análise neste traballo<sup>3</sup>. Esta só pode ser analizada en función da normativa xurídica de cada nación e tal aproximación requiriría un estudo por si só. Referirémonos, pois, á responsabilidade moral e política.

A concepción moral da responsabilidade pode ofrecer un plan subxectivo e remitirnos á conciencia, así o fai Dostoievski ao afirmar que «todos somos culpables de todo», ou pode mostrar un plan obxectivo como é o caso de John Stuart Mill, ao sinalar, confundindo moral e política, que a responsabilidade moral pode ser obxectivada, xa que «un goberno pode ser xulgado pola súa acción sobre os homes, pola súa acción sobre as cousas [...], e pola bondade ou maldade da obra que realiza para eles e con eles»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> BAENA DEL ALCAZAR, Mariano: «Curso de Ciencia de la Administración» Tecnos, Madrid, 1985, páx. 343.

<sup>3</sup> A bibliografía norteamericana, ao igual que a continental, sobre responsabilidade xurídica dos funcionarios polos danos causados no exercicio das súas funcións, establece unha clara distinción entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Tales estudos parecen concordar en que un réxime de responsabilidade xurídica demasiado forte pode desalentar aos funcionarios ou incitalos á inacción.

<sup>4</sup> STUART MILL, John: *Considerations on Representative Government*, Liberal Arts, New York, (1ª edición 1861), 1958, páx. 28.

En canto á natureza política da responsabilidade, esta difire da moral en que permite ser xulgada a partir de resultados de actuación e non da intención implícita no acto. A formulación clásica de responsabilidade política débemosllas a Benjamin Constant, quen en 1815, no seu ensaio sobre a responsabilidade dos ministros, estableceu tres criterios a partir dos cales a responsabilidade política podía ser reclamada: fronte ao abuso de poder, fronte á censura dos ministros do monarca e fronte a aqueles funcionarios que obedecen ordes ilegais. En tales casos, sostén Constant, a responsabilidade política asóciase ao abandono do cargo. Nun sentido máis amplo e máis contemporáneo, a responsabilidade de natureza política supón responsabilidade fronte ao interese público e, teoricamente, ése responsable ante quen se recibiu o mandato, xa sexa fronte a un superior, se se trata dun administrador público de designación política ou fronte ao pobo soberano no caso das autoridades políticas.

Presumiblemente, só cabe falar de responsabilidade política se existe unha norma socialmente compartida e recoñecida, para avaliar a bondade das accións que lle afectan á comunidade sobre a que se dirixen: o principio da soberanía popular. Desta forma a responsabilidade política non só se xulga en función do interese público, senón que ademais é o propio público, en última instancia a través dunhas eleccións democráticas, o que avalía a responsabilidade.

### 1.2. A responsabilidade dos burócratas

A responsabilidade que aquí denominamos dos burócratas, tamén chamada responsabilidade administrativa, fai referencia á que se deriva de actos ou omisións imputables os funcionarios públicos de carreira, sen que se produza a intervención dos tribunais ordinarios. Tal responsabilidade ponse en práctica por medio de correccións disciplinarias, coma a suspensión de emprego e soldo, a privación do cargo, o traslado ou a perda de determinados dereitos adquiridos. A responsabilidade dos burócratas profesionais pode ser determinada a partir das funcións que acometen e, en xeral, considéraselles responsables só dunhas funcións claramente delimitadas. De feito, canto máis se baixa na xerarquía burocrática, máis fácil é coñecer os límites da responsabilidade e, pola contra, canto máis alto é o nivel no que queremos delimitar responsabilidades, máis difícil é a distinción entre execución lexislativa e exercicio da discrecionalidade.

Entre a bibliografía norteamericana parece existir consenso á hora de delimitar a responsabilidade dos administradores públicos de carreira como responsabilidade técnica<sup>5</sup>. Estes son responsables de cumprir as dis-

---

<sup>5</sup> Aínda que baixo diferentes denominacións, a idea de responsabilidade técnica atópase en autores como BURKE, *Bureaucratic Responsibility*, Johns Hopkins University

posicións constitucionais e lexislativas, de adoptar decisións de pouca importancia e de executar ordes emanadas de superiores. En tales casos o control que se exerce é interno e realízase a través da propia xerarquía burocrática e dos tribunais administrativos<sup>6</sup>. Carl Friedrich, iniciando en 1937 un camiño cheo de clasificacións entre a doutrina, describe cinco medios de control interno para delimitar as responsabilidades dos funcionarios públicos: medidas disciplinarias, medidas de promoción, medidas financeiras, medidas xudiciais e medidas do espírito do corpo, de claras connotacións relixiosas<sup>7</sup>. Herman Finer considera a responsabilidade administrativa un criterio obxectivo, ao apuntar que esta se atopa articulada nas constitucións, e que se enmarca no mandato dos representantes democraticamente elixidos, en sistemas de control xerárquicos. Emmette S. Redford referíndose á mesma idea pon de manifesto que as políticas son datos obxectivos e, polo tanto, a responsabilidade administrativa pódese avaliar obxectivamente. Nas súas propias palabras: «os servidores do público non están para decidir o seu propio curso; son responsables ante os representantes elixidos polo propio público»<sup>9</sup>.

Existe, pois, certo acordo en cualificar a responsabilidade dos burócratas como responsabilidade técnica, pero o consenso entre a doutrina americana non é tan claro á hora de determinar a causa da falta de responsabilidade entre os administradores públicos de carreira. Michael Har-

---

Press, Baltimore, 1986; John P.: GLENDON A. SCHUBERT, *The Public Interest: A Critique of the Theory of a Political Thought*, Free Press, Glencoe Ill., 1961; WALTER LIPPMANN, *Essays in the Public Philosophy*, Little, Boston, 1955.

<sup>6</sup> Ao igual que entre a doutrina continental, nas aproximacións bibliográficas norteamericanas, a responsabilidade da Administración pública vincúlase á idea de control e este, á súa vez, á noción de xerarquía. Este esquema vén describir o principio de que os superiores son responsables da corrección de funcionamento dos órganos inferiores. De forma especial, a bibliografía norteamericana centra os seus argumentos na capacidade de control, entendida como o ámbito da organización que pode ser controlado de maneira eficaz por un individuo. Existe tamén unha preocupación respecto a se os controis que se exercen sobre os funcionarios son os correctos ou non. De feito, é frecuente encontrar un capítulo dedicado aos posibles abusos dos funcionarios (falta de honestidade e ética, transgresión da lei, violación dos procedementos, etc.), seguido doutro capítulo no que se examinan os controis externos e internos. Tal é o caso, por exemplo, de Felix A. NIGRO e Lloyd G. NIGRO, *Administración Pública Moderna*, INAP, Madrid, 1981, caps. 21 e 22, páxs. 523570.

<sup>7</sup> FRIEDRICH, Carl J.: *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Ed. Ginn, Boston, 1950, cáp. 19. Esta obra foi publicada por primeira vez en 1937 baixo o título de *Constitutional Government and Politics: Nature and development* e nela Friedrich realiza unha completa análise da responsabilidade política.

<sup>8</sup> FINER, Herman: «Administrative Responsibility in democratic government», en *Public Administration Review*, N° 1, páxs. 335350, 1941.

<sup>9</sup> REDFORD, Emmette S.: *Democracy in the Administrative State*, Oxford University Press, London, 1969, páx. 336.

mon apunta unha concepción de responsabilidade con claras connotacións de carácter xurídico: a responsabilidade «é unha noción legal que describe os premios e os castigos, asociados con obedecer ou desobedecer normas legais ou autorizadas»<sup>10</sup>. En realidade o que Harmon constrúe é un esquema xerárquico para o comportamento ético, que tomado como prescriptivo, subestima a importancia da aprendizaxe intersubxectiva. Ao igual que Max Weber, Harmon construíu un tipo ideal de acción, aínda que neste caso trátase dunha acción ética. Michael Harmon non explica a responsabilidade como a resposta que se lle debe dar a alguén como consecuencia dun acto, nin como o compromiso que un sente pola comunidade, o que o leva a xulgar as accións como coincidentes coas crenzas propias. Para Harmon, a responsabilidade pode determinarse por medio de principios xurídicos, pois os comportamentos e as accións emprendidas son avaliadas a partir de normas legais ou autorizadas<sup>11</sup>.

John Schaar describe aos administradores públicos de carreira como suxeitos desapaixonados e separados da fonte do coñecemento. Estes só teñen información relacionada coas funcións específicas da súa tarefa e esta concepción do coñecemento, convértese na visión da realidade que Schaar describe como banal e irresponsable. É irresponsable porque un coñecemento das partes implica falta do coñecemento do conxunto das razóns e consecuencias dos resultados da organización, polo tanto, os administradores públicos, conclúe Schaar, non son e non poden ser responsables<sup>12</sup>. Thomas Donaldson<sup>13</sup> fai recaer a causa da irresponsabilidade dos burócratas en factores organizativos, concretamente en problemas sistémicos na estrutura de adopción de decisións das organizacións públicas. A irresponsabilidade vén dada porque os procesos de adopción de decisións dependen de normas e non de persoas; segundo Donaldson a responsabilidade individual foi afastada das accións emprendidas. As recomendacións de Donaldson son claras: restaurar a responsabilidade individual, reinstituíndo a autoridade directa das relacións nas organizacións públicas e converter o proceso de adopción de decisións nun proceso persoal, humano e moralmente consciente<sup>14</sup>.

Boa parte da doutrina norteamericana, pública e privada, coincide en sinalar que a falta de responsabilidade das accións emprendidas polos

---

<sup>10</sup> HARMON, Michael M.: *Action Theory for Public Administration* Logman, New York, 1981, páx. 119.

<sup>11</sup> Idem, páx. 119.

<sup>12</sup> SCHAAR, John: *Legitimacy in the Modern State*, Transaction Books, New Brunswick NJ, 1980, páxs. 36-37.

<sup>13</sup> DONALDSON, Thomas, *Corporations and Morality*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs NJ, 1982.

<sup>14</sup> Idem.

funcionarios encontra a súa orixe no marco cognoscitivo técnico-racional no que se encontran atrapados<sup>15</sup>. Pero isto non impide que naquelas «zonas» das organizacións públicas en que perviven modelos de comportamento administrativo weberiano, se manifeste unha responsabilidade baseada en criterios morais ou que se actúe de forma responsable no seo da comunidade; mais os administradores públicos que actúan de tal maneira, sostén a doutrina, fano estendendo as súas actuacións máis alá do que lles é requirido legalmente, de feito, o cumprimento destes orzamentos pode requirir certa vulneración de principios legais, ao establecer normas cognoscitivas individuais. Entendemos que o resultado desta actuación fóra do marco legal-racional xera dúas estruturas separadas, aínda que funcionando simultaneamente: unha, que se axusta ás expectativas legal-rationais e outra, paralela que cumpre os plans estratéxicos e os modelos de actuación establecidos pola autoridade. A reconciliación de ambas as dúas require, non só capacidade de xestión, senón tamén risco. Coñecida é a falta de incentivos nas organizacións públicas, ¿por que se van preocupar os administradores públicos pola existencia de dúas estruturas separadas de operación, cando isto no se atopa estipulado en ningún mandato? As consecuencias de tal situación son claras: a ambigüidade sobre a autoridade e a responsabilidade individual inhibe aos administradores públicos a adoptar decisións que impliquen risco ou a asumir un comportamento innovador na organización.

A predicción é, sen dúbida, unha das características intencionadas da autoridade legal-racional, as autoridades establecen normas e procedementos dentro dun modelo de comunicación que acentúa a impersonalidade e o empiricismo. Os administradores son elixidos sobre a base de criterios obxectivos de mérito e as súas posicións teñen competencias determinadas<sup>16</sup>. A responsabilidade da autoridade é compartida por un reducido grupo de participantes nos procesos de decisións, ou está «limitada a subministrar as máquinas con entrada de datos e materiais»<sup>17</sup>. Pero na práctica, as desviacións que se producen son controladas mediante a limitación da liberdade dos administradores, o que xira dentro dos límites do rutineiro. Os sentimentos e a visión predicible non entran en xogo na organización, os empregados creativos non teñen acceso aos centros de decisión, xeralmente formados por un grupo limitado de autoridades ás que é difícil acceder. O sistema prescribe a predicción e é

<sup>15</sup> Existe certa tendencia entre a doutrina, especialmente no sector privado, en identificar o modelo weberiano como imperante na organización pública. Os estudos da Administración pública entenden que a utilidade deste modelo é limitada.

<sup>16</sup> FREDRICH, Carl J.: 1963, op. cit., páx. 235.

<sup>17</sup> John SCHAAR, 1980, op. cit., páx. 34.

«glacialmente resistente a innovacións [...] impón as súas propias demandas e, sistematicamente, esconde información de todo tipo excepto de un: a relacionada coa supervivencia da organización»<sup>18</sup>.

Como acertadamente apunta Charles E. Lindblom, a racionalidade destes controis e a responsabilidade dos individuos usando a información é unha ilusión<sup>19</sup>, os individuos e os grupos ao ver limitada a súa capacidade de acceso a información, toman todas as decisións, ou indecisións, con información incompleta. Así pois, a doutrina norteamericana sinala dúas dificultades básicas coas que ten que facer fronte aos burócratas profesionais para actuar de forma responsable. Por un lado, as derivadas da ambigüidade entre a responsabilidade e a autoridade no exercicio das súas actividades e, polo outro, o marco cognoscitivo técnico-racional que preside unha parte das súas actividades. Pero a pesar destas dificultades, conclúe a doutrina, a determinación da responsabilidade dos burócratas dérívase facilmente das funcións que acometen, no seu caso claramente delimitadas, ao tratarse dunha responsabilidade técnica.

### 1.3. A responsabilidade dos xestores políticos

A bibliografía norteamericana aborda a responsabilidade dos que ocupan cargos de xestión pública de designación política, conxuntamente coa responsabilidade das autoridades electas, sen diferenciar entre políticos en sentido estricto, e cargos públicos de designación política. A responsabilidade, sostense, atópase expresamente establecida nas normas superiores<sup>20</sup>. A doutrina parece concordar en que a responsabilidade dos xestores públicos de designación política deriva das decisións e das accións en función das expectativas e dos obxectivos conseguidos. Fronte á responsabilidade técnica dos funcionarios, é unha responsabilidade de carácter persoal ou político.

Os argumentos expostos parecen confirmar que os cargos públicos de designación política están sometidos a unha responsabilidade que na práctica, á marxe da xurídica que puidera existir, non vai máis alá da po-

---

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> LINDBLOM, Charles E.: *The Policy Making-Process*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs NJ, (segunda edición), 1980; SIMON, Herbert A.: *Administrative Behavior: A study in Decision-Making Process in Administrative Organization*, The Free Press (terceira edición), New York, 1976; ARROW, Kenneth J.: *The Limits of Organization*, W.W. Norton and Company, New York, 1974.

<sup>20</sup> No caso norteamericano compételle ao Congreso a determinación de responsabilidades cando se trata de altos funcionarios de designación política. No sistema continental, pola contra, son os tribunais, xa sexan administrativos xa non os órganos competentes para delimitar as posibles responsabilidades personais, á marxe das políticas que poidan adoptar as cámaras.

lítica. Neste sentido, a responsabilidade das accións que acometen responde a criterios políticos e estes non teñen porque ser concordantes coa eficacia que se presupón deben acadar as organizacións. A súa responsabilidade consiste en render contas dos recursos que foron asignados aos programas. Trátase dunha responsabilidade derivada do exercicio de autoridade, que pretende asegurar o uso correcto dos recursos e da propia autoridade. Así pois, a función que cumpre a responsabilidade é a de «manter a actividade da organización dentro dos estándares previstos»<sup>21</sup>. Tal aproximación descobre dous problemas clásicos da Administración pública: o uso eficaz dos recursos e o abuso de poder.

Unha gran parte das discusións recentes sobre a responsabilidade dos cargos de designación política parten do dilema descrito. Algunhas propostas acúsanse de facer incompatibles as nocións de responsabilidade e eficacia<sup>22</sup>. Os atacados deféndense suxerindo que tal incompatibilidade se dilúe, se se entende a responsabilidade como constituída por dúas esferas: unha, preventiva-negativa e, outra, positiva-motivadora. Pero no que si parece existir acordo entre a doutrina é en que a responsabilidade e a eficacia poidan convivir como partes inherentes á xestión pública. A bibliografía parece concordar tamén en sinalar a debilidade dos mecanismos constitucionais de rendición de contas, o cal, entendemos, puido derivar en que este escepticismo sobre os instrumentos xurídico-políticos existentes se trasladara á lexitimidade destes. En xeral, os argumentos que se achegan achacan aos instrumentos xurídico-políticos de responsabilidade pola xestión, ao non atoparse fundamentados nas accións e decisións tomadas e nas consecuencias que se derivan destas, senón que os procesos de responsabilidade se limitan a garantir a legalidade das actuacións e o bo uso dos recursos financeiros.

As propostas de novos modelos de responsabilidade pola xestión deben facer fronte a unha dificultade que a miúdo as converte en simples operacións de maquillaxe política: a necesidade de que se adapten á normativa constitucional. Isto implica que as institucións de responsabilidade que se propoñen seguen sendo as mesmas, só se lles somete a cambios estruturais e funcionais, sen que teñan impacto sobre os comportamentos e sobre a súa responsabilidade. Pero estas dificultades acrécentanse polas peculiaridades intrínsecas das organizacións públicas: o seu tamaño, a súa diversidade e a súa complexidade. Para o cumprimento das súas funcións, este tipo de organizacións requiren frecuentemente a

<sup>21</sup> METCALFE, LES e RICHARDS, Sue: *La modernización de la gestión Pública*, INAP, Madrid, 1989, páx. 76.

<sup>22</sup> Esta será unha das críticas que se verterán contra o «management público» ao dar a entender que este e a responsabilidade na xestión pública son incompatibles.



interdependencia de distintos órganos administrativos, do mesmo e de distinto sector. É precisamente esta interdependencia e a complexidade estrutural, a que obstaculiza a delimitación das responsabilidades e a formulación de modelos de responsabilidade.

Ao inicio deste estudo definiamos a responsabilidade como a obrigada resposta que alguén lle ten que dar a un superior xerárquico e, no seu caso, á comunidade polos actos que realiza. Neste sentido, responsabilidade significa que aqueles que exercen o poder teñen que dar as razóns de por qué foron tomadas as decisións e de por qué se acometeron as accións. Entendemos que facer aos integrantes do proceso de adopción de decisións responsables é a xusta devolución da confianza que nós mostramos neles, ao outorgarlles a capacidade de autoridade. Pero, ao mesmo tempo, suxerimos un modelo de relacións de autoridade en que as accións sexan percibidas como eleccións, ao entender que este tipo de acción é máis defendible e que permite identificar a responsabilidade dos suxeitos. O recoñecemento do comportamento intencionado xera autorregulación porque require que un xustifique as decisións, ao menos para defender as eleccións fronte a outros. En definitiva, proxecta un desexo de asumir a responsabilidade polas decisións e polas accións.

Se os seres humanos tomamos decisións e facemos xuízos de valor das eleccións, se necesitamos xustificar as nosas vidas de acordo con algún criterio do ben, se a responsabilidade de un se estende á responsabilidade da comunidade parece lóxico esperar que os administradores públicos e os xestores públicos sexan responsables, non só para cumprir ou deixar de cumprir as normas, senón tamén do impacto das decisións que toman. Os dirixentes públicos necesitan certos dereitos para sentírense responsables da actuación da unidade que teñen ao seu cargo. Na actualidade, as políticas de persoal son tan prescritivas que operan como freo para a innovación e a toma de riscos por parte dos dirixentes públicos. A falta de capacidade para elixir ou rexeitar o persoal permítelles aos dirixentes administrativos evadir a responsabilidade pola actuación dos empregados. Os administradores públicos, ao igual que os executivos privados, necesitan autoridade para executar as súas tarefas; sen a autoridade, sería inxusto facelos responsables das súas decisións e, isto, representa un gran desafío para a práctica da Administración pública. As políticas internas átanlles as mans aos administradores públicos, ás teorías da Administración pública pídenselles milagres e espérase delas innovación, adherencia a modelos éticos e resposta ás demandas do público. Estas expectativas dos administradores públicos son ilusorias, por canto estes teñen pouco control sobre a actuación dos seus subordinados. Persoalmente, non desexariamos asumir a responsabilidade pública. Por exemplo, un instituto público de fomento de organizacións de axuda voluntaria; se non se nos permitira contratar, transferir ou despedir a quen sentiramos que non é

competente para as tarefas que se van desenvolver; se non se nos permitira formar e desenvolver aos empregados en formas que os beneficiarían a eles e á organización e, se non se nos permitira asignar tarefas e establecer parámetros de actuación cando o consideremos necesario. Se, e só se, estes dereitos nos foran estendidos, sentiríamnos responsables pola actuación e pola produtividade do ente público ao que prestamos os nosos servizos.

Entendemos que, en xeral, os sistemas de responsabilidade se atopan desacreditados e coincidimos con Les Metcalfe e Sue Richards en sinalar que «a man morta da responsabilidade ministerial é o exemplo máis importante de deterioro e obsolescencia»<sup>23</sup>. Interpretamos as deficiencias nos sistemas de responsabilidade derivadas do feito de que están encamiñados unilateralmente a asegurar o exercicio responsable e eficaz da autoridade pública e non das consecuencias, positivas e negativas, que se desprenden do exercicio desa autoridade. A responsabilidade pola xestión na práctica política e administrativa foi desvirtuada de tal forma que xa non proporciona parámetros a partir dos cales operar. O seu impacto real, tanto no ámbito administrativo coma político, parece quedar reducido a unha mera rendición de contas. Na actualidade, a responsabilidade non significa outra cousa que o acto formal de ter que xustificar e explicar as decisións e as actuacións, sen que disto se deriven consecuencias, xa sexan de carácter positivo xa negativo.

A responsabilidade pública pola xestión obviamente debe basearse na rendición de contas, pero isto non nos parece suficiente. Requírese, ademais, que as respostas que se vertan como xustificación das accións e decisións adoptadas poidan ser avaliadas en relación con estándares ou parámetros establecidos e en función das expectativas existentes. En adición, consideramos que o deseño de novas institucións de responsabilidade na Administración pública e no sector público debería, en primeiro lugar, reflectir a diversidade organizativa e, en segundo, facer fronte ao desafío de equilibrar os compoñentes positivos e negativos da responsabilidade.

## 2. Moralidade e Administración Pública

Calquera aproximación á moralidade, entendida como a ciencia que trata do ben, en xeral, e das accións humanas a partir da súa bondade cara a malicia, debe partir do recoñecemento de que se trata dun terreo do subxectivo, isto é, que non pertence ao campo dos sentidos senón ao do entendemento ou da conciencia. Tradicionalmente a idea moral derívase

<sup>23</sup> METCALFE, Les e Richards, SUE 1989, op. cit., páx. 82.

de principios filosóficos que se admiten como xustos; pero esta pode ser considerada en, dous aspectos distintos: como ciencia do costume o como ciencia dos deberes. Esta segunda acepción da moral é a que lle interesa de modo especial ao estudoso da ciencia da Administración<sup>24</sup>.

Os administradores e os xestores públicos, ao igual que o resto dos cidadáns, posúen ideas ou intuicións para discernir entre o ben e o mal que pode haber nas súas actuacións, pero tal capacidade non é aplicable á determinación da bondade ou maldade das consecuencias que se derivan das actuacións. Uniformidade nas normas e nas regulacións, autoridade impersoal, responsabilidade difusa e pensamento reducionista teñen profundas implicacións na calidade moral das decisións autorizadas. Epistemoloxicamente, non é posible conceptualizar sen avaliar e vulgar e, como sinala Hazel Barnes, todo xuízo implica un contido moral<sup>25</sup>, a propia cuestión ¿que deberíamos facer? recoñece a necesidade de xustificación, ao menos individual, e esta, alternativamente, terá maior ou menor valor. Negar a capacidade de valorar unha acción é negar a existencia de eleccións individuais, xa que nós ineludiblemente avaliamos en relación a elas. Hazel Barnes sinala claramente: «o home existe nunha situación, pero internaliza esa situación e outórgalle un particular significado e unha específica significación»<sup>26</sup>. A diferenciación e a integración de situacións acadan valor e significado co tempo; o momento non é a única dimensión significativa do tempo, os seres humanos son capaces de transcender o momento e imaxinar o futuro.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Diferentes autores recollen esta concepción da ética pública, entre outros: CHAPMAN, Richard A.: *Ethics in Public Service for the New Millenium*, Ashagate Publishing, Londres, 2000; COOPER, T. L.: *Handbook of Administrative Ethics*, New York, 2000. DENHARDT, Kathryn G. *The Ethics of Public Service: Resolving Moral Dilemas in Public Organizations*, Greenwood, New York, 1988; F. Thompson, DENNIS: *La Ética Política y el Ejercicio de Cargos Políticos*, Ed. Gedisa, 1999; RAZ, Joseph: *La Ética en el Cambio Público*, Ed. Gedisa, 2001; Rodríguez- Arana Muñoz, Jaime: *Principios de Ética Pública. Corrupción o Servicio*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1993; González Pérez, Jesús: *La Ética en la Administración Pública*, Cívitas, Madrid, 1996; Izquierdo, Agustín: *Ética y Administración*, Ed. Alianza, Madrid, 1997. Do mesmo xeito, esta concepción estivo presente nas Xornadas sobre ética pública, que tiveron lugar en 1997 en Madrid organizadas polo Instituto Nacional de Administración Pública.

<sup>25</sup> Thomas Donaldson, 1982, op. cit.; Michael M. Harmon, 1981, op. cit.; Hezel E. Barnes, *An Existentialist Ethics*, Alfred A. Knopf, New York, 1967.

<sup>26</sup> BARNES, Hezel E., Op. cit., 1967, páx. 74.

<sup>27</sup> Non se trata dunha particular concepción existencial, Michael M. Harmon, 1981, op. cit.; BERGER, Peter L. e LUCKMAN, Thomas: *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Anchor Books, Garden City, NY, 1967; MEAD, George. H.: *Mind, Self, and Society: From the Standpoint of Social Behaviourist*, Charles W. MORRIS (comp.), The University of Chicago Press, Chicago, 1974; Jaques, ELLIOTT: *A General Theory of Bureaucracy*, Hasted Press, New York, 1976.

De forma reiterada, a doutrina norteamericana utiliza a crise dos mísiles de Cuba como exemplo para demostrar a importancia dos valores morais que configuran a personalidade dos administradores públicos. Os autores aducen que na decisión final adoptada os argumentos morais foron combinados coas consideracións estratéxicas. Do mesmo xeito, entendemos que os administradores e os xestores públicos, e especialmente os de designación política, na marxe de discrecionalidade que posúen no exercicio das súas actuacións reflicten xuízos de valor morais, ou o que é o mesmo, a discrecionalidade permite que opten por determinadas preferencias en función de criterios morais.

### 2.1. A moralidade das normas

O seguir normas ditadas ou códigos para situacións dadas, ¿pode ser considerado un comportamento moral? ¿Son máis morais os modelos externos que as nosas decisións subxectivas? Sempre dependerá do grao de conciencia de por qué un segue as normas, incluso as normas éticas. Non seremos críticos cos movementos relixiosos, xa que as súas normas son presumiblemente a orde moral máis alta e, en calquera caso, en xeral establecen modelos de comportamento predicible. O comportamento ¿é un hábito ou é o curso preferido dunha acción? Se é meramente un hábito os seguidores só terán que aprender a seguir ao líder, non a xulgalonin a decidir se seguilo ou non, e a adhesión incondicional e inconsciente aos líderes é inmoral e probablemente imposible en condicións normais<sup>28</sup>.

Se tomamos a autoridade legal-racional como unha teoría normativa, esta ofrece unha descrición clara do contido dunha «decisión boa». De feito, prodúcese a institucionalización da conformidade do que constitúe «bondade», pero a pesar do seu carácter normativo, as estruturas de decisión que concordan coa normativa, resultan ser en realidade unha negociación complexa. Se as normas e as regulacións son percibidas como obxectos externos e alleos a un, se a responsabilidade das accións se percibe como un sistema de recompensa e castigo á marxe dun mesmo, sen dúbida, estamos falando dun tipo particular de racionalidade e de realidade obxectiva, determinada por «a todo comprensiva racionalidade» dos seres humanos. Non necesita proba de erro nin adicionais interpretacións Kenneth J. Arrow demostrou convincentemente que é imposible que as normas e as regulacións cubran todos e cada unha das situacións que poden xurdir ou todas as variables posibles dentro dunha situación que parece requirir a aplicación dunha norma. Polo

---

<sup>28</sup> O nacemento da reflexión ética aplicada á Administración pública atribúeselle a John Rorh en 1978, data da publicación do libro *Ethics for Bureaucrats*.

tanto, conclúe acertadamente, nunca nos podemos liberar do xuízo moral e crer que si o podemos facer, é mentirnos a nós, o que, por si mesmo, constitúe un acto inmoral<sup>29</sup>.

Tomar refuxio no mundo das convencións establecidas non significa un comportamento conscientemente inmoral, trátase do mero acto de busca de modelos fóra dun, como garantía de que se toma a decisión correcta. Con todo, é un acto de autoengano porque un ten que convencerse de que non existe decisión moral na decisión que toma. Un existencialista describiría isto como un paradoxo da vida: «todas as miñas accións implican eleccións. Incluso cando eu non escollo explicitamente como, de feito, non o fago na meirande parte dos casos as miñas accións son testemuños dunha implícita elección»<sup>30</sup>. O psicólogo Richard Farson desconcertaba aos seus estudantes ao comezo das clases afirmando que «todos os actos son un acto político» porque incluso a non elección, é a elección de non elixir.

Propúxose que os modelos de profesionalidade, os códigos éticos e a opinión popular, por exemplo a relixión, teñen outro criterio de comportamento moral, neste caso internalizado pola socialización. Tales modelos percíbese obxectivamente como racionais, no sentido que son guías de cómo se debe actuar pero unha vez máis a responsabilidade das accións derívase cara a outras esferas.

«A mellor forma de definir un código de ética é consideralo unha afirmación de criterios aceptables de comportamento para os funcionarios da Administración. Este código pode estar exposto nun estatuto ou, simplemente, en distintas regulamentacións dos departamentos, ou ben nunha resolución lexislativa. Sirve o propósito de establecer claramente para os funcionarios e para o público en xeral o que é un comportamento aceptable»<sup>31</sup>.

Con frecuencia argumentábase contra os códigos de ética que non é posible a lexislación da moralidade de forma contraria, os seus defensores argumentan que as sociedades organizadas sempre o fixeron así. Outra obxección existente contra os códigos de conduta fai referencia a que non se pode esperar que os principios morais dos funcionarios sexan maiores ca os do público en xeral. De feito, parece existir unha relación de carácter dobre entre os criterios de conduta respecto aos asuntos públicos e a aqueles que prevalecen na comunidade en xeral. Se a opinión pública non se sente excesivamente preocupada con consideracións de carácter ético,

<sup>29</sup> ARROW, Kenneth J.: 1974, op. cit.

<sup>30</sup> BARNES, Hezel E.: 1967, op cit. páx. 49.

<sup>31</sup> EISENBERG, Ralph: *Conflicts of Interest Situations and Remedies*, Rutgers Law Review, N° 4, 1959, páx. 672, citado por Nigro, L. G. e Nigro, F.A.: «Administración Pública Moderna», INAP, Madrid, 1981, páx. 540.

isto reflectiríase no comportamento de moitos funcionarios públicos. Pola contra, se estes últimos dan exemplo da alta integridade, presumiblemente, levará a que se eleven os niveis do público en xeral.

O dereito, a lei e as normas non son suficientes para regular as actuacións dos administradores públicos, especialmente cando é preciso integrar eficacia e legalidade na xestión. De aí a importancia de delimitar os ámbitos do dereito e da ética<sup>32</sup>, e a necesidade dunha ética pública positiva, baseada en principios socialmente aceptados, universalmente aceptados, que sirvan de guía para o exercicio da función pública, fronte a unha ética pública negativa baseada exclusivamente na enumeración negativa do que non hai que facer. Como sinala Jaime Rodríguez-Arana, «os principios éticos para la acción administrativa non deben ser contemplados como restricións para la actividade pública»<sup>33</sup>, senón como garantías dunha xestión máis responsable, máis transparente, máis eficaz e moralmente aceptable.

O marco ético e a opinión pública son datos obxectivos para avaliar, xunto coas normas e as regulacións, os principios xerais da acción. Se un invoca unha norma conscientemente, pode tratarse dun acto moral se coa norma invocada tratamos de corrixir unha acción ilexítima, pero as consecuencias potencialmente inmorais das normas fixadas maniféstanse na separación existente entre administradores e administrados. O principio de que todos os administrados deben ser tratados igualitariamente, asume que non son iguais, de forma que se forza a igualdade en individuos que non son iguais e que necesitan atención persoal ás súas idiosincrasias. Orion White era consciente disto cando sinalou que as normas e as regulacións son construídas predominantemente polas capas sociais medias e reflicten intrinsecamente os valores destas, polo que con frecuencia, non se corresponden cos valores dos individuos aos que, presumiblemente, terían que servir<sup>34</sup>. En adición, as prescricións universais e indiscriminatorias ao tratar a todos da mesma forma, omiten e destrúen as calidades peculiares e pluralistas de certas comunidades. O propio sentido de responsabilidade do funcionario é produto do seu historial, por isto resultan esenciais as prácticas selectivas para admitir persoal. Ningún código ético terá moito impacto sobre unha persoa que ao longo da súa vida, ou durante bastante tempo, estivo convencida de que o home intelixente non permite que a súa conciencia interfira cos métodos que utiliza para lograr os seus obxectivos.

<sup>32</sup> MEILÁN GIL, José Luis: «Ética Pública y formación de los funcionarios», *Revista Galega de Administración Pública*, 1994

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: *La Ética en la Administración Pública*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996.

<sup>34</sup> WHITE, Orion F. Jr.: *The dialectical organization: An alternative to bureaucracy*, *Public Administration Review*, N° 1, 1969, páxs. 32-42.

## 2.2. As organizacións como axentes morais

Desde algunhas posicións doutrinais afirmase que as organizacións están pensadas para especializarse na produción, e que, polo tanto, atópase á marxe de temas políticos, sociais ou morais<sup>35</sup>. Deste modo, as organizacións só necesitan xustificar as súas accións en termos de eficiencia económica. A formulación é clara: as organizacións satisfan os desexos individuais e os individuos son moralmente autosuficientes. Coincidimos con John Schaar ao sinalar que tal concepción se corresponde cunha sociedade na que a moralidade do grupo se ve relegada pola exaltación do individual. Schaar deplora cómo as sociedades occidentais se converteron en pouco máis que o terreo no que os individuos desafían ou usan aos concidadáns para obter ganancia en que o Estado sucumbe aos intereses privados<sup>36</sup>. As organizacións son membros da comunidade local e da comunidade superior, pero o seu agrisado *status* como axentes morais, permítelles interpretar os requirimentos legais. A defensa de que as organizacións son ferramentas económicas, neutrais, eficientes e libres de valores, implica que as ditas organizacións non teñen que asumir, ou incluso respectar, os ideais colectivos.

Como ben apunta Thomas Donaldson, a xente espera que as organizacións sexan responsables polo seu comportamento inmoral e sostén que as organizacións privadas teñen o «deber de recoñecer modelos que transcenden as leis»<sup>37</sup> e achega un caso xurídico referido a unha industria xaponesa para apoiar as súas afirmacións:

«A compañía vertera mercurio no océano, sabendo que representaba un perigo para os residentes. O mercurio contaminou os peixes locais e máis tarde acumulouse nos corpos dos residentes locais que comeron o peixe contaminado. Moitos anos despois a acumulación desencadeou unha explosión de malformacións de nacemento. Chisso non vulnerara ningunha lei. Durante todo o proceso estivo convencida de que os niveis de emisión estaban dentro dos principios legais do goberno xaponés, aínda que se recoñeceu que tales principios eran inadecuados. Argüindo en nome das vítimas, os fiscais sostiveron que a pesar de facer honor das precisións legais, Chisso desatendera as súas obrigas morais. O tribunal estivo de acordo, e esforzouse a Chisso a pagar elevadas indemnizacións»<sup>38</sup>.

Thomas Donaldson leva a cabo a ambiciosa tarefa de establecer cómo e por qué as organizacións privadas chegan a ser axentes morais. As súas conclusións son relevantes para este ensaio porque os administradores

---

<sup>35</sup> Donaldson, Thomas 1982, op. cit. páx. 75.

<sup>36</sup> Schaar, John 1980, op. cit. páx. 31.

<sup>37</sup> Donaldson, Thomas 1982, op. cit., páx.1.

<sup>38</sup> Idem., páxs. 1-2.

públicos poderían ser axentes morais. Pero Thomas Donaldson sostén que «para ser considerado como axente moral, unha organización necesitaría encarnar un proceso moral de adopción de decisións»<sup>39</sup>. Tal proceso require, en primeiro lugar, a capacidade para usar razóns morais no proceso de adopción de decisións e, en segundo, a capacidade do proceso de adopción de decisións para controlar, non só os actos manifestos da organización, senón tamén a estrutura latente das políticas e das normas<sup>40</sup>. Donaldson pretende elevar as operacións das organizacións, «por riba do nivel de [...] simples máquinas»<sup>41</sup> os axentes morais deben estar capacitados para proporcionar razóns morais do que fan e non simplemente entender as causas de por qué o fan. Unha vez incorporados os criterios morais, segundo Donaldson, a propia estrutura interna permitiralles ás organizacións asumir a responsabilidade polos comportamentos<sup>42</sup>.

Entendemos que a conciencia de ser membro dunha comunidade é o precursor da noción de moralidade a civilización só é civil cando a xente entende a importancia dos costumes compartidos. As organizacións aínda que se consideren membros da comunidade, non toman decisións, tómanas os seus dirixentes, de aí que estes deban expandir as preocupacións dos procesos de decisións máis alá dos intereses monetaristas. Neste sentido, as organizacións teñen a obriga de defender, cumprir e promover as crenzas morais da súa comunidade. Jaime Rodríguez-Arana descríbeo con claridade:

Es precisamente en el seno de estas organizaciones humanas donde se hace necesaria la recuperación de los valores éticos como referentes de su actuación. Las estructuras económicas y políticas son instrumentos al servicio del hombre, como también la Administración Pública debe promover los derechos fundamentales y hacer posible un ambiente de calidad y eficacia en el marco de la legalidad y del servicio público. Cuando se pierde de vista el carácter instrumental de las instituciones y los únicos aspectos que sobresalen son los mercantiles, entonces la lucha por los derechos fundamentales del hombre no puede menos que experimentar un claro retroceso<sup>43</sup>.

De acordo co sinalado, as organizacións son, ou deberían ser, organizacións morais e isto faise máis patente nas institucións públicas, de aí a relevancia do estudo e a análise da «ética pública», posto que contribúe de forma efectiva a reforzar a lexitimidade e a promover a transparencia

<sup>39</sup> Idem., páx. 30.

<sup>40</sup> Idem.

<sup>41</sup> Idem. páx. 30.

<sup>42</sup> Idem.

<sup>43</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime 1996, op. cit.




administrativa; pero o comportamento moral dos servidores públicos precisa a adquisición de hábitos de traballo que garantan responsabilidade e eficacia na xestión, e modelos de conduta que integren valores éticos e que sirvan de guía de conduta na actuación profesional.

### 3. A relación entre responsabilidade, moralidade e autoridade

Concluimos este ensaio facendo mención á relación que establece a bibliografía norteamericana sobre Administración pública, entre as nocións de responsabilidade e moralidade co concepto de autoridade. Facémolo polo consenso que existe en considerar os valores inherentes á lexitimidade. Os xestores públicos, aínda que no exercicio da súa autoridade gozan dunha marxe de discrecionalidade, atópanse sometidos a unha responsabilidade que non só inclúe o uso correcto da autoridade e dos recursos, senón tamén as intencións, a vontade e a eficacia das actuacións. Os principios de responsabilidade e moralidade percíbense como xustificacións da autoridade, isto é, como explicacións que os suxeitos de autoridade dan sobre as razóns en que pretenden fundamentar o seu dereito a exercer a autoridade. Por qué se fai o que se fai e por qué se debe seguir facendo.

Michael M. Harmon recollendo unha idea frecuente entre a bibliografía, apunta que a acción autorizada se debe basear na «apreciación» de situacións e de decisións, sobre qué acto é o máis moral e responsable. En tales casos, a responsabilidade concíbese como un mecanismo de avaliación da moralidade do exercicio da autoridade, en palabras de Harmon, «a responsabilidade é un principio tanto da ausencia como da presenza de modelos de autoridade, para determinar a corrección dunha acción»<sup>44</sup>. De todo isto despréndese que a responsabilidade e a moralidade son aspectos inherentes á autoridade dos administradores públicos. Neste sentido, a responsabilidade e a moralidade non poden ser desvinculadas da autoridade e, menos aínda da autoridade pública, se esta quere ser lexítima.

Coincidimos con boa parte da doutrina norteamericana en que se as organizacións son percibidas como membros dunha comunidade e se espera delas que se comporten en beneficio do interese global da dita comunidade, e se os suxeitos de autoridade desas organizacións teñen unha relación especial, case moral, coa comunidade; entón as organizacións e, especialmente as públicas, deberían ser recíprocas coa comunidade, non só en basear as accións en principios morais, senón tamén na determinación da responsabilidade que delas se deriva. 

<sup>44</sup> HARMON, Michael M. 1981, op. cit., pág.118.

## NOTAS EN TORNO AO ACTUAL PROCESO DE REVISIÓN E REFORMA DA LEI 4/1995, DO 24 DE MAIO, DE DEREITO CIVIL DE GALICIA\*

Ramón P. Rodríguez Montero

Prof. titular da Universidade da Coruña  
Maxistrado suplente do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia

Resulta indiscutible que, na que poderíamos denominar como experiencia xurídica galega –cuxa valoración de conxunto, pola influencia de diversos factores históricos, políticos, económicos e sociolóxicos, que condicionaron o seu desenvolvemento ao longo do tempo, pode inducir a cualificala, en termos xerais, como traumática ou desoladora, fronte ao que ocorre no caso doutras comunidades históricas do Estado español como, por exemplo, a catalana, a aragonesa ou a navarra– a vixente Lei 4/1995, do 24 de maio, de dereito civil de Galicia (en adiante LDCG) sinala moi tardiamente, se non o máis importante, desde logo, un dos seus referentes máis significativos.

A mencionada lei, que, como é sabido, non é a única disposición que constitúe o corpo normativo do dereito civil de Galicia –tamén integrado por outra serie de leis especiais– preséntase como a súa norma básica, por establecer na actualidade o marco normativo referencial do ordenamento xurídico-civil galego.

---

\* O presente artigo foi estruturado nas súas liñas básicas e tomou como referencia fundamental a comunicación presentada ao VII Congreso internacional de estudos galegos, organizado pola Asociación Internacional de Estudos Galegos, que tivo lugar na Universitat de Barcelona durante os días 28 a 31 de maio de 2003.

A súa aprobación polo Parlamento de Galicia, segundo se sinalou adecuadamente, constituíu un feito histórico determinante na conformación do dito ordenamento xurídico civil galego, fundamentalmente por tres razóns: por tratarse da primeira norma codificadora civil ditada no exercicio dunha potestade lexislativa propia; pola posibilidade que incorpora de realizar a autointegración do denominado –agora en rigor e con propiedade– dereito civil de Galicia; e, tamén, por constituír o dereito común aplicable no territorio da Comunidade autónoma galega.

Coa LDCG pechouse momentaneamente, nunha data máis ben relativamente recente, unha etapa máis do proceso histórico xurídico galego –na nosa opinión, quizais aínda escuro, ou, polo menos, non totalmente clarificado en determinados aspectos– para iniciarse outra nova, que conta cunhas perspectivas de futuro que, fronte ao ocorrido en situacións pasadas, poden resultar non pouco esperanzadoras.

Pechouse unha nova etapa do proceso histórico de consolidación –e, incluso, desde un punto de vista eminentemente pragmático e, a teor dos acontecementos, case se podería pensar que se comezaba a iniciar– do dereito galego, porque na propia Lei 4/1995, o lexislador desta comunidade, por primeira vez, lexislaba sobre o seu propio dereito civil no seu conxunto, e facíao desde a asunción dunha plena conciencia lexislativa autonómica.

Certamente, como tamén é sabido, en 1987 xa se dera un importante paso adiante, pero, unha vez máis, de forma tardía e, como vén sendo habitual nesta comunidade, de maneira notoriamente insuficiente.

No dito ano procedeuse a adoptar e a integrar a, en tantas ocasións, duramente criticada Compilación do 2 de decembro de 1963 no ordenamento xurídico da Comunidade galega a través da Lei 7/1987, do 10 de novembro, do Parlamento de Galicia –que posteriormente sería derrogada pola tantas veces citada LDCG– baixo o título de «Compilación do dereito civil de Galicia», suprimindo o antigo adxectivo de «especial» que figuraba na anterior denominación do texto de 1963, ao limitarse a introducir nel, en aspectos moi concretos, unha serie de modificacións –«esixidas pola falta de harmonía constitucional e estatutaria dalgúns dos seus preceptos», segundo se indicaba na súa exposición de motivos, así como pola falta de vixencia dalgunhas das institucións contidas como, por exemplo, ocorría cos foros–, e ao adoptarse un criterio, en opinión dalgúns autores, só supostamente autonomista.

Todo isto resultou posible porque a Constitución española de 1978, como reflexo do cambio xurídico e político producido a partir de 1975, no seu artigo 149/1.8, tras atribuírlle competencia exclusiva ao Estado sobre a lexislación civil, tamén lle recoñeceu una certa capacidade lexislativa en materia civil aos parlamentos de determinadas comunidades autónomas, e permitíulles realizar, a través das canles parlamentarias co-

rrespondentes, a conservación, modificación e desenvolvemento do seu propio dereito civil, en tanto o dito dereito civil propio fose preexistente ao momento temporal da promulgación do texto constitucional.

A circunstancia de que Galicia se atopase entre as comunidades históricas do Estado español que contaban cun dereito civil foral ou especial con anterioridade á entrada en vigor da Constitución –recollido, neste caso, na Compilación de 1963, que se presenta como o primeiro texto legal no que se recollían institucións concretas do denominado dereito propio galego, nun mero intento de conservación daquelas, segundo se di– permitiu que a Comunidade Autónoma galega, no marco das competencias que constitucionalmente lle foron recoñecidas, asumise con carácter exclusivo e excluínte –ao igual que se fixo noutras comunidades autónomas históricas, coma a aragonesa, a navarra, a balear, a vasca, ou a catalana– no art. 27.4 do seu Estatuto de Autonomía, a «conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil galego» a través do seu propio Parlamento autonómico, converténdose o dito dereito civil propio no plano «persoal» –ao igual que os demais denominados dereitos civís forais ou especiais considerados ata entón, coma o galego, conxuntos de normas de carácter excepcional fronte ao Código civil– en dereito común e, polo tanto, de aplicación prioritaria, ademais de ter a posibilidade de autointegración e desenvolvemento a través dos seus específicos principios xerais.

O novo período aberto a partir do ano 1995, no que actualmente nos atopamos, –asentado nun contexto histórico político de corte constitucional, que, polo menos ata o momento presente, pódese considerar como consolidado, e que resulta notablemente diferente do que se deu no territorio galego noutras épocas non tan afastadas–, cuxo desenvolvemento se pretende que discorra baixo as coordenadas sucintamente descritas, como se pode imaxinar, presenta un interese particular.

Coa finalidade de poder examinar mellor as condicións polas que se encamiña o novo proceso no que nos atopamos inmersos na actualidade resulta necesario realizar, en primeiro lugar, unha serie de precisións previas importantes referidas ás sucintas características estruturais da que se considera como norma básica do dereito civil de Galicia, a LDCG que, como xa se indicou, marca o punto de inicio desta etapa. Seguidamente, pasaremos a ocuparnos de diversos aspectos relativos ao exercicio das facultades que, en canto á conservación, modificación e desenvolvemento do seu propio dereito civil, e, máis en concreto, da propia lei, ao serlle atribuídas constitucionalmente, foron asumidas de forma estatutaria polo lexislador galego.

## I. Características estruturais da LDCG

Un cualificado sector da doutrina galega, significativamente, cualificou á propia LDCG coma «unha lei un tanto particular», como unha «lei contraditoria que contén e claramente reflicte dúas filosofías contrapostas», o cal, en principio e de por si, introduce un elemento de notable incerteza.

A cualificación realizada deriva, segundo os que a efectúan, da circunstancia de que a dita lei, como se pode comprobar a través do seu contido, por un lado, nalgunhas das súas partes, preséntase como unha continuación da liña tradicional seguida pola antiga Compilación de 1963, ao regular determinadas institucións consuetudinarias cun marcado carácter agrario que, segundo se di, xa terían desaparecido; por outro, nun sentido totalmente innovador, ao afastarse da citada Compilación do 63, introduce unha serie de preceptos nos que se regulan novas figuras, tamén segundo se indica, moito máis acordes coas necesidades realmente sentidas pola actual sociedade galega.

Tal forma de actuación, insistente e duramente criticada, explícase a partir dos precedentes dos que trae causa a lei.

Neste sentido, o vixente corpo normativo encontra a súa orixe máis mediata nos traballos previos de reforma da compilación, elaborados, respectivamente, por algúns membros dunha extinguida Comisión parlamentaria non permanente, constituída no transcurso da II lexislatura o día 9 de maio de 1988, presentada ao Parlamento galego con data do 22 de marzo de 1991 e ao formulado polo Consello da Cultura Galega, tamén achegado ao Parlamento de Galicia o día 11 de xuño de 1991.

Nos ditos traballos prelexislativos, cualificados como «difícilmente conciliables, por responder a formulacións ideolóxicas e xurídicas diversas», cabe destacar que se poden apreciar dúas concepcións distintas en relación a dúas cuestións transcendentais, que non serían resoltas na vixente LDCG.

Por unha parte, a relativa á posible forma que debería de adoptar o desenvolvemento do dereito civil galego, concretada na seguinte pregunta: ¿debe optarse por desenvolver un dereito civil *para* Galicia, autonomista e de futuro ou, máis ben, por un dereito civil *de* Galicia foralista e baseado no pasado tradicional?, ou, noutros termos, debe manterse o denominado «dereito foral tradicional galego», recibido e concretado en diversas institucións ou figuras típicas –como, por exemplo, «a veciña», os «muíños de herdeiros», a «compañía familiar galega», ou o «testamento por comisario»– ou, pola contra, debe suprimirse polo seu carácter anacrónico?; por outra parte, a cuestión referente ao posible rango xerárquico que debería de ocupar o costume no sistema de fontes normativas do dereito galego.

Sobre a base dos traballos citados, elaboraríase con posterioridade unha proposición de lei, presentada e asumida por unanimidade por todos os grupos políticos con representación parlamentaria, o día 21 de abril de 1993, que decaería por disolución da Cámara. Na dita proposición de lei, ao igual que noutra posterior do 22 de xuño de 1994, non se acollería un único criterio senón que, procurando respectar ambos os dous traballos prelexislativos, se procedeu a xustapoñer as específicas institucións que neles se demandaban.

Esta actitude ecléctica, que, como é de supoñer, daba lugar a diversas ambigüidades, contradicións e discordancias, resultaría relativamente superada, segundo un sector doutrinal, no precedente máis inmediato da lei: o informe do relatorio de dereito civil e o correspondente ditame da proposición de lei de dereito civil de Galicia, presentado a iniciativa dos grupos políticos Partido Popular de Galicia, Socialistas de Galicia e Bloque Nacionalista Galego, que sería aprobado por unanimidade no Parlamento de Galicia, reunido en sesión plenaria o 20 de abril de 1995. Neste, en opinión do aludido sector doutrinal, en diversas institucións relativas ás materias de contratos, comunidades, servidumes e réxime sucesorio os membros do relatorio e os expertos convocados para o efecto acadaron a través de posicións de síntese unha certa concordancia.

Na nova e esperada LDCG –politicamente loada por todos os grupos políticos da Cámara galega, como non podería ser doutra forma– segundo se indicou, non se resolveu, polo tanto, de forma definitiva a cuestión da polémica presentada en torno ao «autonomismo» ou «foralismo», hoxe aínda pendente de posible resolución.

A lei atópase estruturada en cento setenta artigos, recollidos en nove títulos –un preliminar e outros oito atinentes a materias relativas ao dereito de persoas (ausencia e «a veciña»), dereitos reais (comunidades, servidumes, serventías, «cómara» e retracto de graciosa), contratos (arrendamento rústico, parcería, vitalicio e compañía familiar), dereito de familia (réxime económico familiar), dereito de sucesións (pactos sucesorios, lexítimas, sucesión testada e intestada e partición)– aos que precede unha exposición de motivos e aos que se engaden dúas disposicións adicionais, catro transitorias, unha derogatoria e unha final que a pecha.

No citado texto normativo, o lexislador galego, no seu afán por contemplar e incluír todas as posibilidades xurídicas que se puidesen producir na realidade galega, quixo conservar, salvo o «foro», todas as institucións de clara raizame consuetudinaria que estaban recollidas na antiga compilación de dereito civil especial de Galicia, do 2 de decembro de 1963 –como, por exemplo, «a veciña», o «cómara», «ribazo» ou «arró», as «agras» ou «vilares», as «augas de torna a torna» ou «pilla pillota», a «compañía familiar galega», os «muíños de herdeiros», etc.; algunhas das cales, con indubidable valor etnográfico ou antropolóxico, se sinalou que

poderían presentar hoxe en día unha escasa efectividade real– complementando a conservación das ditas institucións, ás que, como se indicou, se dedica un número importante de preceptos coa introdución doutras figuras xurídicas e institucións novidosas, que viña demandando a realidade social e xurídica galega, nun afán por intentar superar as carencias legislativas que o dereito propio da comunidade galega viñera sufrindo ao longo da súa historia e que, segundo se di, lle foran negadas polo dereito civil común –afirmación en certo sentido discutible e en relación á cal, ao noso xuízo, cabería realizar algunhas posibles valoracións de matiz-. Así se fixo, por exemplo, co tratamento dado aos arrendamentos rústicos, á regulación do contrato de vitalicio, ao establecemento dun novo réxime en materia de sucesións ou á regulación –na nosa opinión e desde un punto de vista histórico, moi cuestionable en determinados aspectos– da servidume de paso e serventías na vixente LDCG.

A doutrina xurídica que se ocupou da súa análise e estudo, en atención ao concreto ámbito normativo que se contén na lei –ata o momento presente aínda non recorrida polo Goberno central baixo alegación de inconstitucionalidade– destacou unha serie de acertos ou logros que, con carácter xeral, se concretarían fundamentalmente, entre outros, na introdución e regulación dunha serie de institucións ou figuras non compiladas en 1963 –como, por exemplo, o vitalicio, o usufruto universal a favor do cónxuxe viúvo, o «apartamento», o testamento conxunto, ou o testamento por comisario–, o aludido establecemento dun sistema sucesorio propio con amplitude de pactos, así como a tamén sinalada nova regulación sobre arrendamentos rústicos, sancionando a liberdade de pacto en canto ás rendas e a duración do contrato.

A existencia de normas de moi dubidosa constitucionalidade, a inexplicable repetición de artigos no texto legislativo, a introdución de preceptos superfluos que se limitan a reproducir artigos do Código civil, a regulación vaga e ambigua dalgunhas materias, presentados como exemplos de defectuosa técnica legislativa, así como tamén a preservación ou introdución dalgunhas figuras tradicionais de dubidosa pervivencia na actualidade, véñense sinalando, entre outros, como posibles erros ou desacertos contidos na LDCG, en torno á cal se xerou un rico e frutífero debate doutrinal, non exento de importantes implicacións prácticas.

## 2. A LDCG, como lei incompleta e problemática: a despreocupación lexislativa e a transcendental intervención doutrinal e xurisprudencial na súa corrección e desenvolvemento

O lexislador galego, parecendo ser plenamente consciente da necesidade de completar o dito corpo normativo e de corrixir eses posibles defectos e imperfeccións que puidese presentar a lei, así como tamén de desenvolver o seu dereito propio ao fío das novas necesidades que día a día fose demandando a cambiante sociedade galega, ao proceder á súa redacción, introduciu no texto, con notable acerto –ao igual que xa se fixo no seu momento na anterior Compilación de 1963– unha disposición adicional segunda, na que se prescribiu literalmente que «cada cinco anos *como máximo* –o subliñado é noso-, sen prexuízo da iniciativa parlamentaria correspondente, a Mesa do Parlamento de Galicia designará un relatorio, integrado polos membros dos diversos grupos parlamentarios da Cámara, co fin de elaborar un informe comprensivo das dificultades e dúbidas que se advirtan na aplicación dos preceptos da presente lei e daquelas normas que se estimen necesarias para a conservación, modificación e desenvolvemento das institucións do dereito civil propio de Galicia».

A pesar do indicado –aínda existindo a dita consciencia dunha serie de dificultades e dúbidas advertidas na aplicación dos preceptos da presente lei, certamente constatables incluso antes da promulgación do texto definitivo, cando xa se coñecía extraoficialmente este e, nalgún caso concreto, de particular importancia–, o lexislador galego, con todo, ata datas máis ben recentes non decidiu tomar a iniciativa –como ao noso xuízo fora desexable– coa finalidade de resolver os problemas suscitados en torno a determinadas institucións que conforman e definen o seu propio dereito; tampouco se formulou ao respecto ningunha iniciativa parlamentaria, nin a Mesa do Parlamento de Galicia, salvo ata un momento tamén relativamente achegado no tempo –referímonos en concreto ao día 9 de abril de 2002, no que a citada Mesa do Parlamento aprobou por unanimidade unha proposta da presidencia, relativa á constitución dun relatorio conxunto sobre o dereito civil de Galicia, que quedou constituído tras o cumprimento dos trámites regulamentarios correspondentes o día 16 de maio do dito ano (non tomamos en consideración outra iniciativa anterior que se concretou durante a II Lexislatura, o día 21 de febreiro de 2001, na constitución doutro relatorio, que non puido levar a efecto os seus traballos por falta de tempo e a consecuencia da disolución da Cámara)– non designou ningún relatorio que elaborase o correspondente informe de conxunto ao que se alude na indicada disposición adicional segunda da propia lei.



Simplemente se preferiu esperar a que transcorrese o prazo máximo de cinco anos –establecido ao noso entender con carácter meramente indicativo na disposición adicional referida– para proceder a actuar, volvendo a poñer en funcionamento con evidente acerto, pero, na nosa opinión, tamén, con certo atraso –a denominada «Comisión superior para o estudo e desenvolvemento do dereito civil galego», que foi creada a través do Decreto 71/1984, do 23 de febreiro, inicialmente adscrita á Consellaría da Presidencia da Xunta de Galicia e que naceu coa finalidade –segundo se indicaba no mencionado decreto– de «ser o eixe e motor do específico dereito galego e darlle así cumprimento ao disposto no art. 27.4 e 5 do Estatuto de Autonomía, que lle atribúe á comunidade autónoma a competencia exclusiva nesta materia».

A mencionada comisión superior, estruturada como un órgano consultivo da Xunta de Galicia –que conta cunha composición que, segundo se di, foi adaptada mediante o Decreto 107/1999, do 8 de abril, ao novo marco competencial xerado coa creación da Consellaría de Xustiza, Interior e Relacións Laborais, á que, a partir de entón, foi adscrita, así como tamén á nova realidade social e institucional coa inclusión de novos vocais (ampliados, con posterioridade, no seu número inicial, a través do Decreto 182/1999, do 17 de xuño), que puideren achegar a esta a súa experiencia e coñecementos contrastados– veu traballando desde 1999 na posible revisión ou reforma da LDCG, e chegou a elaborar un texto articulado de reforma, do cal a súa primeira versión completa foi entregada ao conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais da Xunta de Galicia no mes de abril do ano 2001.

O dito texto da proposta de reforma da LDCG, ao que volveremos facer referencia máis adiante, foi dado a coñecer á opinión pública, non unha vez elaborado, como sería o desexable, senón só transcorrido algo máis dun ano desde a súa conclusión, e a súa primeira versión foi publicada –salvo algunhas modificacións referentes á partición, derivadas de sesións de traballo posteriores da comisión– coa iniciativa dos membros da citada comisión superior no segundo dos volumes do libro home-naxe tributado a Ildefonso Sánchez Mera.

O suposto abandono ou falta de preocupación que ata unhas datas relativamente recentes veu manifestando polo seu propio dereito privado o estamento político galego que, aínda a pesar das ostentosas e teóricas declaracións de principios formuladas en torno a este na exposición de motivos da lei, na práctica e á vista dos acontecementos aínda parece seguir sen ser estimado e entendido como un elemento esencial na estrutura política desta comunidade autónoma, contrasta vivamente coa actitude moito máis interesada que adoptaron ao respecto tanto a doutrina coma os órganos xurisdiccionais que actúan no concreto ámbito autonómico que nos ocupa, e, en especial, co labor de aplicación e peculiar

desenvolvemento do dereito civil galego, realizado polo Tribunal Superior de Xustiza de Galicia a través dalgunhas sentenzas ditadas en casación en relación a determinadas materias da LDCG.

O propio lexislador galego semella recoñecer normativamente na LDCG esa transcendental importancia da doutrina e da xurisprudencia, que dunha forma tan clara e efectiva veu intervindo no proceso da configuración e desenvolvemento do denominado dereito civil galego, cuxa influencia recíproca en situacións de falta de claridade ou baleiro normativo no ordenamento xurídico civil galego resulta evidente.

Así, no art. 2.2. do mencionado texto normativo, alúdese a estas, xunto cos usos e costumes, e aos principios xerais que informan o dereito galego como elementos de interpretación e integración do dito dereito, o que conduciu a un sector da doutrina a cuestionarse se tanto a doutrina como a xurisprudencia teñen a consideración de fontes do dereito civil galego.

Polo que se refire á doutrina, cabe sinalar que, aínda cando non se realizara desde un punto de vista historiográfico un elenco exhaustivo das obras que dalgunha forma se ocuparon das diversas institucións, figuras ou «peculiaridades xurídicas» ou de aspectos relacionados con estas, resulta posible apreciar que a preocupación dos máis ben escasos estudos do denominado dereito civil galego, polo xeral, non foi constante nin uniforme no tempo. Esta, en esencia, vén coincidir, nos seus momentos de maior intensidade, cos que na nosa opinión se presentarían como puntos clave do proceso formativo do dereito civil de Galicia: etapa ou período previo e posterior á codificación española; o inmediatamente anterior e sucesivo á Compilación de 1963; e, finalmente, o identificable coa lei de dereito civil de Galicia.

Abonda con achegarse a cada un deses tres períodos e comprobar a súa intervención doutrinal para poder darse conta da especial importancia que aquela puidera ter, e cómo condicionou ese proceso formativo e a elaboración das normas xurídicas fundamentais nas que, segundo se indica, se contén o dereito civil de Galicia, como é o caso da Compilación de 1963, a Lei de 1987, ou a recente e vixente LDCG, de 1995.

Todo isto, como é lóxico, non de maneira unívoca, senón con discrepancias ou diferenzas, nalgúns casos substanciais e que se proxectaron no tempo, como pon de manifesto a lectura de diversos traballos, textos e documentos que poden axudar a comprender mellor o proceso operado e mostrar cáles foron as preocupacións da doutrina en relación con este.

Entre outros, por exemplo, nunha etapa máis ben recente, que, ao noso xuízo, é a que presenta maior interese xurídico, ofrecen particular consideración aqueles relativos aos tres congresos de dereito galego que ata o momento se realizaron nesta comunidade autónoma.

Especial importancia presenta –e encóntrase ampla e detalladamente documentado nun magnífico libro conmemorativo– o primeiro deles, que tivo lugar no mes de outubro do ano 1972, en cumprimento do establecido na disposición adicional da Compilación de 1963, cun obxectivo principal que se centrou, segundo se dicía, na posible revisión da citada compilación –prevista para 1973–, así como en intentar recoller a realidade socio-económica do país galego, rectificando no que procedese e tendendo á inclusión do costume e á tradición xurídica que se debera recoller.

Aínda que insuficientemente documentado –o cal, como é de supoñer, sería desexable corrixir procedendo a recuperar os seus materiais se isto resultase factible, editando quizais outro libro no que se recollesen coa maior amplitude posible os ditos materiais–, tampouco deixa de ofrecer interese o II dos congresos, que tivo lugar trece anos máis tarde, no mes de xuño de 1985, unha vez afirmada a identidade galega co Estado das autonomías e dirixido, segundo se indicaba, á profundación e potenciación do dereito galego, tratando de extraer deste os principios xerais que o forman, as súas fontes e a súa causa orixinadora para conservalo e desenvolvelo, así como tamén para proceder a analizar as canles polas que debería circular o dereito que, en virtude das competencias conferidas polo Estatuto de Autonomía galego, se pode facer en Galicia e para Galicia.

Finalmente, ao terceiro dos congresos que se realizou recentemente durante os días 27, 28 e 29 de novembro do pasado ano 2002, no que, aproximadamente, uns trescentos cincuenta xuristas da comunidade galega tiveron a oportunidade de realizar, tanto unha valoración crítica dos xa máis de cinco anos de funcionamento da LDCG, así como de achegar a determinados aspectos da súa actual normativa diversas suxestións e propostas de revisión e desenvolvemento, referirémonos *infra*.

Xunto aos documentos sinalados con carácter exemplificativo, tamén resulta necesario aludir aos dous traballos previos de reforma da Compilación de 1963, nos que encontra o seu antecedente máis mediato a LDCG, aos que xa nos referimos anteriormente. A súa análise e estudo permiten en gran medida, como xa indicamos, comprender non só a propia redacción dada á norma (LDCG), senón, tamén e ademais, explicar os indubidables defectos e problemas que, xunto aos seus acertos, presenta esta.

Ao labor desenvolvido pola doutrina no mencionado proceso de configuración, consolidación e desenvolvemento do dereito civil de Galicia engádeselle a transcendental intervención que naquel, tanto no pasado coma no presente, tiveron e están tendo os propios xuíces e tribunais que operan no ámbito da comunidade galega, a cal cobra particular intensidade e importancia dentro do ámbito xurídico civil galego.

Así, en canto ao pasado, adoita destacarse, por exemplo, o importante labor xurisprudencial realizado pola Real Audiencia de Galicia, que procedería, segundo se di, a realizar a «oficialización» ou «xeneralización oficial das antigas figuras galegas de orixe consuetudinaria», «acuñando precedentes xudiciais», cuxo estudo minucioso e detido, entre outras cuestións, podería ofrecer elementos de notable interese para poder calibrar cál foi a realidade xurídica galega de entón; tarefa á que quizais tamén axudaría a recollida e análise de datos obtidos a partir da lectura dos diversos números aparecidos desde 1856 da Revista de ámbito rexional titulada *Boletín Judicial de Galicia*.

Na actualidade o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (en adiante TSXG) –ao igual que os demais órganos xurisdicionais persoais e colexiados que veñen actuando na Comunidade Autónoma galega– atópase desenvolvendo unha importante función no ámbito do dereito civil galego, segundo se pode apreciar perfectamente a través da lectura das súas diversas resolucións casacionais especialmente relevantes que, por exemplo e entre outras, foron ditadas polo Alto Tribunal en materia de dereitos reais respecto a problemas concretos xurdidos en torno a dúas institucións particularmente importantes e conflitivas que aparecen reguladas pola vixente LDCG: servidumes de paso e serventías, respectivamente.

Os tribunais da comunidade autónoma, no exercicio da súa función xurisdicional, non dubidaron en aplicar a LDCG en todos os litixios que tiveron oportunidade, incluso ás veces con problemas de congruencia ante o seu maior descoñecemento por parte dos letrados e a súa falta de alegación, e é xa constatable a existencia dunha sólida doutrina xurisprudencial emanada do TSXG, aínda a pesar do pouco tempo transcorrido. Tampouco dubidaron –como ocorreu nalgunha ocasión– en intervir, inadmitindo o recurso correspondente interposto pola parte de que se trataba, a consecuencia da introdución por aquela dunha serie de cuestións xurídicas novas e distintas das presentadas nas instancias xurisdicionais anteriores, pero procedendo a entrar no fondo do asunto, aínda cando o fora, segundo se dicía, para efectos meramente clarificadores.

Que os órganos xurisdicionais que actúan no ámbito galego apliquen a normatividade establecida na LDCG non quere dicir simplemente que sempre se limiten a facelo mecanicamente.

Hoxe en día pódese constatar como dato certo o feito de que a realidade normativa, con carácter xeral, tende a presentarse nos actuais sistemas xurídicos continentais na forma que reviste a interpretación da legalidade, tanto a través das formulacións realizadas ao respecto pola doutrina científica –cunha influencia que resulta evidente en todas aquelas situacións nas que un ordenamento xurídico non é claro ou presenta lagoas–, como das decisións xudiciais, mediante as que tamén se procede a determinar e desenvolver o dito ordenamento xurídico cando este, como

ás veces adoita ocorrer, non ofrezan solucións lexislativas a problemas que posúen unha formulación que resulte certamente previsible, ou ben cando, sen darse esa posibilidade de previsión, tales problemas aparezan motivados por novas necesidades sociais que resulte necesario solucionar e que, precisamente a consecuencia da súa imprevisibilidade, non foran debidamente contemplados na norma polo lexislador, asumindo desta forma unha función que, substancialmente, podería ser cualificable como de creación, a cal, tradicionalmente, vén sendo atribuída –na nosa opinión, desde un punto de vista meramente formal, teórico e non práctico– con carácter exclusivo ao propio lexislador, se é que se adopta unha postura restritiva en materia competencial.

### 3. Aspectos xerais relativos á conservación, modificación e desenvolvemento do dereito civil galego

#### 3.1. Propostas actuais de reforma da lei: materiais xurídicos para a reforma

A aludida falta de iniciativa política, en certa medida, veu ser paliada na actualidade coa xa sinalada nova posta en funcionamento pola Xunta de Galicia da denominada Comisión para o estudo e desenvolvemento do dereito civil galego.

A mencionada comisión superior, facéndose eco da conciencia sentida e manifestada con especial intensidade pola doutrina e xurisprudencia galegas durante os xa máis de cinco anos transcorridos desde a promulgación da LDCG, que foran previstos na súa disposición adicional segunda como prazo indicativo revisor do dito corpo normativo –conciencia que se concreta na necesidade de completar, corrixir e desenvolver o dereito civil propio, cun marco normativo referencial que basicamente aparece recollido na lei– en cumprimento das funcións que a través da correspondente normativa autonómica lle foron atribuídas, procedeu a elaborar un texto articulado –que se lle entregou ao conselleiro no ano 2001 e deuse a coñecer á opinión pública no ano 2002–, no que, como o seu nome indica, se contén unha denominada proposta de reforma da LDCG.

Pensando precisamente no posible alcance e nas importantes implicacións prácticas que podería presentar no caso de tramitarse esa –aínda en proceso– futura revisión ou reforma da lei, en que, segundo nos constaba extraoficialmente, se encontraba traballando a aludida comisión superior, tivemos a oportunidade de suxerir noutros escritos a, naqueles momentos ao noso entender, desexable realización dun debate o máis amplo posible, canalizado a través da realización dun III congreso de de-

reito galego, en que os diversos operadores xurídicos que viñan actuando no ámbito desta comunidade, manifestaran e contrastaran as súas opinións ao respecto.

Tal suxestión resultou favorablemente acollida, e, no mes de febreiro do ano 2002, a proposta da Academia Galega de Xurisprudencia e Lexislación, o Ilustre Colexio Provincial de Avogados da Coruña, e a colaboración dos restantes ilustres colexios provinciais de Galicia, procedeuse a constituír unha denominada comisión de estudos do citado congreso, integrada por diversos xuristas que, desenvolvendo a súa actividade na comunidade galega e encontrándose interesados na análise, estudo e desenvolvemento do dereito civil de Galicia, tras a realización de diversas sesións de traballo, procederon a preparar a organización científica do citado congreso, que tivo lugar entre os días 27 a 29 de novembro do ano 2002.

O propio congreso serviu como espazo aberto de encontro e adecuado foro de debate no que aproximadamente uns trescentos cincuenta xuristas, desde os seus coñecementos e experiencia profesional como profesores de universidade, maxistrados, xuíces, notarios, rexistradores da propiedade ou avogados en exercicio, sen exclusión, tiveron a oportunidade non soamente de efectuar unha valoración crítica do funcionamento da LDCG no tempo transcorrido desde a súa promulgación, confirmando a validez e eficacia de determinadas solucións contidas nas diversas materias nas que esta se estrutura, senón, tamén e ademais, de achegar outras posibles suxestións e propostas de revisión e desenvolvemento de determinados aspectos da súa normativa, que, como conclusións do congreso, foron elevadas ao lexislador galego para a súa posible toma en consideración, coa finalidade de lograr unha maior funcionalidade e operatividade da citada lei.

Como suma de experiencias teóricas e prácticas, con independencia da posible valoración particular que puidese merecer cada unha das diversas conclusións finais obtidas na súa sesión plenaria polos congresistas tras o correspondente estudo e debate das materias propostas, resulta evidente que o III Congreso de dereito galego, en esencia, permitiu obter unha visión moi ampla e completa da problemática xurídica tratada neste, motivo polo cal, ao noso xuízo, o mero acontecemento da súa realización supuxo unha importante iniciativa institucional dentro do actual proceso de consolidación e desenvolvemento do dereito civil de Galicia; o seu resultado final tamén cabería cualificalo de altamente positivo.

O feito de dispoñer, como xa se indicou, dun texto articulado, elaborado pola Comisión superior para o estudo e desenvolvemento do dereito civil galego –no que se concreta unha denominada proposta de reforma da LDCG–, así como tamén de diversos materiais, como relatos e comunicacións que, co fin dunha posible revisión do mencionado

corpo normativo foron achegadas e analizadas no III congreso de dereito galego –dadas a coñecer á opinión pública a través da páxina oficial habilitada polos seus organizadores en Internet e que, xunto coas actas das sesións de traballo realizadas polas diversas seccións do congreso e as conclusións definitivas deste, están pendentes dunha futura edición, a súa confección estase realizando actualmente– son datos significativos que permiten albergar fundadas esperanzas de que a tan solicitada e necesaria revisión ou reforma da lei –aínda que polo de agora non se coñeza a ciencia certa en qué momento– real e efectivamente, como é desexable, se leve a termo.

Nos indicados materiais cos que actualmente se conta, contéñense unha serie de pautas que, desde a que xa parece non só como formalmente asumida, senón, tamén, materialmente manifestada conciencia da posibilidade de autointegración e desenvolvemento do seu dereito civil propio, formúlense en torno á conservación, modificación e desenvolvemento das figuras e institucións que conforman aquel.

A algúns dos aspectos destas que, na nosa opinión, resultan máis significativos, referirémonos a continuación con carácter xeral.

### **3.2. Sucintas precisións xurisdicionais sobre a significación dos termos conservación, modificación e desenvolvemento do dereito civil propio, contidos no art. 149.1.8 da Constitución española**

Non obstante, previamente resulta necesario realizar –aínda cando só o sexa dunha maneira moi sucinta–, unha precisión inicial respecto ao posible significado e alcance que, ao realizar a interpretación do art. 149.1.8 da Constitución española, lle atribuíu o Tribunal Constitucional aos termos conservación, modificación e desenvolvemento, que, como é sabido, aparecen mencionados no indicado artigo en referencia ás posibles competencias legislativas que, en materia de dereito civil propio, lles corresponderían ás diversas comunidades autónomas, en contraposición coa competencia exclusiva recoñecida ao Estado sobre a lexislación civil.

Polo que se refire ás expresións modificación e conservación, non parecen presentar ningún problema interpretativo.

Neste sentido, o Tribunal Constitucional na súa sentenza 88/1993 atribuíulle ao termo conservación un significado que se concreta na posibilidade de «asunción ou integración no ordenamento autonómico das compilacións e outras normas derivadas das fontes propias do seu ordenamento», o que tamén implica, xunto a isto, a facultade de realizar «a formalización legislativa de costumes efectivamente vixentes no propio ámbito territorial», posibilitando establecer, por conseguinte, unha iden-

tificación semántica do mencionado termo conservación co mantemento do dereito civil propio.

Á dita posibilidade, recoñecida pola Constitución española, tamén se lle engade a relativa ao cambio do citado dereito civil propio, substanciabile a través da actividade que desenvolven as comunidades autónomas mediante os seus particulares órganos lexislativos; unha actividade de actualización necesaria de institucións e materias, xa reguladas e, polo tanto, contidas no seu dereito civil propio, á que o Tribunal Constitucional se referiu ao utilizar a expresión modificación.

Notables dificultades interpretativas se suscitaron, con todo, en torno ao terceiro dos termos indicados: desenvolvemento.

Respecto á referida expresión –que, ao igual que as dúas anteriores, aparece recollida en todos aqueles estatutos de autonomía correspondentes ás diversas comunidades autónomas que no seu momento optaron por asumir competencias lexislativas en materia de lexislación civil–, proporcionáronse moi variadas e dispares interpretacións doutriniais, que, nas súas formulacións máis extremas e polo que se refire ao seu posible significado e alcance, ou ben dotan ao termo dunha enorme amplitude ou, no seu caso, restrínxeno ata o límite, chegando a equiparalo á expresión modificación.

Entre as diversas interpretacións posibles que foron formuladas, o Tribunal Constitucional, nas súas sentenzas 88/1993 e 156/1993, establecendo un criterio que aparentemente parece definitivo e rexeitando as teses extremas formuladas optou, ao respecto, por asumir a doutrinariamente denominada «concepción foralista», que sinteticamente se concreta na posibilidade de permitir que as diversas comunidades autónomas que teñan recoñecidas competencias en materia de lexislación civil e dispoñan dun dereito civil propio, poidan, no exercicio das ditas competencias, regular ámbitos materiais que tivesen unha normación (propia) no dito dereito civil propio vixente no momento de entrada en vigor da actual Constitución española de 1978; é dicir, institucións ou figuras non reguladas, pero «conexas» –conexión que debe ser inmediata en referencia á proximidade nos contidos da materia xa existente cos da nova que se pretende desenvolver– coas que xa se encontraban reguladas por lei, costume ou uso naqueles momentos –enténdase en 1978; non con institucións que, tendo unha regulación no pasado histórico do dereito civil propio de que se trate, xa non a tivesen en tal data– e, sempre e cando, tal regulación se realizase conforme aos principios xerais que inspiran e informan tal dereito civil propio da comunidade autónoma de que se tratase, dando lugar, mediante o exercicio da sinalada actividade e nos termos expostos, ao seu crecemento orgánico e institucional, de maneira necesariamente limitada, garantindo, así, tanto a súa subsistencia como a súa necesaria actualización.



### 3.3. Consideracións sobre a forma xeral en que, nas diversas propostas de reforma, se considera que se debe realizar a revisión da lei

Tras realizar a precisión correspondente respecto ao significado que, con carácter xeral, se lle vén atribuíndo aos termos conservación, modificación e desenvolvemento do dereito civil propio, recollidos na Constitución española, centraremos agora a nosa atención en torno á proxección práctica que a ditos termos se pretende dar dentro do específico ámbito xurídico civil da Comunidade galega e, para isto, tomaremos como referencia as formulacións contidas tanto no texto da proposta de reforma da LDCG, elaborado pola Comisión superior para o estudo e desenvolvemento do dereito civil de Galicia, así como os relatorios e o resultado das sesións desenvoltas durante o recentemente realizado III Congreso de dereito galego.

Partindo da xa indicada asumida necesidade de conveniencia de revisión da LDCG, que se manifestou expresamente e con carácter xeral tanto polos membros da citada comisión superior como polos redactores das diversos relatorios achegados ao III Congreso de dereito galego, resulta posible observar unha primeira coincidencia en canto á forma xeral en que se considerou que a mencionada revisión da LDCG debería de ser levada a cabo.

Así, en ambos os dous casos, segundo se manifesta, optouse por tomar en consideración a norma no seu conxunto, desbotando, por conseguinte, a realización de posibles reformas parciais ou de modificacións illadas e sectoriais desta.

Non obstante, a pesar do indicado, cabe sinalar que, desde un punto de vista formal, no caso do congreso existiu unha certa falta de coordinación, perfectamente constatable cando se proceden a contrastar algúns dos resultados ou propostas formuladas que, nalgún caso, se presentan como contraditorios como, por exemplo, ocorreu no suposto da normativa relativa á veciñanza civil.

Tal falta de coordinación –que en ningún caso pode deslucir a valoración global do congreso, necesariamente positiva– probablemente encontraría a súa razón de ser en dúas razóns fundamentais: por unha parte, na circunstancia do corto espazo temporal no que o dito congreso se preparou e desenvolveu; por outra, na que, na nosa opinión, cualificaríamos como inexistencia duns criterios formais uniformes utilizables polas diversas seccións en que se estruturou o mencionado congreso, criterios dos que estas se cadra necesariamente deberían de partir ao realizar o estudo das diversas materias en que aparece ordenada a propia lei.

Neste sentido, mentres que os membros de determinadas seccións, por exemplo, tomaron como referencia para efectuar a solicitada revi-

sión o texto da proposta de reforma da LDCG, formulada pola comisión superior, os doutras seccións utilizaron directamente os artigos que, contidos na lei, se encontraban dedicados á materia que ocupaba o obxecto da súa atención e estudo.

Por outra parte, se ben o curto espazo de tempo en que, como xa indicamos, se preparou e desenvolveu un congreso no que se tratou un notable cúmulo de problemas de especial importancia, merece un eloxio, non por isto deixa de resultar así mesmo inmune a unha certa crítica, especialmente e, sobre todo, polo que neste aspecto se concreta na, ao noso entender, quizais escasa, por insuficiente e apresurada, atención temporal dedicada ao estudo, a discusión e elaboración non xa das diversas conclusións provisionais elaboradas polas distintas seccións, senón das propias conclusións definitivas –non exentas nalgún caso particular de importante polémica– que foron debatidas no seu conxunto durante a sesión plenaria do congreso, á que exclusivamente se lle dedicou unha mañá.

En calquera caso, segundo indican os membros da comisión superior nas «consideracións de índole xeral» que formulan en torno á reforma da LDCG –opinión que tacitamente tamén parece que se subscribiu no recentemente realizado III Congreso de dereito galego–, coa mesma non se pretende dotar o dereito civil de Galicia dun novo contido e xustificar tal declaración polos seus proponentes a partir do feito de que, para proceder a reformar a norma, se parte da súa estrutura básica e contido.

Que para reformar a lei teñamos que partir da súa estrutura básica e contido resulta non só evidente, senón, ademais obrigatorio e vinculante e débese, polo menos en principio e en teoría, seguir necesariamente os postulados establecidos e respectar as limitacións sinaladas polo Tribunal Constitucional ao realizar a indicada interpretación dos termos conservación, modificación e desenvolvemento, contidos no art.149.1.8 da Constitución española.

En relación a isto, a cuestión práctica que se presenta concrétese en intentar determinar se é que efectivamente e en qué medida as propostas de reforma, formuladas ata o momento presente, se cinguen realmente tanto ao contido coma á estrutura básica da lei, así como tamén se certamente respectan as limitacións indicadas polo Tribunal Constitucional, cuestión esta á que nos referiremos máis adiante.

Centrándonos agora na pregunta concreta que se formula e que fundamentalmente motiva as presentes liñas –¿que se ten que conservar, que hai que modificar e que se debería desenvolver en materia de dereito civil de Galicia?– cabe sinalar que a esta debe dárselle resposta, como acertadamente sinalaron os membros da Comisión superior para o estudo e desenvolvemento do dereito civil de Galicia –opinión que subscribimos plenamente– tomando en consideración o dereito histórico

propio, a xurisprudencia e as opinións doutrinais; todo isto, coa finalidade de proporcionar solucións específicas a problemas xurídicos propios da realidade social galega.

En canto á extraordinaria importancia e innegable influencia tanto da doutrina como, especialmente, da xurisprudencia, para poder ofrecer unha resposta adecuada á cuestión que se fórmula remitimos ao sinalado *supra* respecto destas.

Polo que se refire ao denominado dereito histórico propio de Galicia, xa tivemos ocasión de indicar reiteradamente en diversos escritos que, en relación con este, ao noso xuízo, aínda existen bastantes, variadas e importantes lagoas e incógnitas aínda non resoltas ou, no seu caso, só parcialmente contestadas ás que resulta imprescindible responder e necesario aclarar, coa finalidade de poder obter unha visión moito máis completa e exacta do fenómeno que se pretende analizar no seu conxunto, así como da problemática xurídica que en torno a este se veu e se vén formulando.

Coa finalidade de proporcionar –segundo se pretende en esencia ao formular a proposta de revisión da LDCG– determinadas solucións específicas aos problemas xurídicos propios da realidade social galega actual, ao noso xuízo, resulta imprescindible –como tamén tivemos oportunidade de sinalar noutra serie de escritos– proceder a realizar, en primeiro lugar e, como é lóxico, con carácter previo á concreción das mencionadas solucións un contraste entre as vellas necesidades específicas que se presentaron en Galicia e as que hoxe en día se manifestan, intentando contestar da forma máis rigorosa e veraz posible a unha serie de cuestións básicas, como son, por exemplo, as seguintes: ¿cales foron e cales son esas necesidades?; ¿que é o que cambiou e como cambiou?; ¿que é o que se mantivo e como se mantivo?

Para isto entendemos que nun sistema xurídico privado, como é o galego, no que o costume ocupa –e á que, polo menos de momento, aínda se lle está outorgando– un papel fundamental, resulta imprescindible –o que non parece terse feito– que participen no debate á parte de xuristas, como é evidente, tamén expertos noutras ramas do saber económico e social; especialmente antropólogos sociais que, mediante os seus coñecementos contrastados, a través dos seus estudos de campo poidan axudar a clarificar as cuestións formuladas, que posúen un carácter interdisciplinario que, sen lugar a dúbidas, resulta evidente.

Con carácter indicativo, os diversos problemas xurídicos típicos da realidade socioeconómica galega –aos que segundo algúns autores tería que darlle resposta o dereito civil propio de Galicia, concibido antes que como un conxunto asistemático de institucións, como proxección dun sistema institucional subxacente que pretende darlles resposta aos mencionados problemas–, poderían sistematizarse, en opinión dos mencio-

nados autores, de acordo cos seus propios principios informadores, nas tres categorías seguintes: a) Goce e aproveitamento do solo rústico: arrendamentos rústicos, rústicos históricos e parcerías; b) Cotitularidade de bens: montes veciñais en propiedade colectiva, agros/agras ou vilares e serventías; c) Conservación do patrimonio familiar, tanto en vida do seu titular coma na sucesión *mortis causa*, asentándose a súa regulación sobre a institución da casa e do petrucio: casos da compañía familiar galega, o usufruto universal do cónxuxe viúvo, a apartación, a mellora de labrar e posuír, a delegación da facultade de mellorar, o testamento conxunto, e o retracto de graciosa.

Tamén entre os mencionados problemas interesa resaltar especialmente un moi grave, que vén arrastrándose desde antigo nesta comunidade, para o que non xa os xuristas –que nas materias ás que o dito problema afecta intentaron buscar solucións, en moitas ocasións enxeñosas, coa finalidade de atenuar as súas graves consecuencias–, senón os propios políticos –aínda tratándose dunha cuestión de evidente política lexislativa– que non parecen terse molestado en intentar encontrar unha solución urgente.

Referímonos ao que, acertadamente, foi cualificado como o mal endémico do campo en Galicia, é dicir, o minifundio, cuxa capacidade para xerar multitude de preitos de variada natureza e notable importancia resulta evidente: por exemplo, preitos relativos a servidumes de paso; a cuestións atinentes a deslinde e amolloamento de fincas; sobre división e partición de herdanzas; aqueles nos que se cuestionan as distancias observables na plantación de árbores, etc.

#### 4. Observacións referidas ao contido das propostas de reforma actualmente formuladas

##### 4.1. Sobre a conservación das institucións e figuras xurídicas contidas na LDCG

Fronte á que parece presentarse como coincidencia en canto á forma en que, con carácter xeral, se entende que debe levarse a cabo a revisión da lei, con todo, maniféstanse algunhas diferenzas apreciáveis en determinadas cuestións puntuais moi concretas entre as propostas formuladas pola comisión superior e as discutidas no seo do Congreso de dereito galego.

O indicado pode constatare perfectamente, por exemplo, en referencia ás institucións que se considera deben ou non ser conservadas, cuestión esta que, polo demais, non resulta en absoluto novidosa e que aínda permanece aberta, como se pode apreciar perfectamente a través do estado –en ningún caso pacífico– en que o tema se atopa na doutrina.

Neste sentido, mentres que na proposta de revisión da lei, elaborada pola comisión superior, se opta, segundo sinalan os seus proponentes, por manter inalterado en todos os seus aspectos o contido da LDCG no relativo ás institucións e figuras xurídicas que contén, durante a realización do congreso formulouse algunha proposta de eliminación concreta, nalgún caso, non sen certas contradicións como, por exemplo, ocorreu entre as súas propias seccións (primeira e segunda, respectivamente) en relación á posible regulación da veciñanza civil.

Realmente significativa resulta a xustificación que en torno á concreta proposta sinalada aduce a comisión superior nas súas «*consideracións de índole xeral sobre a LDCG*».

Coa finalidade de defender a subsistencia de todas as institucións e figuras xurídicas contidas na lei, a citada comisión indica as seguintes razóns: «a necesidade de respectar a tradición xurídica propia»; a conveniencia de manter unha continuidade que eludise a falsa imaxe que está á busca dun dereito civil propio»; e, «ao feito de que, desde a promulgación da lei, os tribunais tiveron a oportunidade de resolver conflitos que afectan a boa parte do articulado da citada disposición legal», existindo nalgúns casos «sentenzas que resolvían conflitos referentes a figuras ou institucións sobre as cales se cuestionaba, en ocasións non sen certa ironía, a súa subsistencia e a oportunidade da súa regulación pola lei».

Polo que ás dúas primeiras razóns achegadas pola comisión se refire, cabe sinalar que da súa lectura parece traslucirse unha certa preocupación por xustificar –reafirmándoa– a existencia certa dun dereito civil propio de Galicia, constatable en opinión da comisión a partir dunhas determinadas institucións e figuras xurídicas que foron recollidas na lei e que, por isto, se pretenden manter nela.

A dita suposta preocupación tamén dá impresión de engadirse –precisamente a consecuencia dos termos nos que se formula a segunda das razóns e, especialmente, a partir da frase «que eludise a falsa imaxe dunha lexislación que está á busca dun dereito civil propio»– o que cualificaríamos, en expresión un tanto particular e en determinada medida como encuberto, pero, á vez, latente «sentido de inferioridade histórico-xurídico asumido» que se cadra poderíase atopar unha explicación na consciencia xa sinalada da situación histórico-xurídica certamente desoladora –aínda non totalmente clarificada ou en determinados aspectos, aínda pendente de clarificación– pola que, fronte aos dereitos propios doutras comunidades históricas do Estado español, veu atravesando o agora propiamente denominado dereito civil e Galicia.

A terceira das razóns indicadas –resolución de conflitos sobre institucións e figuras xurídicas galegas, cuestionadas ou non– tamén cremos que permite realizar diversas observacións.

A primeira delas, concrétese na confirmación da que en diversos escritos cualificabamos como importante labor xurisprudencial, realizado polos xuíces e tribunais que veñen operando nesta comunidade, un labor que, nalgúns ocasións, segundo tivemos a oportunidade de poñer de manifesto, foi moito máis alá da súa suposta función e chegou a traspasar a mera aplicación da lei.

Outra posible observación que tamén se pode realizar ao fío da intervención xurisdiccional refírese á dobre interpretación que cabe extraer do recoñecemento práctico –entendido como confirmación– de determinadas figuras ou institucións cunha posible existencia que resultou cuestionada por algún sector determinado da doutrina.

O recoñecemento xurisprudencial de tales figuras –non moi amplo en canto ao número de sentenzas ditadas polo que a algunhas das ditas figuras e institucións se refire– por unha parte, permitiría rebater as críticas que lle fixo á lei un sector da doutrina, considerándoa como norma que contén institucións de tipo fundamentalmente rural, desfasadas en relación ao momento actual, e supostamente extinguidas; por outra, induce a cuestionarse se tal recoñecemento xurisprudencial particularizado das ditas figuras –que, segundo os membros da comisión, confirmaría a súa plena vixencia– realmente identifícase en todos os casos, non só coa figura ou institución concreta de que se trata, senón tamén co seu espírito e coa función para a que teoricamente xurdiu; ou esta máis ben, en realidade, o único que fai é manter a súa denominación nominal, pero sen que se corresponda coa súa auténtica esencia, contido, espírito ou función.

Novamente nestes casos parece facerse necesaria a colaboración de historiadores e antropólogos sociais coa finalidade de poder determinar coa maior exactitude posible en qué e cómo tramitaron as ditas transformacións e cambios, se é que estes realmente se produciron.

Obsérvese que nos estamos referindo a transformacións substanciales (substantivas), introducidas por vía xurisprudencial ao realizar o recoñecemento ou a constatación (xurisprudencial) das figuras ou institucións de que se trate, o que é totalmente distinto de todos aqueles outros supostos nos que, partindo das figuras ou institucións xurídicas de que se trate, consideradas desde a súa auténtica esencia, contido e función realmente orixinarios, se pretende a súa modificación e desenvolvemento pola vía das canles legalmente establecidas (canles normais) e a partir de esquemas propiamente constitucionais coa finalidade de poder adaptar as ditas figuras e institucións, se isto resulta posible e conveniente, ás novas necesidades do momento presente.

Desde estas premisas, novamente se volven formular determinadas cuestións especialmente interesantes.

#### 4.2. Sobre a modificación das institucións e figuras xurídicas contidas na LDCG

Polo que á modificación se refire, os membros da tantas veces citada Comisión superior para o estudo e desenvolvemento do dereito civil de Galicia propuxeron con carácter xeral que, partindo da xa aludida conservación de todas as institucións e figuras xurídicas que contén a LDCG, se intente corrixir o que fora conveniente e resolver as dúbidas de interpretación que suscita o texto vixente, eludindo deste xeito, segundo se di, calquera conflictividade que puidera obedecer a unha deficiente regulación legal.

O termo modificación identifícase na proposta de reforma formulada polos membros da comisión, polo tanto con «eliminación ou supresión» –de determinados defectos, segundo se di, de redacción, de coordinación ou de incorrección técnico-xurídica de diversos preceptos da lei, perfectamente constatables e cumpridamente postos de manifesto pola doutrina– e tamén, nunha interpretación que cremos discutible, con «aclaración» de dúbidas suscitadas, segundo se indica, a consecuencia dalgúns erros ou omisións apreciables na lei, en relación con determinados aspectos esenciais desta-; pero non se identifica con «transformación», que, ao noso xuízo, habería que entender fundamentalmente en referencia aos cambios que se solicitaron introducir –sobre todo durante a recente realización do III Congreso de dereito galego– respecto a determinadas figuras xurídicas propias, como por exemplo ocorre, entre outros, nos casos da compañía familiar galega, das serventías ou do vitalicio, que agora se pretenden «revitalizar» e «reutilizar», ao adaptalas convenientemente ás novas necesidades e problemas que se presentan actualmente.

En relación a este último sentido –que, ao noso xuízo, propiamente cabería presentar como outro máis dos posibles nos que se pode concretar o termo xeral «modificación», sen prexuízo de que en determinados aspectos puntuais, determinadas transformacións tamén puidesen implicar en certa medida un «desenvolvemento»–, ao que, como se acaba de sinalar, non se alude na proposta de reforma da LDCG, elaborada pola comisión superior que a redactou, probablemente xiran as cuestións xurídicas máis interesantes.

O interese e a dificultade que ofrece o proceso de transformación que se está intentando operar en torno a determinadas institucións ou figuras antigas –que cualificamos de «revitalización» ou «recuperación»– coa finalidade de proceder a adaptalas para poder cubrir novas necesidades que se presentan na actualidade, resulta evidente para calquera xurista.

Tomando como posible referencia paradigmática unha figura enormemente controvertida, conflictiva e de complexa problemática, que durante moitos anos foi presentada por un sector da doutrina galega como

sinal de identidade do dereito foral galego, a denominada compañía familiar galega, pode observarse o agora indicado.

En atención á vixente regulación normativa desta institución –que cabería cualificar como ampla e minuciosa (arts.100 a 111 da LDCG), así como substancialmente semellante á contida na antiga Compilación de 1963 coa diferenza resaltable fronte a esta, que se concreta na introdución do principio de liberdade de forma en relación á súa constitución– os membros do relatorio da sección segunda do Congreso de dereito galego consideraron que esta se atopa desfasada, posto que nela se toma como referente, desde unha realidade eminentemente rural e agropecuaria, á tradicional familia agrícola galega, o que, na súa opinión, non se corresponde coa situación actual, en que o tipo predominante se identifica co esquema da familia urbana.

A partir destas consideracións, os membros do relatorio da sección propuxeron reformar o articulado da lei no referente á configuración da institución, das súas causas de modificación e extinción, así como tamén solicitar –en proposta presentada como voto particular, que foi aprobada non sen certa discusión e discrepancias internas entre os membros do relatorio da sección, e que posteriormente se acordou estendela tamén a todas aquelas institucións do dereito galego relativas ao matrimonio– a ampliación da compañía familiar galega en canto aos seus posibles integrantes, ademais de aos unidos por vínculo matrimonial, ás denominadas parellas de feito ou situacións asimilables ao matrimonio.

Tales propostas de modificación, sen lugar a dúbidas, translocen unha manifesta preocupación por intentar regular a que se entende como nova realidade social, pero estas presentan, tanto na figura xurídica que agora nos ocupa, así como noutras, un importante reto xurídico, que, en ningún caso, se atopa exento de notables dificultades.

Antes de asumir o dito reto probablemente fose necesario –e isto resultaría aplicable non só á compañía familiar galega, senón tamén a todas aquelas outras institucións ou figuras xurídicas antigas que se pretenden transformar– formularse dúas cuestións básicas, ás que resulta necesario contestar sincera e mesuradamente: ¿debe efectivamente, é dicir, resulta necesario –case se podería dicir que imprescindible– asumir o dito reto de transformación da institución de que se trata porque as novas necesidades sociais así o esixen?; e, no caso de que a resposta a dita pregunta fose afirmativa, ¿pode servir ou axudar a transformación da institución que se propón para solucionar realmente esas novas necesidades sociais presentadas?; ¿en que condicións se debe afrontar esa transformación para que se poida levar a cabo con suficiente rigor e garantías?

Todo isto porque, por unha parte, non se debe esquecer que o dereito, loxicamente, debe procurar regular as necesidades da realidade concreta á que serve, intentando resolver os problemas que nesta real-



mente se presenten, o que non debe implicar que este se deba de adiantar sen fundamento nin razón suficiente, certa e constatada, á dita realidade social –cando esta aínda non variará, nin nela se albisquen trazas suficientes de cambio–, condicionando e adaptando, no caso contrario, o natural desenvolvemento da dita realidade a determinados intereses meramente particulares ou de grupo.

Por outra parte, na nosa opinión, tampouco debe de esquecerse algo que se cadra por obvio adoita darse xeralmente por suposto, a necesidade dunha coherencia na citada reforma, no caso de que esta se estimase e constataste como conveniente, procurando determinar coa maior precisión xurídica posible –sempre polos xuristas, que é aos que, pola súa posición autorizada de coñecedores do dereito corresponde– os aspectos en que esta se debe concretar, xa que cando as propostas normativas se realizan dunha forma moi xeral –como, ao noso xuízo, ocorreu, por exemplo, coa proposta de ampliación da compañía familiar galega en canto aos seus posibles integrantes, ademais de aos unidos por vínculo matrimonial, ás denominadas parellas de feito ou en situación asimilable ao matrimonio–, sen matizar ou concretar determinados aspectos importantes que, nun determinado momento e contexto, resulta necesario precisar, pódese correr un grave risco e conducir a resultados desastrosos, xuridicamente falando, se é que non se ten o debido coidado.

Neste sentido, é de supoñer que tanto para levar a cabo a revisión con carácter xeral como para proceder á correspondente transformación, entendida como modificación, desenvolvemento ou ampliación de determinadas figuras xurídicas ou institucións tradicionais –se é que esta se entende como necesaria e conveniente, reiteramos unha vez máis– con carácter particular, sempre e en todo caso, deberán tomarse en consideración os denominados principios informadores do dereito galego e isto, simplemente, porque, como xa se indicou, o conxunto institucional que integra o dereito civil propio de Galicia non se debe concibir como un conxunto asistemático de institucións, senón como proxección dun sistema institucional peculiar e propio que pretende darlle resposta a problemas típicos da realidade socioeconómica galega de acordo cos ditos principios informadores.

Resulta, polo tanto, evidente que os citados principios informadores –neste caso, do dereito galego– desempeñan un papel primordial en relación á xa citada conservación, modificación e desenvolvemento do dereito civil de Galicia. Pero, ¿cales son os ditos principios informadores?

Na nosa opinión, é esta unha cuestión transcendental á que aínda non parece que se lle dera unha resposta totalmente clara e terminante na doutrina, aínda a pesar de resaltarse continuamente a súa importancia.

Tales principios que informan o dereito galego –que non se procedeu a especificar polo de agora dunha forma concreta– adoita dicirse, son os

que informan as institucións e normas xurídicas galegas vixentes, xa sexa a través de leis ou de costumes e, aínda que en principio unicamente se utilizarían en función interpretativa e integradora do dereito galego, agora –especialmente a partir do III Congreso de dereito galego– tamén se pretende destacar e potenciar a súa función como fonte do dereito civil galego.

Segundo un sector da doutrina, os ditos principios informadores ou xerais do dereito galego, obteríanse directamente por indución das normas positivas vixentes e –engadimos nós– tamén dos costumes ou, en termos da proposición formulada no seo da sección primeira do recentemente realizado III Congreso de dereito galego, «tamén estarían radicados nas conviccións populares de carácter xurídico e básico», o cal nos volve colocar ante outra serie de cuestións, ao noso entender, particularmente interesantes, que xa tivemos ocasión de avanzar noutros escritos en referencia á parte relativa ao dereito de persoas e familia no dereito civil de Galicia.

En relación á citada materia sinalabamos que, para os efectos interpretativos e para unha mellor comprensión das institucións que na dita materia se conteñen na vixente LDCG, resulta necesario ter en conta que estas son indubidablemente tributarias de toda unha serie de expedientes ou «peculiaridades xurídicas» –aparecidas tras a promulgación do Código civil, á marxe de certos usos e costumes xa existentes, mediante as que se pretendeu, segundo se di, atenuar o duro dogmatismo do Código civil, intentando resolver determinadas necesidades sentidas dentro da peculiar estrutura económico-social galega, e foran elaboradas para isto, fundamentalmente, pola práctica notarial galega de forma indirecta ou fraudulenta-, que se encontran dirixidas a conseguir a indivisión do patrimonio familiar –identificado no texto legal cun carácter esencialmente rural e agrario-, tendentes a lograr a unidade da «casa» ou «lugar» –dotados dun específico e acentuado contido persoal e patrimonial-, que aparecen configurados como conceptos angulares e definitorios do dereito civil galego.

A correspondente revisión da LDCG que agora se propón e a conseguinte «revitalización» ou «recuperación» de determinadas institucións, como por exemplo ocorre no caso da compañía familiar galega e doutras figuras xurídicas para as que o cambio ou a readaptación que actualmente se formula –en definitiva, reforma– coa finalidade última de poder resolver a través delas determinadas necesidades e problemas que se presentan na actualidade, realízase nuns termos cualitativos moi concretos e determinados que, en certa medida, as afastan da súa particular estrutura e finalidade orixinaria, necesariamente debe conducir a un cambio na propia estrutura das institucións, do sistema e, finalmente, dos seus propios principios informadores ou xerais.

Resultará por conseguinte necesario preguntarse, por exemplo, cáles son, tras a correspondente revisión da LDCG, no caso de que esta se consume, as características do novo sistema institucional –suposta e necesariamente coherente– do dereito civil propio de Galicia e cáles son os –tamén neste caso, novos– principios informadores do citado dereito galego.

#### 4.3. Sobre o desenvolvemento do dereito civil propio de Galicia

Finalmente, aínda que tamén o sexa de maneira sucinta, resulta necesario referirse ás propostas formuladas en materia de desenvolvemento do dereito civil de Galicia, entendido como «desenvolvemento do dereito propio preexistente á Constitución» coas demais precisións realizadas *supra*.

En torno á dita función, un sector importante da doutrina galega sostivo que, ata o momento presente, o desenvolvemento realizado polo lexislador galego do seu dereito propio –no exercicio das competencias asumidas por este con carácter exclusivo no art. 27.4 do Estatuto de autonomía de Galicia– foi parcial e reducido –a diferenza do ocorrido noutras comunidades autónomas históricas españolas, tamén dotadas desas mesmas competencias exclusivas– respecto das posibilidades permitidas polo art.149.1 da Constitución española de 1978 no ámbito civil autonómico, posto que a referida posibilidade lexislativa encontraría o seu límite nas normas de aplicación xeral e directa contidas no indicado precepto constitucional *in fine*, sen que isto implique necesariamente –apoiándose na interpretación realizada polo Tribunal Constitucional con ocasión da formulación de determinados recursos de inconstitucionalidade, nas súas sentenzas 121/1992, do 28 de setembro; 182/1992, do 16 de novembro; 88/1993, do 6 de maio– a obriga por parte dos parlamentos autonómicos de ter que cingirse, no exercicio da súa capacidade lexislativa civil recoñecida constitucionalmente, exclusivamente ás institucións históricas ou consuetudinarias recollidas nas súas antigas compilacións de dereito civil foral ou especial, argumentándose ao respecto que «se ben as compilacións deben ser o punto de partida sen que o desenvolvemento dos chamados historicamente dereitos forais poida supoñer a súa extensión a institucións alleas, si é posible o complemento da regulación de institucións propias forais, o que poderá implicar a aplicación do réxime foral a institucións conexas coas privativas cando os principios forais e a realidade social do territorio foral impongan unha disciplina particular».

Para os efectos sistemáticos os membros da comisión superior estruturan en tres grandes grupos as normas que propoñen introducir coa finalidade de proceder a desenvolver o dereito civil de Galicia.

Nun primeiro grupo inclúen unha serie de preceptos que, segundo indican, encontraríanse dirixidos a integrar o réxime xurídico de figuras e institucións que xa aparecen reguladas na LDCG. Mediante os ditos preceptos, segundo din, pretenderíase, fundamentalmente, suplir as lagoas da lei, anticipándose a eventuais litixios posibles e dando criterios de solución para os xa presentados.

En relación ás normas incluídas neste primeiro grupo, os membros da comisión establecen, á súa vez, dous subgrupos: un no que se encontrarían incluídas as referidas ás institucións e figuras xurídicas contidas nos títulos I a VII da LDCG –como, por exemplo, as relativas á situación de ausencia non declarada, á regulación da servidume de paso, ao vitalicio, ás doazóns por razón de matrimonio–; outro, relativo ás normas referentes ás institucións e figuras xurídicas, neste caso, comprendidas no título VIII da lei, dentro do cal, á súa vez, establecen unha nova subdistinción, segundo o que consideran como dobre sentido posible atribuído neste á necesidade de integración, que se concretaría, respectivamente, por unha parte, nas normas ditadas para levar a cabo o desenvolvemento de materias non recoñecidas no Código civil –que, como xa se dixo, estarían comprendidas no citado título VIII– (complementación dos preceptos que regulan o testamento mancomunado, por exemplo) e, por outra, nas normas establecidas para realizar o desenvolvemento das materias –comprendidas, por suposto, no título VIII da lei– que, reguladas no Código civil, se atopasen tamén recollidas na LDCG; pero, neste caso, de forma incompleta, o que, en opinión dos membros da comisión, motivou a aparición dunha serie de dúbidas respecto á aplicabilidade ou non de determinados preceptos do Código civil (complementación dos preceptos que regulan as lexítimas e a partición, por exemplo).

Un segundo grupo atópase integrado por aqueles preceptos que tamén se pretenden incorporar no exercicio da función de desenvolvemento e que, segundo se indica, gardarían relación con materias que son obxecto de regulación na vixente LDCG, pretendendo estender nalgúns casos, segundo indican os seus proponentes, a regulación normativa a certas materias que garden relación directa ou indirecta coas que xa son obxecto de regulación como, por exemplo, na súa opinión, ocorre no caso das lexítimas, que conta cunha pretensión de regulación exhaustiva que fai conveniente incorporar a esta normas relativas á preterición e ao desherdamento.

Por último, establécese un terceiro grupo no que se inclúen todos aqueles preceptos nos que se leva a cabo unha ampliación normativa a novos ámbitos materiais, é dicir, no que atinxe a unha serie de materias que, sen encontrarse contempladas na LDCG, se considera que poderían ser incorporadas a esta ao abeiro das competencias que lle corresponden á Comunidade autónoma ou dos principios que informan o dereito civil

propio de Galicia como, por exemplo, ocorre no caso da protección de menores ou da autotutela, cunha solicitude de introdución na norma básica do ordenamento xurídico civil galego que tamén foi proposta no recentemente realizado III Congreso de dereito galego.

Ao fío da declaración de principios formulada en torno á proposta de desenvolvemento que se acaba de describir nos seus termos esenciais, tamén cabe realizar diversas matizacións.

Con carácter xeral, chama poderosamente a atención a circunstancia de que a referencia aos principios informadores do dereito civil propio de Galicia –cunha importancia e necesidade de toma en consideración que, para os efectos de levar a cabo a correspondente función de desenvolvemento do dereito civil propio, xa foi posta de manifesto *supra*– unicamente se realice en relación ao terceiro dos grupos de preceptos en que os seus proponentes estruturan as normas, das que propoñen a súa introdución.

É de supoñer que os ditos principios tamén deberán ser tomados en consideración ao redactar as demais normas integradas nos outros dous grupos restantes indicados pola comisión.

Por outra parte, tamén resulta necesario recordar que parte do denominado labor de integración que agora demandan os membros da comisión –dá a impresión de que indistintamente entendido como labor de desenvolvemento e tamén de modificación– e polos intervenientes no Congreso de dereito galego, en certa medida e no que parece presentarse como un proceso de desenvolvemento certamente atípico, paradoxalmente, xa foi, ao noso entender, realizada en parte polos diversos órganos xurisdiccionais que operan nesta comunidade.

Precisamente, coa finalidade de salvagardar a seguridade xurídica, cabe entender que as ditas precisións xurisprudenciais deberán necesariamente de ser tomadas en consideración ao levar a cabo a revisión da lei.

Á parte do sinalado e con independencia da máis que discutible posibilidade –desde esquemas netamente constitucionais– da pretendida extensión da regulación normativa a certas materias que garden unha relación só indirecta con outras determinadas materias que si aparecen reguladas na lei, a indicada formulación polos membros da comisión da necesidade de introducir determinados preceptos dirixidos a lograr a integración do réxime xurídico das figuras e institucións xa reguladas na LDCG, en concreto, desenvolvendo de determinadas materias que, reguladas no Código civil, tamén se encontrasen contempladas na propia lei galega, pero de forma parcial, novamente volve presentar interesantes cuestións xurídicas. A principal delas pode concretarse no que cualificaríamos como curioso e á súa vez, nalgúns aspectos, incluso, contraditorio proceso que, realizado no exercicio do labor de desenvolvemento, tramítase nalgunhas ocasións un achegamento ao Código civil e, noutras, un afastamento ou separación deste.

Isto parécenos que se pode apreciar perfectamente, por exemplo, no caso da nova regulación que se suxeriu realizar no recentemente realizado III Congreso de dereito galego respecto das doazóns por razón de matrimonio, cunha normativa actual que, recollida no terceiro capítulo do título VII da vixente LDCG, os membros do relatorio da sección segunda do congreso cualificaron como incompleta e notablemente diferente nalgúns puntos importantes da efectuada no Código civil.

En atención a estas e outras circunstancias, os citados membros do relatorio formularon a necesidade de establecer unha nova regulación das doazóns por razón de matrimonio, indicando ao respecto con tal finalidade unha serie de pautas ou criterios concretos que, ao seu xuízo, deberían ser tidos en conta polo lexislador galego para proceder a elaborar a dita nova regulación normativa da materia.

Entre as ditas pautas ou criterios, á parte doutros, solicítase, polo que ao xa aludido labor de retorno a determinados postulados establecidos no Código civil se refire, por exemplo, perfilar tal tipo de doazóns, aproximándoo ao concepto destas recollido no dito Código civil, por consideralo tecnicamente máis idóneo, pero engadindo á súa vez unha especialidade importante, que se concreta no feito de que as ditas doazóns tamén poidan realizarse unha vez consumado o matrimonio.


Tal proposta de achegamento ao sistema de dereito civil común –aínda que só o sexa parcialmente ou unicamente en determinada medida– supón, por unha parte, un indicio consistente de ruptura coa dun tempo a esta parte arraigada –en ocasións e en determinadas materias inxusta, e tamén ao noso entender, errónea– consideración do Código civil por parte dun nutrido sector da doutrina galega como corpo normativo pernicioso e, en notable medida, segundo o seu criterio, perturbador para a resolución de determinados problemas e condicións especificamente galaicos, que a propia LDCG se tivo que encargar de afrontar; por outra, un novo reto xurídico, coas súas conseguíntes dificultades, que, neste suposto, se concretaría en establecer unha nova regulación, procurando harmonizar elementos de dous sistemas normativos, dos cales a estrutura e principios xerais informadores, en esencia, non son necesariamente coincidentes.

## 5. Breve conclusión final

Como se pode comprobar a través do sucinto panorama xeral esbozado, as diversas cuestións que se presentan en torno á conservación, modificación e desenvolvemento da LDCG son variadas e importantes.

O feito de que exista unha conciencia xa manifestada claramente –e agora parece que tamén plenamente asumida– en canto á tan solicitada

revisión ou reforma da lei, que se concreta na existencia dunha serie de propostas que foron formuladas, tanto pola Comisión superior para o estudo e desenvolvemento do dereito galego como polos relatores que interviñeron no recentemente realizado III Congreso de dereito galego, vólvenos situar noutro dos momentos fundamentais do proceso histórico xurídico polo que está atravesando o denominado dereito civil de Galicia.

Precisamente as evidentes e importantes repercusións que as ditas propostas de revisión ou reforma poidan ter para o ordenamento xurídico galego, se é que se chegasen a consumir, permiten solicitarlle ao lexislador desta comunidade, tanto unha particular e coidadosa toma en consideración das diversas materias que se pretenden revisar ou reformar, así como unha especial prudencia e esmero ao redactar a que se propón como nova normativa da LDCG tras realizar a correspondente modificación e desenvolvemento dalgúns dos seus preceptos actualmente vixentes. Unha nova normativa que, como é lóxico, desde a súa consideración sistemática debe ser coherente e racional e que, no fondo, debe procurar responder e formularse en atención a necesidades sociais reais e verdadeiramente sentidas. 

# O CONTROL DOS ACTOS DE PREPARACIÓN E ADXUDICACIÓN DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Carlos I. Aymerich Cano

Profesor titular de dereito administrativo  
Universidade da Coruña

## 1. A recepción das directivas comunitarias e a nova ordenación da preparación e da adxudicación dos contratos das administracións públicas

Segundo manifesta a exposición de motivos do TRLCAP, a nova regulación da contratación pública responde á necesidade de traspasar unha normativa comunitaria que, mesmo non integrada oficialmente, era directamente eficaz no ordenamento español. Mais tamén, segundo recolle o referido texto, a nova lei pretendía enmarcarse nunha liña continuísta respecto da LCE e, finalmente, ou ao menos esa foi unha das súas cartas de presentación perante a opinión pública, a LCAP quería ser un instrumento eficaz de loita contra a corrupción que, certamente, ten na contratación pública un dos seus terreos máis propicios.

Tal acumulación de tarefas non podía senón traducirse en conflito. Conflito, en particular, entre a noción xurídica de concorrencia propia da lexislación de contratos do Estado e a economicista que informa o dereito comunitario. Conflito que o lexislador español apenas quixo ver na



súa manifestación máis estreita e negativa<sup>1</sup>, resolvéndoo, polo demais, por medio do alegre abandono dun instrumento importantísimo de conformación económica e social.

Porque, en efecto, a transposición foi completa. E, á marxe dalgúns redutos<sup>2</sup>, a recepción do concepto comunitario de concorrencia como mera igualdade formal entre os licitadores consumouse totalmente. Organízase un novo sistema de selección de candidatos e ofertas, caracterizado pola volta a un certo automatismo e á drástica redución da discrecionalidade. Verifícase o que xa noutra ocasión denominei «corremento» dos procedementos e formas de contratación<sup>3</sup>, cara a unha maior obxectivización: o concurso aproxímase á poxa, a contratación negociada faino ao concurso e para ocupar o oco resultante da desaparición da contratación directa aparecen os contratos menores, resultado da elevación á categoría xeral dos fornecementos menores da LCE.

Polo que respecta á selección dos candidatos ou licitadores, o cambio é igualmente importante<sup>4</sup>. Introdúcese unha regulación de mínimos, de carácter obxectivo, restrinxindo á discrecionalidade dos órganos de contratación a previsión de criterios novos á marxe dos expresamente dis-

---

<sup>1</sup> A que responde á problemática xeralmente coñecida como «fuxida do dereito público». Con efecto, o gran debate durante a tramitación parlamentaria da lei xirou arredor da determinación do seu ámbito de aplicación subxectiva, determinación que, segundo se verá, non respondía inicialmente ás exixencias decorrentes das directivas (sobre esta cuestión vid., entre outros moitos traballos, os de SAÍNZ MORENO, «Los temas objeto de debate en la nueva Ley», páx. 68 e ss. e GARCÍA DE ENTERRÍA, «Ámbito de aplicación de la Ley», páx. 107 e ss., ambos incluídos no *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, GÓMEZ-FERRER MORANT, coord., Civitas, Madrid, 1996 e o máis recente *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, NOGUERA DE LA MUELA, Atelier, Barcelona, 2001). Só obrigado por dúas rotundas condenas do Tribunal de Xustiza da Unión Europea – sentenzas do 15 de maio e do 16 de outubro de 2003 – o lexislador español introduciu, a través da Lei 62/2003, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, diversas modificacións no texto no RD-Lex. 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas (en diante, TRLCAP). Tampouco se acometeu a transposición completa da Dir. 89/665/CEE (recursos), no entendemento –errado– de que as normas procesuais e procedementais vixentes xa satisfacían as súas exixencias (cfr., exposición de motivos, alínea 1.2, parágrafo 4º).

<sup>2</sup> Como o réxime preferencial previsto en favor das empresas que teñan unha determinada porcentaxe de traballadores minusválidos (DA 8ª).

<sup>3</sup> Cfr. «Acerca da adxudicación e formalización dos contratos das Administracións Públicas (e unha nota sobre a natureza xurídica dos pregos contractuais)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 2/1998, páx. 140.

<sup>4</sup> Ao punto de que o cambio de formulación á que en 1984 fixera referencia ARIÑO ORTIZ e, segundo o cal, «máis que a oferta interesa agora o oferente» (cfr., *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1984, páx. 60) resultou, á súa vez, tamén subvertido. De novo, o que interesa é a oferta económica, aínda que este concepto non se deba reducir exclusivamente ao prezo.

postos na lei que, outra vez máis, non fai senón traspor as directivas europeas de contratación.

É certo que, nun contexto xeral de cuestionamento da discrecionalidade administrativa e de ensaio de instrumentos cada vez máis incisivos de control, a xurisprudencia adiantara xa, dalgunha maneira, esta obxectivización das formas de adxudicación, principalmente a través da promoción do prezo ao rango de criterio principal de asignación nos concursos<sup>5</sup> e mesmo na contratación directa<sup>6</sup>. Mais só a LCAP confirma

<sup>5</sup> Fronte á xurisprudencia tradicional –representada de forma clara pola STS do 12 de novembro de 1982 (Sala 3ª, relator Roldán Martínez, Ar. 6983), para a cal «O concurso, como forma de contratación administrativa, implica, pola súa mesma natureza, unha maior flexibilidade para a selección do contratista, a diferenza do automatismo da poxa, cuxa obxectividade é total. En consecuencia, o art. 36 LCE ofrece un abano de solucións alternativas, en función da conveniencia ou, máis ben idoneidade, das ofertas respecto do obxecto obrigacional. A mesa pode, pois, aceptar a proposición máis vantaxosa ao seu entender, desde o punto de vista técnico ou calquera outro (estético, p.ex.), facer a adxudicación ao mellor postor (conveniencia económica) e mesmo declarar deserta a convocatoria», de xeito que «resulta indiferente no caso actual que o concursante propuxera o prezo máis baixo, circunstancia esta non determinante no procedemento utilizado. O custo é ademais un dos factores a sopesar na adxudicación, que puido facerse e fíxose á empresa, cuxa proposición resulta máis acorde coas exixencias do prego de condicións. En definitiva, carecen de trascendencia en tal aspecto as supostas inexactitudes no razoamento ou motivación do acto administrativo se lembra, outra vez, que malia que o concursante rexeitado cumpría tamén todas as condicións do prego e fora o mellor postor, o órgano encargado de ponderar as ofertas, tiña unha marxe de liberdade para apreciar as circunstancias propias de cada concorrente. Esta discrecionalidade limitada utilizouse neste caso cun fundamento razoábel, pois as características técnicas dos equipos ofrecidas eran semellantes mais non idénticas e, por iso, o prezo non tiña, necesariamente, unha influencia decisiva nesta modalidade contractual» outra liña xurisprudencial tende a sobrevalorar o prezo, dándolle unha eficacia xustificativa da adxudicación superior á dos demais criterios de adxudicación do contrato. Así, por exemplo, a STS do 11 de xuño de 1991 (Sala 3ª, secc. 5ª, relator Delgado Barrio, Ar. 4874) a cal, mesmo admitindo que na resolución do concurso se deban ter en conta outros elementos alén dos estritamente económicos (art. 15 RCCL), considera tamén claro que «...cando estes outros datos se producen en termos de igualdade, os principios de boa administración imponen unha decisión baseada en criterios económicos: en igualdade de «alto grao de capacitación» para realizar unha obra, a racionalidade dos principios de boa administración exige a selección da mellor oferta económica, ao menos cando non se invoca ningunha razón para separarse desa solución. Non enténdelo así supón unha violación do principio de interdicción da arbitrariedade dos poderes públicos» (FX 4º). No fundamento 6º desta mesma sentenza, en aplicación da teoría dos conceptos xurídicos indeterminados, xustifícase a adxudicación do concurso ao mellor postor. Ao interpretar a exixencia de que a adxudicación teña que facerse nos concursos a favor da oferta «máis vantaxosa», estima o tribunal que este é «un concepto xurídico indeterminado que, en canto tal, o que exclúe é a figura da discrecionalidade, caracterizada pola viabilidade de solucións diferentes», para concluír que, no caso axuzado, a oferta máis vantaxosa situábase claramente na zona de certeza positiva.

<sup>6</sup> Cfr., Ss.TS do 11 de xullo de 1986, Ar. 5064; 22 de xullo de 1989, Ar. 6074; STSX do País Vasco do 25 de novembro de 1996.

a tendencia e lévaa ata as súas últimas consecuencias forzando viraxes radicais na xurisprudencia aplicativa da LCE<sup>7</sup>.

A recepción do dereito comunitario da contratación pública provocou, pois, unha clarificación do sistema español de preparación e adxudicación dos contratos das administracións públicas, nomeadamente naquilo que atinxe á neta diferenciación entre os criterios de exclusión e os de selección dos candidatos –prohibicións para contratar e requisitos de capacidade e solvencia exixidos–, aos criterios de adxudicación do contrato- relativos agora en exclusiva á oferta, ao obxecto contractual –e, finalmente, as denominadas condicións contractuais que, sen operar como criterios de adxudicación, se lle impoñen ao adxudicatario e poden, no caso de seren incumpridas por este, fundamentar unha eventual resolución do vínculo contractual<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> A respecto, por exemplo, da posibilidade de se lles aplicar a presunción de temeridade tamén aos concursos e á contratación negociada.

<sup>8</sup> Como indica MICHEL con carácter xeral, parafraseando a sentenza «*Beentjes*» do 20 de setembro de 1988, para o tribunal de Luxemburgo, «a verificación da aptitude dos empresarios para executaren as obras e a adxudicación do contrato, son dúas operacións diferentes no marco da asignación dun contrato público» (cfr., «La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrumente essentiel de leur ouverture á la concurrence», en *RMUE* n° 3/1994, páx. 164). Sirva como mostra desta neta distinción entre criterios de admisión de licitadores e criterios de adxudicación do contrato os informes da XCCA 11/98, do 30 de xuño e 29/98, do 11 de novembro. No primeiro, négase a posibilidade de que un criterio como o da experiencia poida ser empregado para a adxudicación dun contrato por concurso para os efectos do art. 86 TRLCAP, por tratarse dun medio xustificativo da solvencia das empresas e «a Dir. 93/36/CEE considera fases distintas e establece requisitos tamén distintos para a selección de fornecedores e a adxudicación do contrato, mencionando para a primeira fase, entre outros, o requisito de experiencia ou relación das principais entregas efectuadas nos tres últimos anos e, para a segunda fase, unha serie de criterios obxectivos que, mesmo non enumerados a título exemplificativo, nada teñen que ver coa experiencia, precisamente por vir este requisito incorporado á fase de selección de contratistas». No segundo négase tamén, claramente, a posibilidade de que a experiencia na realización de obras análogas poida ser incluído como criterio de adxudicación nun concurso, posto que «a experiencia ....é un requisito que pode xustificar a solvencia do empresario na fase de verificación da súa aptitude, mais non se pode utilizar como criterio de adxudicación do concurso incluído entre os enumerados no art. 87 da LCAP». No mesmo sentido o punto 33 da STXUE do 16 de outubro de 2003 (As. SIEPSA), no que se reflicte claramente esta distinción, nin sempre ben aplicada na práctica contractual da Administración española, entre os criterios subxectivos –xustificativos da solvencia e da capacidade técnica do contratista– e os obxectivos, relativos á oferta, de adxudicación do contrato: «A comisión sinala a seguir que entre os oito criterios de adxudicación do contrato encóntranse “o equipo técnico adscrito permanentemente a pé de obra” e o “grao de cumprimento dos contratos adxudicados por SIEPSA”. A este respecto, destaca que ambos os criterios figuran no artigo 27 da Directiva 93/37 entre os elementos que poden xustificar a capacidade técnica do contratista e contribúen á súa selección, mais que, pola contra, non poden servir para determinar a mellor oferta, xa que os criterios de adxudicación que enxerga o artigo 30 da directiva apenas se poden

Esta clareza conceptual obedece á ordenación que do procedemento de contratación realizan as directivas europeas, que aumenta a transparencia do proceso ao delimitar en qué momento poden ser valoradas as diferentes exixencias a que o órgano de contratación atende ao seleccionar os candidatos e adxudicar un contrato. Mais tamén, desde o punto de vista da concorrencia, para impedir que dentro de cada un deses mencionados momentos «valorativos» as decisións se baseen en criterios ou condicións diferentes das expresadas nas directivas. O dereito comunitario ordena as diversas fases do procedemento de contratación cun marcado carácter preclusivo.

## 2. A integración da directiva 89/665/CEE no ordenamento español

Consciente a comisión de que unha parte importante do fracaso na aplicación das directivas de contratación nos anos setenta e oitenta obedeceu á inexistencia de vías eficaces de recurso fronte ás infraccións cometidas polas entidades adxudicadoras, propúxose o establecemento dun sistema de recursos harmonizado a nivel comunitario que garantise, de forma efectiva, o cumprimento da normativa material contida nas outras directivas. Aprobouse así a Directiva 89/665/CEE, cuxos trazos máis relevantes son os seguintes:

■ **Recoñecemento dunha ampla lexitimación para recorrer:** de conformidade co establecido no art. 1.3 da directiva «recursos», estes deben ser accesíbeis a «calquera persoa que estea ou teña estado interesada en obter un determinado contrato de subministración pública ou de obras públicas e que teña sido ou poida estar prexudicada por unha presunta infracción».

■ **Recursos ante instancias internas:** os estados membros obríganse a establecer un sistema interno de recursos, que permitan revisar rápida (*en tempo real*, para evitar os feitos consumados) e eficazmente as decisións das autoridades contratantes que infrinxan as normas sobre contratación. A directiva outórgalles ás instancias internas competentes –administrativas e/ou xudiciais– amplas potestades: adoptar medidas provisionais para corrixir a presunta violación, mesmo ata a suspensión da adxudicación ou execución de calquera decisión do poder adxudicador; anulación das decisións ilegais e recoñecemento dunha indemnización

---

referir á prestación concreta de que se trata. A comisión conclúe que a inclusión de ambos os criterios citados entre os de adxudicación do contrato é contraria ás disposicións dos artigos 18, 27 e 30, alínea 1, da directiva 93/37».

ou compensación afectadas pola infracción; e garante que, en calquera caso, as decisións adoptadas deben poder ser obxecto de recurso ante instancias xurisdiccionais ou que, ex art. 284 TUE, poidan ser consideradas como tales para os efectos do dereito comunitario.

■ **Un sistema efectivo de medidas preventivas**, «para corrir a infracción ou para impedir que se causen outros prexuízos aos intereses afectados», medidas que poden consistir tanto na suspensión da execución de calquera decisión adoptada polos poderes adxudicadores como en calquera outra medida preventiva. A Directiva 89/665/CEE non impón que os procedementos de recurso teñan carácter suspensivo automático da decisión impugnada e prevé que a adopción destas medidas provisórias se realice despois de ponderar os diferentes intereses en xogo, incluído, loxicamente, o interese público e as consecuencias, negativas e positivas, que para estes se poidan derivar da súa adopción. Debe repararse en que a directiva «recursos» establece que estas medidas preventivas deben poder adoptarse con independencia da interposición dun recurso sobre o fondo que vise a anulación das decisións ou resolucións que se estiman ilegais.

■ **Recursos no ámbito comunitario**: posibilidade de denunciar ante a comisión, antes da adxudicación do contrato, calquera violación clara e manifesta da normativa europea na materia. Loxicamente, e así o recoñece a propia comisión, esta non dispón dos recursos nin da información necesaria para detectar e resolver cada un dos casos de infracción nas normas comunitarias en todo o territorio da UE; e, por outro lado, a resolución do procedemento de infracción previsto no tratado, en especial cando é preciso acudir ao Tribunal de Xustiza, pode demorar ata tres anos. É evidente que procedementos tan prolongados, no ámbito da contratación pública, distan de ser eficaces e, por iso, a grande maioría dos conflitos provocados pola preparación e adxudicación dos contratos públicos deben ser resoltos no ámbito interno de cada un dos estados membros<sup>9</sup>.

**En que medida traspón a lexislación contractual española o disposto nesta directiva?** Pois, fronte ao que acontece noutros ordenamentos xurídicos –caso do francés ou do portugués, que logo serán sumariamente estudados–, o lexislador español viña considerando que os obxectivos procurados pola directiva «recursos» xa se podían acadar satisfactoriamente a través da normativa existente en materia de recursos administrativos e xurisdiccionais (LPAC e LXCA). Mais esta era unha afirmación insistente-

<sup>9</sup> Cfr., o Libro verde da comisión *A Contratação Pública na União Europeia*, 1996, páx. 18 e ss.

mente negada pola práctica administrativa e xudicial, xa que, malia os evidentes progresos experimentados pola revisión xurisdiccional da actuación administrativa contractual, aínda existen límites que este control non dá superado, máxime se se repara en que, tal e como o TXUE lembra en diferentes ocasións, «a declaración posterior dun incumprimento... con frecuencia após a execución do contrato, non poderá eliminar o prexuízo sufrido polo ordenamento xurídico comunitario e por todos os licitadores excluídos ou privados da posibilidade de licitar»<sup>10</sup>.

Como progreso, os tribunais contencioso-administrativos revisan a selección realizada polos órganos de contratación e condenou a Administración a indemnizar ao contratista indebidamente postergado<sup>11</sup>, mesmo aínda que, en supostos moi contados, chegase a substituír á Administración, indicando o tribunal quen debeu ser o adxudicatario do concurso ao existir no proceso –por apareceren nos pregos contractuais motivos de preferencia– base probatoria suficiente.

Canto á lexitimación, *a priori*, e debido á eficacia directa do art. 24.1 CE, o ordenamento español semella concordar co exixido pola Directiva 89/665/CEE.

Mais, como consecuencia da doutrina aínda mantida pola xurisprudencia de que a participación nun concurso supón a aceptación das súas cláusulas, as facultades xudiciais de control resultan practicamente impedidas cando a infracción decorre directamente dunha cláusula recollida nos pregos contractuais.

Tampouco a técnica da suspensión preventiva da eficacia dos actos administrativos –fundamental en materia de adxudicación de contratos públicos– se ten mostrado, na aplicación que dela fan os tribunais contencioso-administrativos, como satisfactoria: a suspensión dunha licitación ou da execución dun contrato xa adxudicado dana normalmente o interese público, de xeito que na inmensa maioría dos casos a suspensión é denegada, sobre todo se reparamos en que as salas consideran que os prexuízos derivados son sempre indemnizábeis. A vixente LXCA non responde á necesidade –imperada polo dereito comunitario– dun proceso preventivo sumario, quen de chegar rapidamente a unha decisión sobre o fondo do asunto, nin sequera pola vía do procedemento abreviado regulado no art. 78 que, doutro xeito, só é aplicábel cando os recursos se referiren a materias das que coñezan os xulgados do contencioso-administrativo e cando a súa contía non supere os 3.000 euros,

<sup>10</sup> Cfr., auto do 22 de abril de 1994. Vid. GIMENO FELIU, J.M, *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003, páx. 198 e ss.

<sup>11</sup> Entre outras, vid. a STS do 26 de abril de 1994 (Ar. 3009), que anula as decisións do órgano de contratación por afastárense inxustificadamente do criterio sostiúdo polos servizos especializados e a mesa de contratación.

contía substancialmente inferior aos limiares cuantitativos fixados polas directivas substantivas e, na súa virtude, recollidos no TRLCAP español.

Por último, cabe tamén cuestionar se a fiscalización que os tribunais españois realizan das decisións administrativas relativas á selección de contratistas non podía ser máis ambiciosa seguindo a liña marcada por certos pronunciamentos do TXUE.

### 3. As Ss.TXUE do 15 de maio e do 16 de outubro de 2003 e as reformas introducidas pola Lei 62/2003 no TRLCAP

#### 3.1. A S.TXUE do 15 de maio de 2003

As evidencias destacadas no epígrafe anterior foron, finalmente, constatadas polo TXUE na sentenza do 16 de maio de 2003 (As. C-214/00), na que o tribunal estimou dous dos tres<sup>12</sup> motivos impugnatorios esgrimidos pola comisión contra o Estado español polo incumprimento da obriga de transposición da Directiva 89/665/CEE. Seguindo, como era previsíbel, o establecido en pronunciamentos anteriores<sup>13</sup>, o tribunal

---

<sup>12</sup> O recurso da comisión fundamentábase en non ter adoptado o Estado español as medidas necesarias para dar cumprimento ao disposto nos art. 1 e 2 da directiva «recursos» e, en particular:

|| Non estender o sistema de recursos aos procedementos de contratación xestionados por entidades de dereito privado creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, dotadas de personalidade xurídica de seu e cuxa actividade estea maioritariamente financiada polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público, ou cuxa xestión estea sometida a un control por parte destas, ou cuxo órgano de administración, dirección ou vixilancia estea composto por membros que, na súa maioría, sexan nomeados polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público.

|| Ao non permitir a interposición de recursos contra todas as decisións adoptadas polas entidades adxudicadoras, incluídos todos os actos de trámite, durante o procedemento de adxudicación dun contrato público;

|| Ao non ter previsto a posibilidade de se adoptaren todo tipo de medidas preventivas procedentes en relación coas decisións adoptadas polas entidades adxudicadoras, incluídas as medidas destinadas a permitir a suspensión dunha decisión administrativa, eliminando a tal fin as dificultades e os obstáculos de calquera tipo e, en particular, a necesidade de interpoñer previamente un recurso contra a decisión da entidade adxudicadora.

<sup>13</sup> Así a STXUE do 15 de xaneiro de 1998 (As. «Mannesmann») no relativo á interpretación do concepto «organismo de dereito público» (vid. o meu traballo «Entes instrumentais e dereito comunitario da contratación pública: o concepto de organismo de dereito público», REGAP n° 20, páx. 181 e ss. e NOGUERA DE LA MUELA, *El ámbito subjetivo...*, cit.) e, no relativo á falta de adaptación dos ordenamentos estatais ao sistema de recursos establecido na Directiva 89/665/CEE, a STXUE do 19 de setembro de 1996 (As. comisión contra Grecia).

condena ao Estado español por non ter integrado adecuadamente a citada directiva e, en concreto, segundo establece a resolución,

- «Ao non ter estendido o sistema de recursos garantido pola citada directiva ás decisións adoptadas polas sociedades de dereito privado creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, dotadas de personalidade xurídica de seu e cuxa actividade estea maioritariamente financiada polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público, ou cuxa xestión estea sometida a un control por parte destas, ou cuxo órgano de administración, dirección ou vixilancia estea composto por membros máis da metade dos cales sexan nomeados polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público; e
- ao someter por regra xeral a posibilidade de se tomaren medidas preventivas en relación coas decisións adoptadas polas entidades adxudicadoras á necesidade de interpoñer previamente un recurso contra a decisión da entidade adxudicadora».

Poucos meses despois, o alcance práctico desta declaración viuse confirmada pola S.TXUE do 16 de outubro de 2003 (As. SIEPSA), na que o tribunal europeo volve condenar ao Reino de España por infracción da Directiva 93/37/CEE (obras), ao non se suxeitar ás prescricións desta relativas á licitación realizada pola «Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A» relativa á construción dun centro educativo penitenciario experimental en Segovia.

### 3.2. As reformas do TRLCAP introducidas a través da Lei 62/2003

Forzado por estas incontestábeis condenas xudiciais, o lexislador aproveitou a Lei 62/2003, de medidas fiscais, administrativas e da orde social, para introducir diversas modificacións no TRLCAP. Por unha parte, para introducir as sociedades mercantís públicas dentro do ámbito de aplicación do TRLCAP e permitir, a través da remisión ao mecanismo da «alzada impropia» regulada no art. 41 da Lei 48/1998, do 30 de decembro, de procedementos de contratación nos sectores da auga, enerxía, os transportes e as telecomunicacións, o control contencioso-administrativo da actuación contractual destes entes con personalidade xurídico-privada. Pola outra introducindo un novo art. 60 bis no que se regulan, dun xeito máis acorde co disposto na Directiva 89/665/CEE, as medidas preventivas no marco dos procedementos administrativos de contratación, *lex specialis* e ben máis garantista que a contida no art. 111 LPAC.

Canto á ampliación do ámbito subxectivo de aplicación do TRLCAP, a Lei 62/2003 introduce unha nova redacción do art. 2.1 e das disposicións adicionais 6<sup>a</sup> e 16<sup>a</sup> deste corpo legal. O novo art. 2.1 establece:



«As entidades de dereito público non comprendidas no ámbito definido no artigo anterior e as sociedades de dereito privado creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil sempre que, amais, conorra algún dos requisitos contidos no parágrafo b) da aliña 3 do artigo anterior<sup>14</sup> ficarán suxeitas ás prescricións desta lei relativas á capacidade das empresas, publicidade, procedementos de licitación e formas de adxudicación para os contratos de obras, subministracións, consultoría e asistencia e servizos de contía igual ou superior, con exclusión do Imposto sobre o valor engadido, a 6.242.028 euros (equivalente a 5.000.000 dereitos especiais de xiro), no caso de tratarse de contratos de obras, ou a 249.681 euros (equivalente a 200.000 dereitos especiais de xiro), se se trata de calquera outro contrato dos mencionados».

Previsión normativa que, como xa foi apuntado, debe completarse co disposto na DA 6<sup>a</sup> –que establece a suxeición da actividade contractual destas sociedades mercantís públicas, nos casos en que esta non estea sometida ao TRLCAP por disposición do mencionado art. 2.1, aos «principios de publicidade e concorrência, salvo que a natureza da operación que se vai realizar sexa incompatible con estes principios» –e máis coa DA 16<sup>a</sup> que, precisamente para os casos en que a actuación contractual destas sociedades mercantís públicas estea sometida ao TRLCAP establece, por remisión ao previsto no art. 51 da Lei 48/1998, unha alzada impropia ante o ministerio ao que estas sociedades estean adscritas e, por conseguinte, a posibilidade de que a súa actividade contractual poida ser revisada pola xurisdición contencioso-administrativa.

A respecto desta reforma do art. 2.1 e das DD.AA. 6<sup>a</sup> e 16<sup>a</sup> TRLCAP, cabe salientar, en primeiro lugar, o seu carácter incompleto e parcial, froito, sen dúbida, da precipitación<sup>15</sup> coa que esta reforma se acometeu. No canto de optar por someter o conxunto da actividade contractual destas sociedades públicas ao TRLCAP –consecuencia lóxica da súa consideración como «poderes adxudicadores» para os efectos das directivas comunitarias, tal e como impón a STXUE do 15 de maio de 2003 –a Lei 62/2003 optou pola solución máis restritiva e, ao fin, máis problemática:

---

<sup>14</sup> Os xa coñecidos de estar dotadas de personalidade xurídica de seu, estar maioritariamente financiada a súa actividade polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público, ou acharse a súa xestión sometida a un control por parte destas, ou estar composto o seu órgano de administración, dirección ou vixilancia por membros que, na súa maioría, foron nomeados polas administracións públicas ou por outras entidades de dereito público.

<sup>15</sup> Mostra inequívoca desta precipitación é o dato de que se mantieña o título orixinal do art. 2 TRLCAP («Adxudicación de determinados contratos de Dereito Privado»), claramente incongruente agora co carácter público duns contratos que o son pola natureza e os fins que motivaron a creación do ente que os adxudica.

un sometemento parcial da actuación contractual destas sociedades ao TRLCAP só nos supostos en que a operación contractual concreta supere os limiares cuantitativos establecidos nas directivas. Para os demais casos, a contratación destas sociedades fica, sen máis, apenas suxeita á observación dos «principios» de publicidade e concorrencia (DA 6ª), non aos da lexislación de contratos das administracións públicas.

Do mesmo xeito, a solución arbitrada para someter, indirecta e parcialmente, a través dunha «alzada impropia» a actividade contractual destas sociedades públicas á xurisdición contencioso-administrativa, compromete a coherencia do sistema da LXCA. Porque, ao fin, que explicación lóxica pode existir para que a fiscalización contencioso-administrativa dun contrato de obras ou de subministracións adxudicado por unha destas sociedades dependa, en exclusiva, da contía e non do carácter da operación contractual considerada ou da natureza do ente que o adxudica? Non se trata apenas de que, ao depender só da contía do contrato, se lle abra a porta á fraude so a forma de fraccionamentos ou reducións ficticias dun orzamento que, ao fin, se pode incrementar por medio de modificados posteriores á adxudicación do contrato. Trátase tamén de que esta solución levanta problemas –sentenzas civís e contencioso-administrativas contraditorias axuizando contratos de idéntica natureza– que xa debían estar resoltos<sup>16</sup> e ameaza, con toda certeza, con novas condenas xudiciais ao Estado español por incumprimento dun dereito comunitario da contratación que, cómpre lembrar, non se limita ás directivas senón que ten un arraigamento directo nos tratados e que, neste sentido, aféctalle ao conxunto da actuación contractual dos estados membros,

---

<sup>16</sup> Problemas porque a opción seguida pola Lei 62/2003 –someter parcialmente ao TRLCAP algúns dos contratos asinados polas sociedades mercantís públicas, no canto de considerar estas sociedades mercantís públicas como «administracións públicas» introducindoas, ao pé dos organismos autónomos e das entidades de dereito público con personalidade xurídica de seu, no art. 1.3 TRLCAP –levanta novamente a cuestión de cál será a xurisdición competente para fiscalizar os contratos destas sociedades de contía inferior á establecida no novo art. 2.1. Neste caso, achándose os tales contratos unicamente sometidos aos principios de publicidade e concorrencia (que non aos principios do TRLCAP) segundo establece a DA 6ª, non se poden identificar «actos separábeis» que xustifiquen a competencia da xurisdición contencioso-administrativa, por canto esta categoría só é predicábel respecto dos contratos privados das «administracións públicas» no sentido que a este concepto lle dá o TRLCAP, mais non respecto de contratos privados asinados por entidades que non participan, consonte co citado corpo legal, de tal condición. E é neste sentido no que se debe interpretar o art. 9 TRLCAP. Porén, en contra deste entendemento, afirmando a aplicabilidade da doutrina dos actos separábeis tamén aos contratos asinados por sociedades mercantís en mans públicas, vid. VILLALBA PÉREZ, F., *La contratación de las sociedades en manos de las Administraciones Públicas: principios de publicidad y concurrencia. Fundamentos de su publicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, páx. 288.

incluída a que cuantitativamente non exceda os limiares establecidos naquelas<sup>17</sup>.

A segunda das novidades introducidas pola Lei 62/2003 supón a introdución no TRLCAP dun novo art. 60 bis no cal se ordena un **novo sistema de tutela administrativa preventiva dos interesados nos procedementos de contratación**. Unha *lex specialis* respecto da regulación xeral contida no art. 111 LPAC e máis conforme que esta coas exixencias derivadas da directiva «recursos», tal e como esta foi interpretada polo TXUE e, en concreto, pola citada sentenza do 15 de maio de 2003, e que ofrece a seguinte redacción:

«1. Os interesados en concorrer a un procedemento de adxudicación e, en todo caso, os licitadores, poderán solicitar a adopción de medidas provisionais para corrixir a infracción alegada ou para impedir que se lles causen outros prexuízos aos intereses afectados, incluídas as medidas destinadas a suspender ou a facer que suspenda o procedemento de adxudicación do contrato en cuestión, ou a execución de calquera decisión adoptada polos órganos de contratación.

Esta solicitude poderá formularse con independencia de que se interpoña o recurso correspondente.

2. Serán órganos competentes para adoptar, no seu caso, as tales medidas provisionais os que foran indicados para coñecer dos correspondentes recursos, calquera que fora a súa clase.

3. O prazo para solicitar a adopción das medidas citadas será de cinco días a contar da data da infracción alegada, e deberase resolver, de forma motivada, nun prazo de dez días, ou entenderase denegada no suposto de non recaer resolución expresa.

Contra a dita resolución non caberá recurso, sen prexuízo dos que procederan contra as resolucións que se ditaran no procedemento principal.

4. Cando da resolución das medidas provisionais poidan derivar prexuízos de calquera natureza, a resolución poderá impor a constitución de caución ou garantía suficiente para responder deles, sen que aquelas produzan efectos en tanto a dita caución ou garantía non fora constituída».

Esta nova regulación das medidas provisionais no seo dos procedementos de adxudicación supón, sen dúbida, unha transposición máis fiel do establecido neste extremo pola directiva «recursos», tal e como esta foi interpretada polo TXUE e, en concreto, pola sentenza do 15 de maio de 2003. Recóllese unha ampla lexitimación para instar á adopción destas medidas («Os interesados en concorrer a un procedemento de adxudicación e, en todo caso, os licitadores»), unha configuración aberta

<sup>17</sup> Liberdades fundamentais como a de circulación de mercadorías e servizos e principios de dereito orixinario como os de non discriminación, igualdade de tratamento e transparencia (cfr., Libro verde da comisión *A Contratación Pública na Unión Europea: reflexões para o futuro*, 1996, páx. 15 e MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, páx. 73 a 111).

das medidas que se deben adoptar, que non teñen por que limitarse á suspensión do procedemento («medidas provisionarias para corrixir a infracción alegada ou para impedir que se causen outros prexuízos aos intereses afectados, incluídas as medidas destinadas a suspender...»), medidas que poden ser adoptadas con independencia da interposición dun recurso sobre o fondo, ao instar á anulación da decisión que se estime ilegal («Esta solicitude poderá formularse con independencia de que se interpoña o recurso correspondente») e que deben ser instadas e adoptadas nun prazo o suficientemente curto como para impedir a produción de feitos consumados (cinco días para solicitálas, dez para adoptálas). A competencia para coñecer e resolver estas solicitudes, élle atribuída ao órgano administrativo competente para coñecer dos eventuais recursos de que sexan susceptibles os actos ou resolucións que se estimen ilegais.

Porén, este novo art. 60 bis TRLCAP presenta certas carencias e limitacións que deben ser destacadas. En primeiro lugar, a imposibilidade de recorrer a decisión que se adopte respecto da adopción ou non destas medidas provisionarias, prohibición de recurso que, como xa se ten apuntado<sup>18</sup>, non só é contraria á previsión xeral establecida no art. 107 LPAC, senón que semella, tamén, contravir o contido esencial do dereito á tutela xudicial efectiva (art. 24 CE) na medida en que nel se inclúe, tal e como a xurisprudencia do TC estableceu, o dereito aos recursos e á tutela preventiva. É máis, esta prohibición tampouco semella ser moi acorde co texto da directiva «recursos», por canto esta dispón que «sempre que as instancias responsábeis polos procedementos de recurso non sexan de natureza xurisdiccional... deben ser adoptadas disposicións para garantir os procesos a través dos cales calquera medida, presuntamente ilegal, adoptada pola instancia de base competente ou calquera falta presumida no exercicio dos poderes que lle fosen conferidos, deba poder ser obxecto de recurso xurisdiccional ou de recurso perante outra instancia que sexa un órgano xurisdiccional na acepción do art. 177 do tratado (actual art. 234 TUE) e que sexa independente en relación coa entidade adxudicadora e a instancia de base» (art. 2.8). Dito doutro xeito, se é dubidosa a constitucionalidade de establecer legalmente a irrecorribilidade de determinados actos ou resolucións administrativas, sexa en vía administrativa ou contenciosa, na medida en que esta irrecorribilidade se afirme en decisións adoptadas por órganos administrativos que non gocen da condición de «instancia independente» no sentido da directiva «recursos», non cabe dúbida de que tal previsión legal é abertamente in-

<sup>18</sup> Cfr., NOGUERA DE LA MUELA, B., «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español», pág. 124 (en GIMENO FELIU, J.M., coord., *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004).

compatíbel co dereito comunitario. Xa que logo, outra vez máis, a precipitación ou a falta de ambición do lexislador español ameaza con provocar novas sentenzas condenatorias do TXUE.

### 3. Asuntos (aínda) pendentes

#### 3.1. A lexitimación para impugnar os actos relativos á selección de contratistas

Tanto para a doutrina como para a xurisprudencia maioritaria, o PCAP é –en canto que parte da convocatoria do procedemento selectivo– un acto xeral que, unha vez perfeccionado o contrato, se converte no seu contido negocial, con independencia de que fose ou non aceptado polo adxudicatario. É só neste sentido que se adoita afirmar ao que o PCAP é lei do contrato ou lei do procedemento selectivo.

Esta negación da substancia normativa ao PCAP produce tamén un claro impacto na procura da fiscalización xurisdiccional da actuación contractual da Administración. Existe unha consolidada doutrina xurisprudencial segundo a cal a falta de impugnación directa do PCAP impide facer valer indirectamente a súa ilegalidade a través dun recurso dirixido contra os actos subseguintes do procedemento e, en particular, contra a propia adxudicación. Doutrina que parte da aplicación da causa de inadmisibilidade recollida no actual art. 28 LXCA («non é admisíbel o recurso-contencioso-administrativo respecto dos actos que sexan reprodución doutros anteriores definitivos e firmes e os confirmatorios de actos consentidos por non ser recorridos en tempo e forma»).

Cuestións dogmáticas á parte<sup>19</sup> e do recordatorio de como doutrina e xurisprudencia admiten pacificamente a natureza normativa doutros produtos da Administración con evidentes similitudes cos pregos de contratación: tal é o caso das bases reguladoras dos procedementos de concesión de subvencións ou outras axudas públicas, de adxudicación de vivendas ou, tras dunha xa consolidada doutrina constitucional iniciada coa STC 193/1987, do 9 de decembro, tamén das bases reitoras dos procedementos de selección de persoal ao servizo das administracións públicas.

Con efecto, o TC ten recoñecido sen reservas o carácter normativo das bases reitoras dos procedementos de selección de persoal ao servizo das administracións públicas, ao se referir a elas como «disposicións xerais» co obxecto de lembrar cal é o obxecto do recurso de amparo:

---

<sup>19</sup> Estudadas detidamente no meu traballo «Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares», en *El derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

«... o carácter esencialmente subxectivo do recurso como vía de protección de dereitos e liberdades, procedendo ao exame das disposicións xerais neste tipo de recurso só en canto *prius* necesario para determinar se se violaron dereitos fundamentais protexidos por esta vía (...). O exame, por tanto, da convocatoria e bases para a cobertura en propiedade de 159 prazas de auxiliares administrativos, aprobadas polo Concello de Valencia o 10 de xullo de 1986, é o *prius* necesario para a resolución do presente recurso de amparo» (F.X. 5º).

Desde o meu punto de vista, e unha vez atendido o valor que o art. 5 LOPX lle dá ás sentenzas do TC, a mudanza na doutrina xurisprudencial que se vén de indicar parece obrigada. Mesmo –aínda que este suposto non estea contemplado na xurisprudencia constitucional citada– para recoñecer a lexitimación a interesados distintos dos participantes no procedemento selectivo baseándose no «interese competitivo», recoñecido noutros ámbitos por unha xurisprudencia xa idosa<sup>20</sup>.

Por outra parte, e como xa foi adiantado, débese lembrar que tamén o dereito comunitario exige o recoñecemento dunha ampla lexitimación para impugnar as actuacións de preparación e adxudicación dun contrato. O art. 1.3 da Dir. 89/65/CEE exige que as vías estatais de recurso lle sexan accesíbeis, como mínimo, a calquera persoa que teña ou tivera interese en obter un determinado contrato público e que, amais, se vira ou se poida ver prexudicada por unha presunta infracción. Á luz de canto se vén de indicar, pódese afirmar que a práctica restritiva que seguen os tri-

<sup>20</sup> Vid. o traballo de FERNÁNDEZ FARRERES «Interés competitivo, comercial o industrial e impugnación directa de disposiciones de carácter general», REDA n.º 22, 1979, páx. 465 e ss. Como única excepción, ben que moi condicionada polas circunstancias do caso axuizado, cabe citar a STSX de Cataluña do 2 de outubro de 2000, na que se recoñece a lexitimación para impugnar o acto de adxudicación a un terceiro:

«A análise da dita cuestión [a da lexitimación] exige, con todo, ter en conta que, a diferenza dos procedementos de adxudicación de contratos por medio de concurso ou poxa, nos que a participación nestes é aberta, de tal maneira que só resultan lexitimados para impugnar o resultado da adxudicación aqueles que interviñeran como participantes no procedemento, no suposto de autos encontrámonos ante un sistema de contratación directa, no que a xunta veciñal elixiu un único licitador, que resultou ser a mesma persoa a quen se lle adxudicara no ano 1994, concedéndolle a este o contrato de arrendamento mediante acta de adxudicación do 17 de xaneiro de 1999, con remisión sucinta e somera nesta ás condicións particulares que figuran na adxudicación anterior, isto é, sen nin sequera realizar unha consulta previa e negociación dos termos do contrato.

Quere isto dicir que non existiu un procedemento aberto e público para a adxudicación do aproveitamento cinxético do monte de referencia, coa conseguinte exclusión deste de calquera persoa que non fose a que directamente preseleccionou a xunta veciñal, o que lexitima para impugnar aquel a calquera persoa que teña ou tivese interese na adxudicación do contrato e á que anticipadamente se lle privou de participar neste, polo que debe admitirse a lexitimación do hoxe recorrente, en canto interesado no dito contrato e non apenas como persoa actuante en defensa da mera legalidade».

bunais españois no recoñecemento da lexitimación para impugnar os actos de preparación e adxudicación dos contratos públicos é incompatible co dereito comunitario e que, por conseguinte, a alegre afirmación contida na exposición de motivos da LCAP dista de responder á realidade.

Exemplos tirados das resolucións ditadas polo TXCE nesta materia e que obrigaron a mudar normativas internas consideradas incompatíbeis coa Directiva 89/665/CEE (caso de Alemaña, Grecia<sup>21</sup> ou Austria), deberían abondar para que o lexislador español acometa unha urxente reforma da lexislación procesual e procedemental administrativa.

### 3.2. A tutela preventiva no ordenamento español

Como exemplo da imperencia da tutela preventiva en materia contractual, sirva a seguinte pasaxe da STS do 7 de febreiro de 1996 (Ar. 2518), na que se denega a casación solicitada fronte a un auto no que o TSX de Cataluña denegara a suspensión do acto de adxudicación dun contrato de uso e explotación dun restaurante. Razo a o TS no fundamento cuarto desta sentenza que «para resolver sobre a suspensión dos actos impugnados, e malia que se puidera deducir outra cousa da pura letra do precepto [art. 122.2<sup>a</sup> LXCA de 1956], non só hai que atender aos danos e perdas que a execución lles puidera causar aos recorrentes, senón que tamén hai que sopesar o interese público que está en xogo e, por suposto, tamén o posíbel interese de terceiras persoas, cuxas utilidades non teñen porque ser infravaloradas. Pois ben, no presente caso, sen descoñecer os prexuízos inmediatos que a execución do acto lles puídesen

---

<sup>21</sup> A STXCE do 19 de setembro de 1996 (as. C-236/95, Rec. I-467), na que se condena ao Estado grego por infracción da Dir. 89/665/CEE, é ben ilustrativa e contén algunhas orientacións de interese. En primeiro lugar, a sentenza considera que a pesar de que o Decreto presidencial grego nº 18/1989 prevé, con carácter xeral, a suspensión da execución dos actos administrativos, tal previsión «presupón a existencia dun recurso principal de anulación do acto administrativo impugnado, en tanto que en virtude do disposto no art. 2 da directiva, os estados membros están obrigados a conferir-lles aos organismos que coñezan dos procedementos de recurso da facultade de adoptar, independentemente de calquera acción previa, todas as medidas provisionais, incluídas as destinadas a suspender ou a facer que se suspenda o procedemento de adxudicación do contrato público en cuestión» (fundamento 12), incumprimento que non desaparece polo feito de que o Consello de Estado grego interprete o dito decreto presidencial de conformidade coa directiva (fundamento 12) pois «como resulta de reiterada xurisprudencia do TXCE, para cumprir a exigencia de seguranza xurídica, é especialmente importante que os particulares gocen dunha situación xurídica clara e precisa que lles permita coñecer a plenitude dos seus dereitos e exercitalos, chegado o caso, ante os órganos xurisdiccionais estatais» (fundamento 13) e, en fin, para o TXCE, «unha xurisprudencia como a do Consello de Estado non pode en caso ningún cumprir coas exigencias de seguranza xurídica» (fundamento 14). As carencias que esta sentenza detecta no ordenamento heleno, ¿caso non son igualmente advertíbeis no dereito español?

orixinar aos actores, existe un interese público en que a nova adjudicación (por principio máis vantaxosa que a anterior, salvo que se demostre outra cousa) produza os seus efectos, e existe tamén nela un interese particular, o do novo adjudicatario...»

Esta doutrina aplicativa da vella LXCA de 1956, aínda vixente, leva á consecuencia xa indicada: a suspensión dunha licitación ou da execución dun contrato xa adjudicado dana normalmente o interese público, de xeito que na inmensa maioría dos casos a suspensión é denegada, sobre todo se reparamos en que as salas consideran que os prexuízos derivados son sempre indemnizábeis.

O camiño a seguir neste punto vén indicado polo TXCE en dous autos, ditados tralo recurso previo da comisión.

No primeiro<sup>22</sup> o tribunal de Luxemburgo suspendeu a adjudicación e execución dun contrato de automatización do xogo, realizada por un ente público italiano baseándose no carácter manifesto da infracción das normas comunitarias, por canto xa se ditara en 1989 unha sentenza sobre un asunto practicamente idéntico.

Noutro posterior<sup>23</sup>, no que se desestimaba a petición de medidas preventivas realizada pola comisión, o TXCE non suspendeu a eficacia dun contrato público de subministración de autobuses realizado por unha entidade belga, ao considerar, dunha banda, que a comisión non actuou diligentemente ao non lle comunicar en tempo ao Estado belga a súa intención de solicitar a suspensión e, doutra, que tal suspensión paralizaría a renovación dunha flota de autobuses que, pola súa antigüidade, xa provocara algún accidente.

En ambos os dous supostos, como noutros posteriores, o TXCE pondera o interese da comisión no cumprimento do dereito comunitario, co interese público implicado na execución do contrato, inclinándose normalmente polo primeiro sempre que exista aparencia de bo dereito (*fumus boni iuris*) e concorra o requisito de urxencia (*periculum in mora*)<sup>24</sup>, conforme co establecido no art. 83 do Regulamento de procedemento do tribunal.

Neste mesmo sentido pronúnciase a citada Dir. 89/65/CEE. Tras establecer a obriga dos estados membros de velar pola previsión de poderes que permitan «tomar, o máis rapidamente posíbel, a través dun proceso de urxencia, medidas provisionais destinadas a corrixir a alegada violación ou a impedir que sexan causados outros danos aos intereses en causa, incluíndo medidas destinadas a suspender ou a facer suspender o

<sup>22</sup> Auto do presidente do TXCE do 31 de xaneiro de 1992.

<sup>23</sup> Do 22 de abril de 1994.

<sup>24</sup> Cfr., art. 83 do Regulamento de procedemento do TXCE.



proceso da adxudicación do contrato de dereito público en causa ou a execución de calquera decisión tomada polas entidades adxudicantes» (art. 2.1º.a) e de lembrar que a potestade para adoptar tales medidas provisionais pode serlles atribuída a instancias distintas das competentes para resolver sobre o fondo (art. 2.2º), impón que a instancia responsable pola adopción destas medidas provisionais debe tomar en consideración «as probábeis consecuencias de tal medida para todos os intereses susceptíbeis de ser lesionados, así como o interese público, e de decidir non conceder esas medidas sempre que as consecuencias negativas poidan superar as vantaxes» (art. 2.4º).

### 3.3. A inexistencia dun procedemento especial en materia contractual

Formalmente, a afirmación contida na exposición de motivos da LCAP relativa á non necesidade de transposición expresa da Dir. 89/665/CEE podería compartirse á luz do establecido no art. 130 da LXCA de 1998. Con todo, a realidade é moi distinta e perante a estrita interpretación que dos requisitos da tutela preventiva están a facer os órganos contencioso-administrativos, parece claro que o camiño a seguir é o da institución dun procedemento sumario que permita, coa maior rapidez, adoptar un pronunciamiento sobre o fondo dos conflitos xurdidos na preparación e na adxudicación dos contratos públicos.

Un procedemento que non existe no ordenamento español –segundo xa se xustificou, o procedemento abreviado previsto na LCAP non sería de aplicación en materia contractual– en contraste co que sucede noutros ordenamentos como o francés ou o portugués aos que deseguido, e a mero título de exemplo, se fará unha referencia sumaria.

#### *a) O référé precontractual francés*

No dereito francés, a Lei 92-10, do 4 de xaneiro de 1992 (modificada pola Lei 93-122 do 23 de xaneiro, de prevención da corrupción, que o estendeu ás convencións de dereito público) traspón a Dir. 89/65/CEE establecendo un procedemento urxente e sumario invocábel para calquera incumprimento das normas internas e comunitarias reitoras dos procedementos de selección de contratistas. Os trazos principais desta vía de fiscalización xurisdiccional son os seguintes:

■ **Lexitimación:** todos os que poidan ver eventualmente lesionado o seu interese en concursar, á parte do prefecto (no caso dos contratos das entidades locais) e o Goberno francés, cando a comisión o requira á vista dunha infracción «clara e manifesta» do dereito comunitario.

■ **Procedemento:** resolve un só maxistrado da sala, conforme cun procedemento abreviado (o recorrente pode realizar unha reclamación

previa ante a Administración actuante que debe responder no prazo de 10 días; no caso de non haber resposta ou no caso de que esta sexa negativa, o recorrente debe presentar o recurso en *référé* ante o presidente da sala ou a persoa en que este delegara, que o deben resolver en 20 días). Trátase dunha decisión definitiva, sobre o fondo do asunto, e non apeñas dunha decisión provisoria.

Cando se actúa en vía de *référé*, o xuíz administrativo pode adoptar unha ampla gama de medidas provisorias (suspensión do procedemento, medidas provisorias positivas: *injection*). A Lei 2000-597, do 30 de xuño, que modificou o réxime do *référé* precontractual, suavizou as condicións para a adopción de medidas preventivas, por máis que se mantéña o seu carácter non automático: abonda con demostrar a urxencia e achegar indicios que proxecten serias dúbidas sobre a legalidade da decisión impugnada, e elimínase a exigencia de que da non suspensión se puidesen seguir consecuencias dificilmente reparábeis.

Esta mesma lei aumentou a eficacia do *référé* precontractual, ao introducir dúas modificacións que a doutrina viña reclamando: por un lado, a atribución ao xuíz dun poder de *injonction* que lle permite adiar a sinatura dun contrato por un prazo máximo de 20 días; por outro, a eliminación da obriga de efectuar unha reclamación administrativa previa. Con estas dúas medidas corríxese un dos maiores problemas levantados pola normativa precedente: a sinatura precipitada do contrato antes de que recaese a decisión do xuíz e que daba lugar ao arquivo da demanda.

#### b) O contencioso contractual portugués<sup>25</sup>


A través do Decreto-lei 134/98, do 15 de maio, traspúxose ao ordenamento portugués a directiva «recursos». A solución adoptada foi a de introducir un recurso contencioso específico para os actos administrativos relativos á formación dos contratos públicos de execución (*empreitadas*) e concesión de obras públicas, subministración de bens e prestación de servizos, superen ou non os limiares cuantitativos establecidos nas directivas europeas<sup>26</sup>. Os trazos xerais deste contencioso contractual son os seguintes:

<sup>25</sup> Sobre as reformas introducidas polo Decreto-lei 134/98 no contencioso dos contratos públicos en Portugal, vid. VIANA C., «Recentes alterações do contencioso relativo à formação dos contratos públicos», en *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 37/2003, páx. 3 e ss.

<sup>26</sup> O art. 2 establece que «São susceptíveis de recurso contencioso os actos administrativos relativos à formação dos contratos previstos no artigo anterior que lesem direitos ou interesses legalmente protegidos, assim como os actos dirigidos à celebração de contratos do mesmo tipo que sejam praticados por sujeitos privados no âmbito de procedimentos pré-contratuais especificamente regulados por normas de direito público» (alínea 1). Prosegue a alínea 2 deste mesmo artigo: «também são susceptíveis

■ **Lexitimación ampla.** Os recursos poden ser interpostos por «quem se considerar titular de dereito subjectivo ou interese legalmente ofendido polo acto recorrido ou alegar interese directo, persoal e legítimo no provimento do recurso» (art. 3.1).

■ **Procedemento urxente e sumario.** O prazo para a interposición do recurso é dun mes a contar desde a notificación ou, no seu caso, desde a data de coñecemento do acto. A única proba admisíbel é a documental e na tramitación do recurso dispónse un prazo común de quince días para contestación e alegacións (só as haberá no caso de ser requirida ou admitida proba) e de dez días para a resolución do recurso.

■ **Medidas provisionarias.** Débense solicitar conxuntamente coa interposición do recurso e, nos termos da directiva, poden visar tanto a suspensión como calquera outra destinada a «corrigir a ilegalidade ou a impedir que sejam causados outros danos aos intereses em causa» (art. 2.3). O procedemento para a adopción destas medidas é igualmente áxil: sete días para resposta da autoridade interesada e dos contra-interesados, tres días para vista ao ministerio público e cinco días para que o tribunal resolva sobre estas. Os criterios para a adopción destas medidas están igualmente tirados de forma literal da directiva: «...não serão decretadas se o tribunal, em juízo de probabilidade, ponderados os direitos ou interesses susceptíveis se derem lesados, concluir que as consequências negativas para o interesse público excedem o proveito a obter pelo recorrente». 

---

de impugnação directa o programa, o caderno de encargos ou qualquer outro documento conformador do procedimento pré-contratual, designadamente com fundamento na ilegalidade das especificações técnicas, económicas ou financeiras que constem desses documentos».

## Abreviaturas empregadas

CE: Constitución española.

DA: disposición adicional.

FX: fundamento xurídico.

LCAP: Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas.

LCE: Lei de contratos do Estado.

LOPX: Lei 6/1985, do 1 de xullo, orgánica do poder xudicial.

LPAC: Lei 30/1992, do 26 de novembro, do réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

LXCA: Lei 29/1998, do 13 de xullo, da xurisdición contencioso-administrativa.

PCAP: Pregos de cláusulas administrativas particulares.

RCCL: Regulamento de contratación das corporacións locais.

REDA: *Revista Española de Derecho Administrativo*.

REGAP: *Revista Galega de Administración Pública*.

RMUE: *Revue du Marché Unique Européenne*.

TC: Tribunal Constitucional.

TRLCAP: Texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado por Real decreto-lexislativo 2/2000, do 16 de xuño.

TS: Tribunal Supremo.

TSX: Tribunal Superior de Xustiza.

TUE: Tratado da Unión Europea.

TXCE: Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea.

TXUE: Tribunal de Xustiza da Unión Europea.

UE: Unión Europea.

XCCA: Xunta consultiva de contratación administrativa.

## Bibliografía citada

- ARIÑO ORTIZ, G., *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*, Unión Editorial, Madrid, 1984.
- AYMERICH CANO, C.I., «Acerca de la naturaleza normativa de los pliegos de cláusulas administrativas particulares» (en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000).
- «Entes instrumentais e direito comunitario da contratação pública: o conceito de organismo de direito público», REGAP n° 20, 1998.
- COMISIÓN EUROPEA, *A Contratação Pública na União Europeia: reflexões para o futuro*, 1996.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Interés competitivo, comercial o industrial e impugnación directa de disposiciones de carácter general», REDA n° 22, 1979.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Ámbito de aplicación de la Ley» (en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, GÓMEZ-FERRER MORANT, coord., Civitas, Madrid, 1996).
- GIMENO FELIU, J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación*, Civitas, Madrid, 2003.
- MICHEL, N., «La jurisprudence de la Cour de Justice sur les marchés publics: instrumente essential de leur ouverture á la concurrence», en *Revue du Marché Unique Européenne* n° 3/1994.
- MORENO MOLINA, J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., *El ámbito subjetivo de aplicación de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 2001.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., «El control de la contratación pública en el Derecho comunitario y en el ordenamiento jurídico-administrativo español» (en Gimeno Felíu, J.M., coord., *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004).
- SAINZ MORENO, F., «Los temas objeto de debate en la nueva Ley» (en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Gómez-Ferrer Morant, coord., Civitas, Madrid, 1996).
- VIANA, C., «Recentes alterações do contencioso relativo à formação dos contratos públicos», *Cadernos de Justiça Administrativa*, n° 37, xaneiro/febreiro, 2003.
- VILLALBA PÉREZ, F., *La contratación de las sociedades en manos de las Administraciones Públicas: principios de publicidad y concurrencia. Fundamentos de su publicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

# ANÁLISE DAS LICENZAS MUNICIPAIS PARA O FUNCIONAMENTO DOS LUGARES DE CULTO

**Rosana Corral García**

Avogada. Doutora europea en dereito  
Investigadora da Universidade da Coruña  
Área de dereito eclesiástico do Estado

**Carlos Pérez González**

Técnico de Administración xeral  
Xefe do gabinete-asesor xurídico da alcaldía do Concello de Ferrol

## 1. Estado da cuestión

Para comezar a exposición deste tema tomáronse como punto de partida os feitos reais acaecidos en relación coa polémica xurdida como consecuencia da intención da comunidade musulmana de construír unha mesquita no centro dun núcleo urbano<sup>1</sup>.

O problema xorde, fundamentalmente, con motivo da forte oposición veciñal á citada construción, e pode entenderse como un novo episodio do choque entre culturas, máis concretamente, entre confesións relixiosas, en tanto que estas, no proceso histórico de formación das identidades nacionais, van conformando tamén a súa correspondente identidade ideolóxica. Atopámonos, pois, con dúas culturas marcadamente diferentes: por un lado, a española, que provén historicamente do

---

<sup>1</sup> Para obter máis información dun conflito concreto, véxase o caso da localidade catalana de Premiá de Mar, tratado con gran profusión no seu día polo xornal *La Vanguardia*, ao que se pode acceder a través de Internet no seguinte enderezo: [www.lavanguardia.es](http://www.lavanguardia.es).

credo católico, asentado no noso país durante séculos e que, se ben na actualidade deixou de ser a confesión estatal, mantén unha enorme influencia na sociedade española, tanto no referente a cuestións estritamente relixiosas –nos grupos de persoas identificados coa citada confesión– como en cuestións culturais ou meramente tradicionais, que foron moldeando a idiosincrasia dun pobo. Por outro lado, a relixión islámica ou, de modo máis amplo, a cultura islámica, antagónica en diversos aspectos á católica, tanto no referente ao culto e ás crenzas coma en aspectos tan delicados como a condición xurídica e social da muller.

Tal e como sinala Juli Ponce i Solé<sup>2</sup>: «A nadie se le escapan los problemas sociales que están generando los intentos de abrir nuevos lugares de culto no católicos; los cuales dan causa al surgimiento de un típico síndrome de NIMBY<sup>3</sup>. La situación de ipso existente es la tolerancia municipal de oratorios precarios, en situación irregular, incómodos, peligrosos y, por qué no decirlo, indignos de desempeñar la función que se les asigna. La libertad religiosa debe ponerse en conexión sistemática con diversos preceptos constitucionales; entre los que destacan, a los efectos de este trabajo, los artículos 9.2, 13.1, 14 y 47, partiendo de la idea básica de que el uso del suelo tiene impacto sobre el efectivo desarrollo de la libertad religiosa».

Este proceso encontrado de convivencia entre dúas culturas que durante séculos se deron as costas, inevitablemente, xera controversias sociais, moitas veces xenófobas e de rexeitamento cara ao outro, o diferente, partindo da consideración social pexorativa que moitos cidadáns teñen cara a un credo que historicamente se enfrontou en numerosos conflitos bélicos co que foi tradicionalmente o credo oficial do país. Precisamente, no marco das controversias sociais é onde xorde a función dos poderes públicos como garantes do Estado social, democrático e de dereito e dos valores que este representa, que están configurados no noso ordenamento xurídico, tales coma o sometemento ao imperio da Lei (artigo 9 CE) e o escrupuloso respecto aos dereitos fundamentais e ás

---

<sup>2</sup> Cfr. Juli PONCE I SOLÉ, «Derecho Urbanístico y derechos constitucionales. Las relaciones entre vivienda, equipamientos relixiosos e cohesión social», no Anuario do Goberno local 2002, publicado pola Fundación «Democracia y Gobierno Local», páxs. 111 e ss.

<sup>3</sup> Acrónimo en inglés de Not In My Back Yard, algo así como «non no meu patio traseiro». Esta expresión quere dar conta dos fenómenos de oposición cidadán que cada vez con maior frecuencia espertan os intentos de situar especialmente determinadas infraestruturas, públicas ou privadas, ben porque se consideran perigosas para a saúde (plantas incineradoras de residuos, etc.), ben porque non se queren ter preto, ante o medo de que a súa presenza «atraia» colectivos non desexados polos habitantes da zona (centros de rehabilitación de drogodependentes, vivenda social, lugares de culto de certas confesións relixiosas, etc.).

liberdades públicas, entre os que se atopan tanto o dereito á liberdade relixiosa e de culto (artigo 16 CE) coma o dereito á liberdade e á seguridade (art. 17 CE) sen esquecer, ademais, o proclamado polo artigo 10 da nosa Carta magna, en canto determina que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

É xustamente aí onde comeza a ardua tarefa dos poderes públicos –e, concretamente, a das entidades locais por ser esta a Administración máis próxima ao cidadán–, que se vén ante a difícil disxuntiva de conciliar a garantía e o respecto ao principio de legalidade, aos dereitos fundamentais e ás liberdades públicas coa presión social duns veciños, que, inevitablemente, conforman o corpo electoral que cada catro anos os xulga.

Por todo o anterior, este traballo espera poder contribuír a aclarar o réxime xurídico que resulta aplicable nestas situacións, grazas ao estudo das achegas doutrinais e, especialmente, das xurisprudenciais. Todo isto coa intención final de que as administracións públicas locais teñan un elemento de xuízo fundado en dereito, que os axude a poder solucionar tan difíciles e inevitables situacións no presente e no futuro, dado o marcado carácter multicultural que cada vez se asenta máis no noso país. Por outra parte, esperamos tamén que os estudosos do dereito eclesiástico do Estado, así como os do dereito administrativo, poidan quitarlle utilidade a estas breves consideracións sobre un tema que ofrece, por unha parte, clara actualidade e repercusión práctica, e pola outra, tan suxestivas e atractivas posibilidades de actuación do ordenamento xurídico.

## 2. As licenzas municipais necesarias para o funcionamento dun lugar de culto

Unha vez exposta a problemática que se lle presentou aos operadores xurídicos municipais, convén determinar cáles son as posibilidades de intervención da Administración local nestes supostos e, máis concretamente, cáles son os límites no exercicio habitual das súas actuacións de control cando do que se trata é de establecer as limitacións que lles afectan ás confesións relixiosas ao precisar cá será o lugar no que se reúnan os seus fieis para a celebración de actos de oración e culto.

Así, tendo en conta que a intervención municipal adoita efectuarse no medio da concesión daquelas licenzas referentes as actividades que pretendan desenvolver os particulares que as solicitan; no caso da creación dun templo deberá considerarse a aplicación ou non das seguintes: a) licenza de obras; b) licenza de primeira ocupación –ou, no seu caso, de cambio de uso–; c) licenza de apertura –e, no seu caso, sometemento



a determinadas disposicións específicas coma o Regulamento de actividades molestas, nocivas, insalubres e perigosas ou o Regulamento de espectáculos públicos e actividades recreativas.

#### a) Licenza de obras (obras de nova planta)

A licenza urbanística municipal<sup>4</sup> é unha autorización municipal de carácter regulado que, sen prexuízo de terceiro, permite a execución de obras ou a utilización do solo que os instrumentos urbanísticos previron en cada terreo<sup>5</sup>.

Esta técnica de intervención administrativa baséase no control dos actos de edificación e outros usos do solo para garantir a súa adecuación e sometemento á legalidade e ao planeamento urbanístico. A concesión de licenza constitúe unha actividade regulada no dobre sentido de ter que denegar as licenzas de obras que se opoñan ás disposicións urbanísticas e de ter que conceder as que se acomoden a estas<sup>6</sup>.

A necesidade de someter a construción dun templo á licenza de obras municipal establéceo a propia normativa aplicable, que con carácter supletorio vén determinado a nivel estatal, polo artigo 1.1 do Regulamento de disciplina urbanística, aprobado polo Real decreto 2187/1978, do 23 de xuño, que dispón: «estarán sujetos a previa licencia, sin perjuicio de las autorizaciones que fueren procedentes con arreglo a la legislación específica aplicable, los siguientes actos: 1.- las obras de construcción de edificaciones e instalaciones de todas clases de nueva planta».

En consecuencia, unha vez presentada unha solicitude de licenza municipal de obras acompañada do correspondente proxecto básico e de execución de tales obras para a construción dunha mesquita, a Administración local, de conformidade coas competencias atribuídas polo artigo 84.1.b da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora de bases de réxime local, en relación coa normativa urbanística de aplicación, deberá verificar os seguintes extremos:

1º) Comprobar que a confesión relixiosa solicitante acompaña toda a documentación necesaria para a obtención da correspondente licenza municipal e, en caso negativo, requirila para que no prazo de quince días hábiles (artigo 9.1.4 do Regulamento de servizos das corporacións locais) emende as deficiencias que hai na documentación presentada.

<sup>4</sup> Cfr. AA.VV., *Memento práctico Francis Lefebvre. Urbanismo 2002-2003*. Madrid, 2001, páx. 871.

<sup>5</sup> Vid. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo, III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, oitava edición. Madrid, 2000, páx. 590 e ss.

<sup>6</sup> Vid. sentenzas do Tribunal Supremo do 31 de outubro de 1978 e do 26 de xullo de 1988.

2º) Conceder, tras o informe técnico e xurídico, sempre e cando se axuste á normativa de aplicación, a correspondente licenza municipal para o templo relixioso.

3º) No suposto de denegación de licenza, a confesión correspondente poderá impugnar en vía contencioso-administrativa o acordo de denegación ante o xulgado do contencioso-administrativo ou ante o Tribunal Superior de Xustiza, en función da competencia.

Así pois, os poderes públicos, a través da licenza municipal de obras, verifican que o local no que pretende exercerse o correspondente culto relixioso reúne as condicións determinadas polos plans urbanísticos e comprobán que o uso pretendido se axusta ao disposto polo Planeamento xeral, xa que este debe incluír entre as súas determinacións –art. 12 do texto refundido da Lei do solo aprobado polo Real decreto 1346/1976, do 9 de abril–: «2.- Además de las determinaciones de carácter general, los planes deberán contener las siguientes: 2.1.- En suelo urbano: (...) d.- Emplazamientos reservados para *templos*, centros docentes, públicos o privados, asistenciales o sanitarios, y demás servicios de interés público y social». En consecuencia, a Administración local deberá comprobar que a construción proxectada para templo se sitúa nos terreos que o Planeamento xeral dispuxo para tal fin<sup>7</sup>.

Neste sentido, cabe destacar pola súa importancia, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, do 10 de febreiro de 1997<sup>8</sup>:

Evidentemente que no puede predicarse el carácter de actividad clandestina en términos absolutos por el simple hecho de no contar (ni haber solicitado) con licencia de actividad, cuando además está en juego el ejercicio de un derecho fundamental, pero sí se hace preciso su acomodación al cumplimiento de unas mínimas normas de seguridad y de salud públicas, como límites que establece la propia LO 7(1980, artículo 3.1; y tal como ponen de manifiesto los dos informes técnicos municipales, **aún permitiendo el Planeamiento Vigente, NNSS, Ordenanza 5.1.3, entre otros usos, en el suelo de autos los religiosos, habrá de exigirse al menos que se acredite que dicho local reúna las condiciones de seguridad en su arquitectura e instalaciones, y que por sus características y aforo, es idóneo al fin pretendido, así como las condiciones exigidas en la normativa de obligado cumplimiento, y en concreto la referente a las condiciones de protección contra incendios en los edificios que recoge la NBE CP 1-91, en relación al aforo y medidas de salidas que permitan la evacuación, contra siniestros previsibles.**

Así as cousas, non cabe dúbida da necesidade de que na edificación dunha mesquita se obteña unha licenza de obras que garanta a súa ade-

<sup>7</sup> Así, en Italia, Zanotti, L., *Stato sociale, edilizia di culto e pluralismo religioso. Contributo allo studio della problemática del dissenso religioso*. Milán, 1990, páx. 61 e ss.

<sup>8</sup> Aranzadi, RX 1997/339.

cuación ás normas urbanísticas sen que por isto poida entenderse que existe intromisión no exercicio do dereito de liberdade relixiosa<sup>9</sup>, aínda cando o artigo 2.2 da Lei orgánica de liberdade relixiosa permite que as igrexas, confesións e comunidades relixiosas establezan lugares de culto ou de reunión con fins relixiosos. En consecuencia, é necesario afirmar a necesidade da licenza de obras para aqueles supostos nos que o lugar que vai ser destinado ao culto relixioso deba aínda ser construído e non se trate dunha edificación xa terminada. Precisamente, no caso de que a edificación xa estivese construída encontrariámonos na tesitura que exporemos na seguinte alínea, relativa a aquelas situacións nas que se deba solicitar ou ben a licenza de primeira ocupación, ou ben, no caso da segunda ou posteriores ocupacións, a licenza de cambio de uso.

En definitiva, a licenza de obras no caso da construción dun lugar de culto non presenta características diferentes á que se outorgaría no caso de calquera outra construción. Unicamente presenta a peculiaridade de adaptación ao planeamento urbanístico, que debe ter previsto, entre os usos dotacionais, o equipamento relixioso.

#### **b) Licenza de primeira ocupación do inmovible ou, no seu caso, de cambio de uso**

Segundo dispón o art. 1 do Regulamento de disciplina urbanística de 1978 (de aplicación supletoria a nivel estatal): «Estarán sujetos a previa licencia (...): 10.- La primera utilización u ocupación de los edificios e instalaciones en general, (...) 13.- La modificación del uso de los edificios e instalaciones en general».

Con referencia a este aspecto, cabe destacar que, segundo a sentenza do Tribunal Supremo do 3 de abril de 2000<sup>10</sup>, a *licenza de primeira ocupación* ten necesaria relación co uso que se lle dará á construción de que se trate, pois: «*tiene por objeto comprobar si el edificio puede destinarse a un determinado uso, la denegación de esa licencia lleva consigo la imposibilidad de ocupar y usar el edificio*. Sin embargo, ese control que ha de verificarse en la concesión de la licenza de primeira ocupación es el que el citado precepto expresa, el relativo a que el uso corresponda al asignado a la zona en que se encuentra el edificio y a que éste reúna las adecuadas condiciones técnicas de seguridad y salubridad exigibles, no al de las circunstancias urbanísticas de la edificación sobre la que se realiza el uso».

En consecuencia, cabe formularse en relación coa licenza de primeira ocupación e o exercicio da liberdade relixiosa as seguintes cuestións:

<sup>9</sup> Neste sentido, véxase RODRÍGUEZ BLANCO, M., *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*. Madrid, 2000, páx. 193.

<sup>10</sup> *La Ley*, 364/2000.

1º) *¿É posible a oración e o culto relixioso nun inmoble que carece de licenza de primeira ocupación?* Como se pode observar, á vista da citada sentenza do Tribunal Supremo, parece que non, xa que se o citado inmoble non ten a citada licenza, non se pode ocupar para ningún tipo de fin, ao non estar acreditadas as condicións de seguridade e salubridade esixibles. Neste sentido, debemos traer a colación o disposto polo artigo 3.1 da Lei orgánica 7/1980, de liberdade relixiosa, que dispón que: «El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tienen como único límite (...) la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública ...»

2º) *¿Que sucedería naqueles supostos nos que se pretende destinar unha vivenda a lugar de culto permanente e colectivo?* Cando un determinado inmoble ten licenza de primeira ocupación para vivenda e nel pretenden realizarse manifestacións de culto colectivo e permanente, loxicamente, debe garantirse no marco do disposto polo artigo 3.1 da Lei orgánica 7/1980 -anteriormente citado-, que reúne condicións de seguridade e salubridade adaptadas ao número de persoas que participen de forma habitual no citado culto. Neste aspecto, é cando se pode formular a seguinte cuestión: *¿é necesario que previamente ao seu destino como lugar de culto colectivo se obteña por parte da Administración municipal licenza para o cambio de uso do inmoble?*

Sobre este particular, de novo a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía, do 10 de febreiro de 1997, ofrécenos o seguinte pronunciamiento:

*Evidentemente parecería absurdo pretender que puede designarse cualquiera local y en cualquier sitio.* Entre otras razones, y sólo desde un punto de vista urbanístico porque, tal como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1996 (Ar. 5948), en relación de los supuestos en que conforme el antiguo art. 178 de la Ley del Suelo de 1976, hoy art. 242 TR vigente de 1992, se exige licencia de carácter preceptivo, no sólo en los supuestos de primera utilización de edificios, sino también para la modificación del uso de los mismos lo que reiteran los núms. 10 y 13 del art. 1º del Reglamento de Disciplina Urbanística y *que implica que cuando el edificio va a ser utilizado por primera vez sea necesaria una licencia y que si con posterioridad a la licencia de primera utilización se produce una modificación subjetiva del uso, tal modificación está también sujeta a licencia.* Pero es que, a mayor abundamiento, la propia sentencia que aduce en su apoyo la entidad recurrente deja abierta la posibilidad de exigencia de licencia incluso cuando se producen ruidos que exijan la adopción de medidas correctoras (...).

Sólo en cuanto tal actividad no se desplegó por la Administración, el Decreto que ordenó la clausura y el que lo mantiene en reposición devienen contrarios a derecho, sin perjuicio de que, efectivamente, se instruya un procedimiento con las debidas garantías, en que se constaten los defectos que puedan originar no sólo riesgos –es expresivo el Auto de 31 de julio

de 1989- sino también molestias, y que culminen en la forma que proceda en derecho, pues la exigencia del sometimiento a intervención de la Administración, está admitida por la propia sentencia que en su apoyo invoca la actora, en cuanto *este control puede venir por dos vías, una la necesaria para el uso de los edificios, y, otra, la imposición de medidas correctoras «a posteriori», previo un requerimiento concreto por razón de los derechos en juego.*

Do mesmo xeito resolveuse unha consulta presentada por unha entidade municipal á revista especializada *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*<sup>11</sup>, cando expresa: «En cualquier caso la libertad religiosa no es un título para poder desarrollar actividades molestas o nocivas sin control alguno, o para eludir los controles municipales sobre cumplimiento de la normativa urbanística y de los edificios. Por ello, si la actividad a desarrollar en el salón religioso tuviera tales condiciones que fuera previsible la provocación de molestias o riesgos, *el Ayuntamiento tiene título competencial suficiente para intervenir, al igual que puede actuar frente a las molestias provocadas por los particulares* aunque no les exija licencia de apertura o de actividad clasificada».

Resulta fundamental na análise desta cuestión a sentenza do Tribunal Supremo do 10 de abril de 1989<sup>12</sup>, que determina que: «*El destino a culto religioso de un local, precisa licencia municipal de utilización, sin que tal exigencia sea contraria al principio constitucional de libertad religiosa*». A dita sentenza sinala nos seus pronunciamentos que: «En el supuesto litigioso puesto que se pretende un cambio de uso –el local estaba destinado con anterioridad a la industria de bollería– es clara la necesidad de un control municipal sobre los extremos mencionados, especialmente si se tiene en cuenta que el nuevo destino de culto religioso que va a implicar una concentración de personas de cierta entidad. Con todo el respeto que merecen las distintas manifestaciones de la vida religiosa, la Administración no puede renunciar a su deber de velar por los importantes aspectos del interés público de que se ha hecho mención: el respeto a los distintos cultos religiosos ha de ser armonizado –art. 16.1 de la Constitución, *in fine*– con el servicio a otros fines de interés general –artículo 103.1 de la Constitución– que la Administración no puede olvidar. Piénsese en los problemas que en caso de incendio provocaría la existencia de una única salida del local al que se refieren estos autos».

En consecuencia, cando un inmovible dispoña de licenza de primeira ocupación para vivenda ou para outro uso e pretenda destinarse a culto relixioso permanente e colectivo (entendendo este concepto en sentido

---

<sup>11</sup> Cfr. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 1929, revista 13, 1998. Documento 2372, marxinal 182.

<sup>12</sup> *Aranzadi*, RX 1989/2924.

amplio e non restritivo do dereito de liberdade relixiosa) haberá que obter –para maior seguridade xurídica– a correspondente *licenza de cambio de uso*, que lle terá que conceder a Administración municipal, en consideración á súa natureza de acto regulado sempre e cando se acredite que o inmovible en cuestión reúne as condicións de seguridade e salubridade necesarias para tal fin. Todo isto co obxecto de garantir tanto os dereitos dos fieis relixiosos coma os dos veciños que poidan verse afectados pola actividade de culto e evitar así que, no suposto de que o inmovible en cuestión non reúna as condicións necesarias, se orixine un procedemento complexo e dilatado no tempo coas conseguíntes molestias e riscos que de isto puideran derivar, ao non acreditarse previamente as circunstancias de seguridade e salubridade.

### c) Licenza de apertura de actividade

A licenza de apertura de actividade, está regulada no noso ordenamento xurídico, fundamentalmente, no art. 22 do R.S.C.L.: «1.- Estará suxeita a licenza a apertura de establecementos industriais e mercantís. 2.- A intervención municipal tenderá a verificar se os locais e instalacións reúnen as condicións de tranquilidade, seguridade e salubridade, e as que, no seu caso, estiveran dispostas nos plans de urbanismo debidamente aprobados». A dita licenza de actividade baséase nas potestades de control preventivo que teñen as entidades locais, no marco do disposto polo art. 84.1.b, da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora de bases de réxime local.

Sobre a necesidade de someter ou non as manifestacións de culto relixioso, con carácter habitual e colectivo, nun determinado local á licenza de actividade existiron diversos pronunciamentos doutriniais e xurisprudenciais, que a continuación se exporán:

Na sinalada consulta efectuada a *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, unha resposta, rotunda, foi a seguinte: «no es exigible la licencia de apertura para un local de uso religioso», e engade que: «*ciertamente un salón para uso religioso no entra dentro del concepto de establecimiento mercantil o industrial que el artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RS)*, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, somete a previa licencia de apertura o funcionamiento. Ante la pregunta de si un uso tan específico obligaría a tramitar el expediente de licencia de apertura, francamente hemos de decir que, de no concurrir circunstancias, que nos son desconocidas, que obligasen a la adopción de medidas determinadas, creemos que la respuesta debe ser negativa. Lo contrario llevaría a tener que someter la dicha licencia a todo tipo de locales cuya finalidad o destino fuesen los cultos de cada religión (Iglesias, capillas, etcétera), lo que parece fuera de lugar».

Tamén o Tribunal Supremo, en sentenza do 24 de xuño de 1988<sup>13</sup>, determinou que:

«La libertad religiosa y de culto se ve afectada en su ejercicio si se somete a previa licencia la apertura de una capilla en vivienda particular. Es evidente, como acertadamente razonan tanto la recurrente como el Ministerio Fiscal, que la existencia de un oratorio privado en una vivienda no constituye ejercicio de una actividad mercantil o industrial, y, por supuesto, no está comprendido en ninguna de las tarifas de la licencia fiscal, ni afectada o condicionada tal existencia por las Ordenanzas Municipales sobre Uso del Suelo y Edificación, a que se alude en el propio acuerdo sancionador, objeto de controversia, y cuya disconformidad con la normativa invocada parece incuestionable».

Consecuentemente coa innecesariedade da licenza de apertura, segue dicindo a citada sentenza que tampouco se poderá someter a apertura dun lugar de culto ao expediente previsto polo Regulamento de actividades molestas, insalubres, nocivas ou perigosas: «La libertad religiosa y de culto garantizada a los individuos y comunidades por el artículo 16 de la Constitución, sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público, se ve afectada en su ejercicio si se someten a una previa licencia municipal las manifestaciones del culto religioso en una dependencia de una vivienda particular, por estimar tales manifestaciones o actividades incursas en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas o Peligrosas, o por considerar que las mismas deben sujetarse a la licencia de apertura a la que se someten los establecimientos industriales o mercantiles, con ello se coartaría el derecho a la libertad religiosa, garantizada por el artículo 16 de nuestra Ley Fundamental, con plena inmunidad de coacción por parte del Estado y grupos sociales, derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera del *agere licere*, según dice el intérprete supremo de la Constitución en su Sentencia de 23 de abril de 1982; libertad religiosa que se extiende en el precitado precepto constitucional a la libertad de culto, en el que se comprende el derecho de exteriorizar y practicar externamente, tanto individual como comunitariamente, las creencias religiosas, abarcando por tanto, la libertad de reunión para manifestar sus creencias los que profesan un mismo credo».

Tamén, convén traer a colación no presente tema, a sentenza do Tribunal Supremo do 18 de xuño de 1992<sup>14</sup>, que establece que: «no son de aplicación a un local destinado al culto religioso ni el Reglamento de Activida-

<sup>13</sup> Aranzadi, RX 1988/4724.

<sup>14</sup> Aranzadi, RX 1992/6004.

des Clasificadas ni el de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas para acordar su clausura y precintado».

Así as cousas, o que a xurisprudencia vén poñer de manifesto é a imposibilidade de identificar os lugares de culto cos establecementos industriais ou mercantís, aqueles sometidos á obtención de licenza de apertura. En consecuencia, non é posible esixir que se solicite unha licenza de apertura cando se trate da posta en funcionamento dun lugar de culto. Posto que non se precisa licenza de apertura, esta non se pode tramitar nin na súa forma habitual nin segundo os condicionamentos agravados dispostos polo R.A.M.I.N.P. nin polo Regulamento de actividades clasificadas ou o de espectáculos públicos e actividades.

Ata aquí encontrámonos con pronunciamentos xurisprudenciais, con todo, non faltou algún autor disposto a afirmar a necesidade de someter ás disposicións do R.A.M.I.N.P. a apertura dun templo<sup>15</sup>. Desde logo, a reunión de persoas, os ruídos que disto poden derivarse, incluso a concentración de elementos potencialmente perigosos como poden selo as velas apoiarían unha intervención municipal en tales termos que non suporían outra cousa que a salvagarda da saúde pública. De especial repercusión sobre este aspecto, tanto na teoría coma na práctica, foi a consideración do ruído provocado polas campás instaladas nas igrexas católicas, cuestión que foi abordada con maior profundidade pola doutrina italiana<sup>16</sup> que pola española. Neste sentido, os pronunciamentos da xurisprudencia española limitáronse a indicar a posibilidade de iniciar un expediente sancionador contra a confesión relixiosa con motivo da produción de ruídos que superen os límites permitidos. Trataríase dunha tramitación idéntica á prevista para sancionar a calquera outro particular que, por exemplo na súa vivenda, superase as emisións acústicas establecidas.

En definitiva, o non sometemento ás condicións de obtención dunha licenza de apertura nin, en consecuencia, ás condicións do R.A.M.I.N.P. supón unicamente unha exención de carácter previo. *A posteriori*, é dicir, unha vez iniciada a actividade de culto, si se pode iniciar un expediente que, en todo caso, será sancionador se se incumprira algunha das condicións que non se esixiron previamente. A diferenza do que ocorrería nun

<sup>15</sup> Cfr. MARTÍNEZ BLANCO, M., *Libertad religiosa ...*, ob.cit. Páx. 211. «...teniendo en cuenta que en los lugares de culto se concentra un número considerable de personas, haciéndose notar su presencia tanto durante las celebraciones religiosas, como a la salida y entrada de las mismas, parece conveniente que estos edificios y locales se sometan a las licencias del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, fundamentalmente a causa del ruido».

<sup>16</sup> Cfr. DOMIANELLO, S., «Il suono delle campane fra il libero esercizio del culto e le 'esigenze' dei cittadini», *Il Diritto Ecclesiastico*, núm. 2, 1984. Pág. 497; FIORENTINO, S., «Per una tutela giuridica dal suono delle campane», *Il Diritto Ecclesiastico*



expediente sancionador incoado contra un particular, no caso das confesións relixiosas e tendo en conta a especial consideración da liberdade relixiosa como un dereito fundamental, o Tribunal Supremo pensou nun certo trato máis favorable para estas: antes da aplicación da sanción correspondente, non só se lle debe ofrecer audiencia ao interesado, senón que lle corresponde á Administración indicarlle á confesión relixiosa o modo de emenda das irregularidades constatadas para poder continuar a actividade que viñan desenvolvendo.

### 3. Consideracións finais

Tendo en conta o anteriormente exposto, pódense extraer as seguintes conclusións:

1. O exercicio do dereito fundamental de liberdade relixiosa, e concretamente o de culto, debe harmonizarse cos intereses xerais, que virán determinados polos límites da orde pública, seguridade e saúde públicas, establecidos polo artigo 3.1 da Lei orgánica de liberdade relixiosa, para o exercicio de tal dereito.

2. Para os efectos de garantir tanto o exercicio dese dereito fundamental como de impedir que se traspasen os seus límites, as entidades locais están investidas de certas potestades de control sobre os lugares de culto.

3. O control que deben efectuar as entidades locais pode ser de dous tipos:

a. Netamente urbanístico, constatando a adecuación da construción que se vai realizar coas previsións do planeamento urbanístico. Trátase da concesión da licenza de obras necesaria para a edificación dun lugar de culto que debe tramitarse segundo as normas xerais previstas para este tipo de licenzas.

b. Un control en parámetros de condicións de saúde e seguridade que debe constatarase a través da oportuna tramitación da licenza de primeira ocupación para uso relixioso ou, no seu caso, cando non se trate da primeira vez que se ocupa o local, senón que se trate dun cambio na actividade que se viña exercendo para pasar a ser un lugar de culto, a través da licenza para cambio de uso. En calquera caso, o uso relixioso debe admitirse sempre desde as entidades locais xa que se trata do exercicio dun dereito fundamental-, pero sen que por iso poidan obviarse as necesarias condicións de saúde e seguridade. Neste sentido, hai algunhas peculiaridades que merece a pena destacar na tramitación destas licenzas: a.- o uso relixioso debe permitirse sempre; b.- deben cumprirse as mesmas condicións de saúde e seguridade esixidas para outros usos de similares características.

4. O control das entidades locais sobre as manifestacións colectivas dunha confesión relixiosa non pode realizarse a través da licenza de actividade, nin sometendo o exercicio de tal dereito ao Regulamento de actividades molestas, nocivas, insalubres e perigosas, nin ao Regulamento de espectáculos públicos e actividades recreativas por entender a xurisprudencia que o dito control atenta contra o exercicio do mencionado dereito fundamental. Con todo, e aínda que o dito control está prohibido *a priori*, si se permite, unha vez iniciada a actividade relixiosa, que se tramiten os expedientes necesarios para a corrección daquelas irregularidades que supoñan unha contravención de tales normas.

5. Finalmente, podemos dicir que a intervención municipal nestes casos actúa como garante do dereito de liberdade relixiosa naqueles supostos nos que a reacción da actual sociedade española multicultural presente algunha problemática. Nese sentido, e posto que as licenzas ás que nos referimos se conceden con carácter regulado, a posición das entidades locais é, por unha parte, a de comprobar os requisitos mínimos esixibles para o desenvolvemento dunha actividade e, por outra parte, a de garantir que, unha vez cumpridos eses requisitos, non pode obstaculizarse o dito exercicio do culto. ■



**XURISPRUDENCIA**





# OS REITORES CARECEN DE COMPETENCIA PARA FIXAR OS SERVIZOS MÍNIMOS NO CASO DE FOLGA NA UNIVERSIDADE: AUTO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (SALA PRIMEIRA, SECCIÓN 1ª), DO 13 DE FEBREIRO DE 2004, EN RECURSO DE AMPARO

**Pablo González Mariñas**

Profesor titular de dereito administrativo  
Universidade de Santiago de Compostela

1. Tense que analizar aquí o contido e pronunciamentos deste auto do TC, que inadmitiu o recurso de amparo formulado pola UNED contra as sentenzas da Sala do Contencioso-administrativo do TSX de Madrid do 14 de abril de 1993 e 11 de decembro de 1996, así como contra as sentenzas da Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo do 9 de abril de 1996 e 16 de outubro de 2001, que consideraron que o reitor e a xerencia da UNED carecen de competencia para fixar os servizos mínimos en caso de folga na universidade.

Os aludidos pronunciamentos do Tribunal Supremo, previos á instancia constitucional, suscitaron no seu momento algunha controversia, quizais menor da esperable dado o alcance destas resolucións respecto da autonomía universitaria, pero que sen dúbida está na raíz desta apelación ao recurso de amparo que se efectúa por parte da UNED.

A alarma, en todo caso, estaba xustificada, xa que en, practicamente, todas as universidades españolas os reitores viñan fixando os servizos mínimos, en caso de folga, con toda a naturalidade e entendendo conatural tal facultade no dereito á autonomía universitaria e ás potestades de autoorganización inseparablemente unidas a este.

2. Non é preciso, para os efectos deste comentario, estenderse en exceso nos pormenores de todos os fundamentos e vicisitudes procesuais dos litixios previos á demanda de amparo e as varias sentenzas nas que concluíron, dado que, en definitiva, as posicións sustentadas nestes, respectivamente pola universidade recorrente e polos diversos órganos xurisdicionais actuantes, reproducíñense, no seu conxunto e de xeito invariado, no tránsito litixioso do recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional.

Débese, en calquera caso, recordar brevemente que o litixio foi iniciado a Federación de Ensino de Comisións Obreiras contra un acordo do reitor da Universidade Nacional de Educación a Distancia, do 11 de marzo de 1992, polo que se fixaran os servizos mínimos para a folga convocada polo persoal laboral na dita universidade. Alegaba o sindicato recorrente a inexistencia de competencia do reitor ao respecto, ao que lle deu razón a Sala do Contencioso administrativo do TSX de Madrid (sentenza do 11 de decembro de 1996), que declarou que o acordo impugnado vulneraba o artigo 28 da Constitución, xa que o reitor non tiña o carácter de «autoridad gubernativa» e, por iso, carecía da competencia que, para fixar os servizos mínimos, se establece no artigo 10 do Real decreto-lei 17/1977, do 4 de marzo, sobre relacións de traballo.

Formulado pola UNED o recurso de casación contra a dita sentenza ante o TS, o avogado do Estado defendeu que os reitores si teñen a condición de «autoridad gubernativa», que legalmente habilita para a fixación de servizos mínimos, aducindo en síntese o seguinte: que os reitores son cargos políticos; que a alínea k) do artigo 3.2 da Lei orgánica 11/1983, do 25 de agosto, de reforma universitaria, inclúe, dentro da autonomía das universidades, ademais das específicas competencias que se enumeran noutras alíneas, «cualquier otra necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones señaladas en el artículo 1 de la presente Ley», é dicir, aquelas que o sexan para desenvolver o servizo público da educación; que a tese da sentenza recorrida suporía imporlle ás universidades unha tutela por parte doutra administración pública; que razóns pragmáticas aconsellan reconsiderar a resolución da instancia, pois o Ministerio de Educación carece de coñecementos sobre a docencia universitaria; e que ata o de agora nunca se controvertera a competencia dos reitores para a fixación dos servizos mínimos.

O TS, con todo, non lle deu a razón á universidade, ao declarar non ter lugar o recurso de casación e impoñéndolle as custas (STS do 16 de outubro de 2001, Sala do Contencioso administrativo, Sección 7ª, relator Sr. Maurandi Guillén).

O TS considerou na súa sentenza que o problema central era determinar se se lles pode recoñecer aos reitores a consideración de autoridade gubernativa, para os efectos do citado artigo 1º do Real decreto-lei 17/1977.

A súa conclusión é negativa, considerando que esta é a tese máis coherente coa finalidade que cumpren os servizos mínimos nunha folga que afecte a unha universidade e que, ademais, encaixa cos perfís que o TC lle atribuíu á figura da «autoridad gubernativa», que non se cumpren –dinos reitores: a fixación dos servizos mínimos debe ser adoptada «por el Gobierno o por órgano que ejerza potestad de gobierno», e é isto así porque «la privación u obstaculización de un derecho constitucional como el de huelga es de responsabilidad política y ha de ser residenciada por cauces políticos», é dicir, por autoridades gubernativas que, segundo o dito, teñen «una naturaleza política y no meramente administrativa, pues así parece demandarlo la ponderación de los intereses de la comunidad que resulta necesaria para la fijación de los servicios mínimos» (SSTC 26/1981 e 27/1989).

Fronte a isto, o TS entende que «la Universidad es una estructura organizativa, dotada de autonomía, cuya finalidad principal es proteger la libertad académica, y no agota todas las funciones públicas que se desarrollan en materia de enseñanza universitaria». Este limitado alcance das súas competencias «denota su naturaleza más administrativa que política». E, finalmente, considera o TS que a fixación dos servizos mínimos nunha folga que afecte á universidade «no está enderezada a preservar la libertad académica, sino el derecho a la educación». En razón disto, «dichos servicios mínimos no determinarán los contenidos de esas actividades docentes e investigadoras, ni la forma en que habrán de ser desarrolladas, sino la parcela de dichas actividades que no podrá ser suspendida o paralizada para que no quede lesionado el derecho a la educación».

3. Rexeitada a casación, non lle quedou á UNED outra vía que o recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional, no curso do cal –como se verá– se van reproducir moitos dos argumentos anteriores. Alegou para o efecto a universidade nesta sede que a negación ao reitor da capacidade para fixar servizos mínimos no caso de folga na universidade vulneraba, polo menos, tres dereitos, considerados pola recorrente como fundamentais: o dereito á autonomía universitaria (do artigo 27.10 CE), o dereito á educación (do artigo 27.1 CE) e o dereito a que se establezan as garantías precisas para asegurar o funcionamento dos servizos esenciais da comunidade, no caso de folga (artigos 28.2 e 37.2 CE).

A fundamentación destas alegadas vulneracións ten, en cada caso, distinta consistencia xurídica, como se explica a continuación.

A fortaleza da posición da universidade é considerable, polo menos *prima facie*, respecto do dereito á autonomía universitaria, xa que, sen ningunha dúbida, esta serve para preservar tanto a liberdade académica coma o dereito á educación, o que non resultaría fácil de garantir sen entender connaturais á vista das facultades de tal dereito as concretas



potestades autoorganizativas para protexelo e facelo posible. E para isto é preciso recoñecerlle á universidade potestade para a concreción de «las condiciones en que se han de desarrollar tales actividades, lo que parece que debe incluir la competencia de determinación de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral de la Universidad y, en consecuencia, la fijación de los servicios mínimos en caso de huelga».

A UNED consideraba, ademais, que, negarlle esta competencia ao reitor para atribuírla ao Estado ou ás comunidades autónomas, equivalía pura e simplemente a renunciar ao establecemento dos ditos servizos mínimos, xa que entendía non razoable presumir no Ministerio de Educación ou na consellaría autonómica correspondente os coñecementos científicos e técnicos necesarios para a fixación dos ditos servizos. O que for científica ou tecnicamente «mínimo» e, polo tanto, imprescindible ou non susceptible de ser suspendido non debería quedar razoablemente fóra da propia decisión universitaria. Un argumento que, sen embargo, o TC non acepta. Antes pola contra, limítase a tratar de encamiñar o tema pola vía da formulación de suxestións ao respecto –e nada máis– por parte da universidade á autoridade gobernativa, que as podería libremente aceptar ou non. E conclúe coa afirmación de que o feito de que esta, a autoridade gobernativa, acollese ou non estas suxestións sería, en calquera caso, «una cuestión ajena al derecho fundamental aquí alegado».

Esta última, apodíctica e inmotivada afirmación non parece xuridicamente sólida, pois xa se ve que a fixación e mantemento duns mínimos imprescindibles correctamente establecidos desde o punto de vista científico presenta unha indubidable ligación á autonomía universitaria, tal como o propio Tribunal Constitucional a ten delimitada no seu contido e alcance.

Non menos solidez xurídica presentan os argumentos da UNED en canto ás outras dúas presuntas vulneracións dos dereitos fundamentais, argumentos que aparecen dialecticamente vencellados: vulneraríase tamén –alega a universidade– o dereito á educación (artigo 27.1 CE) porque, de aceptar a tese de que o reitor carece de tal competencia para a fixación de servizos mínimos, o dito dereito quedaría desprovisto de toda protección en caso de folga, en contra dos citados artigos 28.2 e 37.2 CE, que obrigan a establecer as garantías necesarias para asegurar o funcionamento dos servizos esenciais da comunidade. Isto conecta claramente coa afirmación do TS na súa sentenza de casación cando afirma expresamente que a fixación dos servizos mínimos non está orientada a preservar a liberdade académica, pero si o dereito á educación.

O Tribunal de amparo, con todo, «cogido» en tal argumentación, refúxiase nunha cuestión procesual, afirmando que o dereito á educación «es predicable esencialmente de los alumnos y no de la propia Universidad, que vendría así a defender derechos fundamentales de terceros, lo que por

si solo resulta ser motivo de inadmisión del presente recurso de amparo». En síntese, a universidade debe preservar o dereito á educación, pero se o fai, rexeitará a súa acción, pois o dereito é en realidade de terceiros.

O TC considera ademais, en punto á hipotética vulneración dos artigos 28.2 e 37.2 CE, que ambas normas «lo único que establecen es la previsión por ley de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, de modo que ni siquiera la previsión en este sentido del artículo 28.2 configura un derecho fundamental susceptible de amparo, sino más bien una autorización al legislador para prever medidas que inciden en aquel derecho».

4. Todo isto é o que leva ao Tribunal Constitucional a considerar, minorando outras presuntas vulneracións, que o núcleo do amparo, no suposto litixioso concreto, consistía en determinar «si la negación de competencia a los Rectores para fijar los servicios mínimos, efectuada por las sentencias judiciales en cuestión, había lesionado el derecho a la autonomía universitaria». Unha especulación *pro domo*, que exclúe, sen maior motivación sólida, o que non convén co ffo argumental preestablecido.

O TC recorda para o efecto que a autonomía universitaria é un dereito fundamental de configuración legal. Obviamente isto é así, aínda que isto supuxese unha construción traballosa, pois «los términos que la ley establezca» non foron un camiño moi ampliatorio e aínda hoxe en día continúan as discusións. Non tan dramáticas, en todo caso, como as que revelaban as palabras do profesor Garrido Falla en 1980, falando do artigo 27.10 CE: o que poida significar no futuro a autonomía universitaria «es algo difícil de predecir» e depende ademais de «las posibilidades de resurrección que puedan atribuirse a un cadáver». Aínda que sen tanta tensión, xa se verá máis adiante qué escaso «espírito expansivo» se recoñece polo noso TC a este dereito fundamental da autonomía universitaria.

Ante todo, o Tribunal Constitucional efectúa unha lectura restritiva dos artigos 18 e 3 da LRU (Lei 11/1983), non vendo neste último (por riba da literalidade estrita de todas as súas alíneas) ningún título competencial que «autorice a afirmar que los órganos de gobierno de la Universidad pueden fijar servicios mínimos en caso de huelga», todo isto con olvido da cláusula de peche deste precepto, que inclúe, na autonomía universitaria, «cualquier otra competencia necesaria para el adecuado cumplimiento de las funciones señaladas en el artículo 1 de la presente Ley».

5. Di tamén o tribunal que tal autonomía «tiene un cierto carácter instrumental», pois a súa razón última atópase «en el respeto a la libertad académica, es decir, a la libertad de enseñanza, estudio e investigación frente a todo tipo de injerencias externas», para concluír que, en consecuencia, «ninguna razón con este derecho fundamental tiene el he-

cho de afirmar o negar al Rector de una Universidad la competencia para fijar servicios mínimos en caso de huelga». A verdade é que esta última consideración non parece estar ben fundada: se a razón última da autonomía universitaria está, como o propio TC ten declarado (sentenza 187/1991, do 3 de outubro), no respecto á liberdade académica, é dicir, á liberdade de ensino, estudo e investigación, «frente a todo tipo de injerencias externas», malamente se poderá soste que a fixación por unha autoridade non académica dos servizos mínimos non constitúa unha inxerencia desta natureza e, polo tanto, enfrontada nalgunha medida a aquel dereito fundamental.

O TC circunscribe aquí, ademais, a un concepto moi estrito da autonomía universitaria, isto é, garantir a liberdade académica, omitindo toda referencia a outra vertente de gran relevancia, a potestade de autoorganización (aquí directamente vencellada a unha boa prestación do servizo e, polo tanto, tuitiva do dereito á educación), que se refrenda noutras moitas das súas sentenzas: «dicha autonomía se proyecta internamente en la autoorganización de los medios de que dispongan las Universidades para cumplir y desarrollar las funciones que, al servicio de la sociedad, le han sido asignadas...» (STC 106/1990, do 6 de xuño). ¿Non se podería, tendo en conta isto, entender que a determinación en cada momento, tamén en situacións de folga, dos medios precisos para a digna prestación do servizo público que ten encomendado, forma parte da potestade de autoorganización e, polo tanto, da súa autonomía universitaria?. Non se debería esquecer neste momento a copiosa xurisprudencia tanto do TS coma do propio TC sobre o principio de autoorganización, moi vencellado ao principio constitucional de eficacia (SSTC do 2 de novembro de 1989, 5 de abril e 11 de novembro de 1990), do que nace unha moi xenérica habilitación para que os entes públicos poidan adoptar as medidas organizativas e de funcionamento que sexan necesarias para a prestación eficaz dos servizos.

6. Pero, á parte deste posicionamento directo –e como se ve non moi matizado– sobre o ámbito do dereito á autonomía universitaria, no auto contéñense outras consideracións xa expresadas nas sentenzas do TS que teñen, para os nosos efectos, tanto ou máis interese.

O auto do TC non entra, como se dixo, no fondo. Simplemente inadmite o recurso de amparo, entendendo inexistente a vulneración de dereitos fundamentais, non só do dereito á educación ou da esixencia de garantías de funcionamento dos servizos mínimos, senón tamén do núcleo fundamental presuntamente agredido, o dereito á autonomía universitaria. E entre esas consideracións (que para o TS eran o centro do proceso e que agora se expresan sorprendentemente de xeito apodíctico) destaca, por exemplo, a consabida de que «los Rectores no son autorida-

des gubernativas y, por tanto, carecen de competencia para fijar los servicios mínimos». Se se admite acriticamente o primeiro, é obvio que caeríamos na inevitabilidade do segundo. As cousas, con todo, non están tan claras. Ou, polo menos, téñense que analizar con coidado, porque –dígase ou óbviese– aquí está en xogo o ámbito do que se teña que entender por «autonomía universitaria», que, polo que se ve, é moi pouco para o TC e algo máis para as propias universidades.

Négase para os reitores a condición de «autoridad gubernativa». ¿Por que?, ¿baixo que razóns?. Aínda que a cuestión aparente ser colateral para o TC neste auto, o certo é que resulta necesario fundamentar xuridicamente tal afirmación, sobre todo porque desta se van extraer consecuencias importantes verbo da delimitación do contido do dereito fundamental de autonomía universitaria. O TC reitera aquí a súa propia doutrina de que a competencia para fixar os servizos mínimos corresponde exclusivamente a órganos políticos e non simplemente administrativos, que, ademais, deben ser «neutrales» e tomar decisións motivadamente (SSTC 33/1981, 27/1989).

Na sucesión dos diversos procesos, incluído o substanciado ante o Tribunal Constitucional, a universidade recorrente («la quejosa» na horrenda e anacrónica terminoloxía empregada aquí polo TC) argumentou de forma reiterada o carácter de «autoridad política» do cargo de reitor e, en consecuencia, a súa condición de «autoridad gubernativa», polo feito da súa elección democrática polo claustro, mediante sufraxio universal, libre, igual, directo e secreto da comunidade universitaria. Efectuábase, pois, unha asimilación automática entre autoridade política e autoridade gubernativa, o que o TC non acepta. Antes, pola contra, sinala que, «en el ámbito administrativo y especialmente en el corporativo, existen órganos cuya composición se establece mediante una elección democrática, y no por ello puede afirmarse que, en todo caso, los elegidos son autoridades gubernativas». E pon de exemplo para o efecto o dos colexios profesionais, nos que «el ámbito cerrado de electores y elegibles, y las competencias que corresponden a los elegidos, pueden determinar que su competencia no exceda del ámbito estrictamente administrativo, incluso admitiendo que se les reconozca un espacio de autoorganización más o menos amplio». E, pechando o seu argumento, engade que, «por el contrario, puede afirmarse la existencia de órganos gubernativos (...) que no han sido objeto de elección directa por los ciudadanos, sino por sus propios representantes».

7. Estes argumentos non parecen convincentes: aparentando abordar unha cuestión de esencias (calidade ou non de «autoridad gubernativa»), en realidade o Tribunal quédase nunha cuestión formal de atribución de competencias. Se houber unha atribución expresa e inequívoca de com-

petencia ao reitor para fixar servizos mínimos (á marxe de entendela conatural ou non na autonomía universitaria) ¿convertiríase por iso o reitor en «autoridad gubernativa»? Tal argumentación resulta inane e innecesaria. A facultade reitoral non devén necesariamente da súa condición de autoridade gubernativa, aínda que non creo que se lle poida negar, senón xustamente da autonomía da universidade, constitucionalmente proclamada.


Doutra parte, por atender ás curiosas consideracións comparativas do TC, é obvio que aínda que os presidentes de colexios profesionais carecesen de tal condición de autoridade gubernativa, isto non minoraría a posición xurídica dos reitores de universidade. Aparéntase argumentar cando, en realidade, se confunden as cuestións como paralelismos inexistentes, sen acceder a un razoamento lóxico-xurídico, que é exigible a unha resolución xudicial. O máis que se podería deducir é que, para o TC, os reitores son meras «autoridades administrativas», nunca políticas, a pesar da súa escolla democrática e a pesar das potestades que o ordenamento lles atribúe, entre outras, ser a «máxima autoridade académica de la Universidad». E tratar de fundamentar nisto, sen outra argumentación lóxica, que non son competentes en materia de folga universitaria.

Non lle debeu parecer suficientemente serio e convincente ao propio TC o ata aquí por el argumentado, xa que a continuación pretende recapitular, nun inútil intento de engadirle lóxica á súa argumentación, que é en realidade simple redundancia: «en definitiva –di– si el Rector de una Universidad no es un representante conjunto de los ciudadanos, sino de una parte de la sociedad, delimitada por su pertenencia a una Universidad, no puede tildarse de irracional la negativa de los órganos de la jurisdicción ordinaria a considerarlo como autoridad gubernativa a los efectos del establecimiento de unos servicios mínimos en caso de huelga».

Á parte desa singular observación de que a negativa dos tribunais non pode aquí «tildarse de irracional» (como se só o abertamente irracional poidese ser antixurídico), en realidade, non se extrae con isto ningunha conclusión do debate argumental anterior. Aparece, iso si, *ex novo*, ou pode decantarse, un criterio: para o TC «autoridad gubernativa» só pode ser aquela que dispoña de potestades de supremacía xeral, isto é, sobre todos os cidadáns, non aquela que as ostente sobre un colectivo «sectorial» ou incluído nunha relación especial de suxección.

Este é, desde logo, un criterio, aínda que me parece un criterio francamente errado e desafortunado. Errado, porque non está amparado por ningunha norma do noso ordenamento que impida, con carácter xeral, que as autoridades «sectoriales» poidan exercer facultades gubernativas. Errado, tamén, porque sempre existe unha limitación no ámbito subxectivo de influencia de toda autoridade: a «generalidade» dos cidadáns é un imposible xurídico desde este punto de vista. E desafortunado porque,

dada a falta de fundamentación consistente, leva a pensar nunha actitude apriorística do tribunal na súa operación xulgadora: neguemos aos reitores a dita facultade e, logo, tratemos de lexitimizar teoricamente tal negación. Non merece consideración positiva este apoio *a posteriori* dun prexuízo de fondo adoptado en función das circunstancias do caso concreto, que recorda o teor da nosa xurisprudencia noutros aspectos conceptualmente conflitivos. Pénsese, por exemplo, en moitas das sentenzas do noso Tribunal Supremo ditadas en materia de distinción acto-norma, que aparecen tamén lastradas por apriorismos semellantes, en canto á aplicación *a posteriori* dos criterios da xeneralidade da norma e a singularidade do acto ou do criterio chamado ordinal, de integración ou non no Ordenamento xurídico. Esta xurisprudencia é abundantísima (por exemplo, SSTS 20 de maio de 1981, 11 de outubro e 7 de decembro de 1983, 6 de marzo e 21 de xuño de 1985, 21 de marzo de 1986) e tan inútil, por apriorística, como a que agora se comenta.

8. Esta impresión viríase a reforzar se se atende ao último argumento que o TC aduce para xustificar a súa posición: o de que as «autoridades gubernativas» teñen que ser neutrais, «lo que resulta difícilmente predicable del Rector de la Universidad, en cuanto aquél viene a representar a la patronal» (*sic*). Só a existencia nesta sentenza dun estraño «dorso metalegal» (na terminoloxía do profesor Alejandro Nieto) axudaría a explicar tan sorprendente afirmación nun marco en que os nosos reitores son escollidos democraticamente e con axustada participación de todos os compoñentes da comunidade universitaria. ¿Quérese dicir acaso que os reitores apoiarán sempre aos profesores?, ¿ou aos alumnos?, ¿ou que defenderán os intereses de ambos colectivos, en contra do persoal administrativo e dos servizos ou dos intereses xerais da universidade?. O TC tería que explicar cumpridamente o alcance de tan desafortunadas afirmacións, que revelan unha, polo menos, sorprendente concepción da universidade como un ente de natureza empresarial, estruturado por patróns e obreiros –presumiblemente con intereses contrapostos, o que bate coa *universitas*– e sometido ao ditado gubernativo de autoridades non só externas á universidade –o que pode vulnerar a súa autonomía– senón, ademais, non directamente democráticas, isto é, elexidas libre e secretamente, senón designadas pola Administración territorial correspondente –o que supón unha contradición insoportable cos seus propios criterios do TC á hora de determinar que se debe entender por «autoridad gubernativa»-. 









## OS DEREITOS DOS EMIGRANTES COMO DEREITOS FUNDAMENTAIS

Xosé Antón Sarmiento Méndez

Letrado da Comisión de Emigración do  
Parlamento de Galicia  
Profesor de teoría constitucional da  
Universidade de Vigo

A actividade recente do lexislativo autonómico en materia de emigración xira, fundamentalmente, en torno ás profusas actividades da Comisión de Estudo creada no seo da Cámara, e este é o *leitmotiv* das reflexións que a seguir se transcriben.

Falar de dereitos fundamentais e emigración presenta *ab initio* o problema da posible utilización hiperbólica da expresión iusnaturalista. Como sabemos o título I da nosa Constitución leva por rúbrica «Dos dereitos e deberes fundamentais» abarcando os artigos 10 a 55 da Carta magna. Ao longo destas páxinas tratarei de matizar o grao de efectividade de certos dereitos contidos na lei de leis en relación cos españois residentes no exterior, sen perder de vista a perspectiva que entendo fundamental e que Amy Gutmann<sup>1</sup> denomina *fundamentación plural* dos dereitos, isto é, a fundamentación moral destes que descansa no recoñecemento da relación dialéctica entre valores (morais) e intereses (económicos).

<sup>1</sup> Na súa introdución ao libro de Michel IGNATIEFF: *Los derechos humanos como política e ideología*. Paidós, Barcelona, 2003.

Por outro lado, a aplicación da teoría dos dereitos fundamentais aos emigrantes trae a colación, respecto a aqueles que teñen un contido económico, a problemática da universalidade dos dereitos económicos e sociais e a súa aplicabilidade nun contexto de crise do Estado social. Tal e como formula Peces-Barba este tipo de dereitos son universais desde o punto de partida, pero a universalidade do punto de chegada debe matizarse, tratándose da coñecida diferenciación entre o ser e o deber ser<sup>2</sup>.

Unha última precisión preliminar debe partir da diferenciación entre o concepto de emigrante que máis adiante se delimita e o de traballador español que se despraza temporalmente ao estranxeiro. A súa problemática xurídica<sup>3</sup> é moi diferente e por iso tamén a nosa Constitución se ocupa en lugares distintos do seu tratamento e tutela. A dimensión aquí abordada supera, como se verá, o ámbito estritamente laboral e afecta a todas as facetas do fenómeno poliédrico da emigración.

## 1. O marco sociolóxico da emigración no Estado español

O fenómeno migratorio deuse historicamente en ámbitos culturais moi heteroxéneos, e iso debido a causas, apuntadas recentemente por estudos como o do profesor murciano Juan B. Vilar<sup>4</sup>, tan diversas como foron os cambios climáticos, os factores bélicos derivados da presión militar duns pobos sobre outros, as diferenzas no desenvolvemento económico e demográfico e por motivos políticos de carácter represivo<sup>5</sup>.

A emigración española na época contemporánea centrouse en dous ámbitos fundamentais: América e Europa. Os cambios económicos, sociais e políticos europeos no século XIX crearon as condicións que favorecían a saída da poboación. Deste modo, o continente americano recibiu nos últimos decenios do século XIX e os dous primeiros do XX uns grandes continxentes de poboación europea, especialmente italiana e española.

---

<sup>2</sup> *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidade Carlos III de Madrid. BOE. Madrid, 1995, p. 318.

<sup>3</sup> Ver ao respecto o traballo de Pedro RABANAL CARBAJO: «Trabajadores nacionales desplazados temporalmente y legislación aplicable» no que realiza unha esesese interesante sobre a aplicación da lei 45/1999, do 29 de novembro sobre desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional. *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*. Universidade de Vigo. 2003.

<sup>4</sup> *Murcia: de la emigración a la inmigración*. Fundación Centro de Estudios Históricos e Investigaciones Locales de la Región de Murcia. Murcia, 2002.

<sup>5</sup> Resulta de interese neste sentido o traballo de M. NAVARRO LÓPEZ, «El contexto socioeconómico de la emigración continental española (1945-1975)» contido no volume compilado por J. A. GARMENDIA, *La emigración española en la encrucijada. Marco general de la emigración de retorno*. C.I.S., Madrid, 1981.

A maior parte da emigración española a América centrouse, por motivos lingüísticos e culturais, en xeral na América latina, e así foron Brasil, Uruguai e Arxentina os que nun primeiro momento recibiron un maior fluxo migratorio desde España. Posteriormente incorporáranse países como Cuba, México ou Venezuela.

Pola contra, a emigración española a Europa é moito máis recente e pode localizarse basicamente no escenario posterior á segunda guerra mundial e referida aos países da Europa occidental (fundamentalmente Gran Bretaña, Alemaña, Países Baixos, Suíza e Francia).

Esta formulación xeográfica e histórica debe sernos de utilidade para non perder de vista a relativa inmediatez na que se produciu o cambio sociolóxico en España respecto ao problema emigración *versus* inmigración. En efecto, estes compatriotas que abandonaron o territorio español conservan, na súa maioría, a nacionalidade española e, polo tanto, como tratarei de expoñer en diante son acredores dos dereitos que a Constitución española garante a todos os cidadáns<sup>6</sup>. Estas afirmacións tampouco poden descoñecer o angustioso problema inmigratorio que o noso país está experimentando, fenómeno que, polo demais, se encontra en ocasións interrelacionado co retorno de emigrantes españois ou dos seus descendentes e, como apunta Colomer Viadel<sup>7</sup>, pertencen ao noso universo cultural e civilizador e as súas posibilidades de integración son, por tanto, máis rápidas e intensas.

## 2. Os condicionantes constitucionais no texto de 1978

O momento histórico no que se aprobou o texto da nosa Carta magna determina a redacción e tratamento xeral que esta lle outorga á emigración. De feito, soamente nun artigo desta se fai unha referencia directa aos emigrantes españois no estranxeiro.

Ademais desta escasa atención do texto constitucional aos dereitos dos emigrantes, o tratamento que a xurisprudencia do Tribunal Consti-

<sup>6</sup> A nacionalidade, como apunta o profesor DÍEZ DE VELASCO, é un vínculo que liga a un individuo cunha determinada organización política estatal, determinando a pertenza xurídica dunha persoa á poboación dun Estado. *Instituciones de Derecho internacional Público*, tomo I. Tecnos. Madrid, 1994, páxina 504. Perspectiva esta que tampouco é ignorada polo lexislador comunitario cando se ocupa de disciplinar os dereitos fundamentais dos estranxeiros recoñecidos no Convenio europeo para a protección dos dereitos humanos e das liberdades fundamentais e a Carta dos dereitos fundamentais da Unión Europea. Así a Directiva 2003/109 do Consello (Diario Oficial da Unión Europea do 23 de xaneiro de 2004) relativa ao estatuto dos nacionais de terceiros países residentes de longa duración.

<sup>7</sup> *Emigrantes y estabilidad en el Mediterráneo. La polémica ley de extranjería*. Editorial Punto y coma. Valencia 2001, p. 16.

tucional fixo dos dereitos fundamentais en relación á súa conceptualización e clasificación<sup>8</sup>, tampouco favoreceu que o lexislador tomara realmente en serio a defensa de tales dereitos dos españois no exterior, e esta foi unha consecuencia máis da defectuosa técnica seguida pola nosa Carta magna á hora de, como sinala Pedro Cruz Villalón<sup>9</sup>, tratar unha categoría básica no dereito constitucional contemporáneo como son os dereitos fundamentais.

A ausencia dunha regulación prolixa da emigración non supón, ao meu xuízo, unha insuficiencia de base constitucional para a defensa e tutela dos dereitos dos emigrantes. De feito, existe coincidencia en manter que a base ou fundamento xurídico último de todo dereito fundamental encóntrase na dignidade da persoa humana<sup>10</sup>, e non teño ningunha dúbida acerca de que a extraterritorialidade do exercicio dos dereitos constitucionais non debilita (ou mellor, non debería debilitar) o status dos nosos emigrantes.

Desde o punto de vista das migracións interiores, non hai que esquecer que o mesmo texto constitucional consagra, con efectos directos para os cidadáns españois que cambian de lugar de traballo, no seu artigo 19 o dereito dos españois a «elixir libremente a súa residencia e a circular polo territorio nacional» e o 139.2 a liberdade de circulación e establecemento das persoas en todo o territorio español.

### 2.1. A cláusula proveniente do dereito italiano (Lelio Basso)

Nesta orde de cousas o presuposto fundamental do que temos de partir non é outro que o contido do artigo 9.2 da Constitución española. Este precepto, como é ben sabido, di que lles corresponde aos poderes públicos promover as condicións para que a liberdade e a igualdade do individuo e dos grupos nos que se integra sexan reais e efectivas, remover os obstáculos que impidan ou dificulten a súa plenitude e facilitar a participación de todos os cidadáns na vida política, económica, cultural e social. Esta cláusula é un correlato lóxico da cualificación do Estado como social no artigo 1 da Constitución, se ben os seus efectos xurídicos

---

<sup>8</sup> A doutrina do Tribunal é tildada por algún autor como evasiva e «anfíboloxica» e, ás veces, ata contradictoria. Cfr. Gregorio CÁMARA VILLAR: *Votos particulares y Derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*. Ministerio de Xustiza. Madrid, 1993, p. 75.

<sup>9</sup> No seu traballo: «Formación y evolución de los derechos fundamentales», na obra colectiva *Introducción a los derechos fundamentales*. X Jornadas de Estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Xustiza, 1988, vol. I, p. 158.

<sup>10</sup> Así se contén nas conclusións da excelente monografía de Magdalena LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*. Editorial Comares. Granada 1996.

directos foron relativizados por autores como Garrorena<sup>11</sup> que entenden que «a fórmula en cuestión non realiza referencias normativas individualizables e, por tanto, concretables inmediatamente nun dereito subxectivo xurisdicionalmente esixible».

A Constitución non podía ir máis alá, ou o que é o mesmo en palabras de Vieira de Andrade<sup>12</sup>, a satisfacción dos dereitos sociais depende dos recursos materiais do Estado, polo que a Constitución non pode determinar o seu contido. Trátase, en definitiva, como sinala a Sentenza do Tribunal Constitucional do 8 de abril de 1981, de recoñecer que «ningún dereito, nin aínda os de natureza ou carácter constitucional, pode considerarse como ilimitado»<sup>13</sup>.

A mera lectura da cláusula constitucional ex artigo 9.2 denota a súa potencialidade aos efectos de que as administracións competentes aborden os problemas tan urxentes que afectan a boa parte dos emigrantes españois no estranxeiro, e que ademais como veremos, encontran abundante apoio no articulado do noso texto fundamental.

Con todo, o debate dos nosos días acerca da materialización das demandas do Estado social e os seus rozamentos, cando non choques frontais, co crecemento dos gastos estatais e a liberdade internacional de mercado vén matizar os efectos prácticos da cláusula *Lelio Basso* na Constitución. Como apuntou Aragón Reyes<sup>14</sup>, a asunción de tarefas sociais polo Estado maniféstase a través dunha actuación prestacional sostida co diñeiro público, e os seus custos resultan dificilmente soportables en situacións de crises económicas. En palabras de Carl Schmitt, «todo dereito a prestacións alleas é limitado» e, polo tanto, os dereitos sociais teñen un carácter limitado a diferenza dos dereitos clásicos concibidos desde unha perspectiva absoluta.

<sup>11</sup> A. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 99. Para unha aproximación inicial ao contido constitucional dos dereitos dos emigrantes pode consultarse o meu artigo: «La actuación de los poderes públicos autonómicos y el derecho fundamental del artículo 42 de la Constitución española». *Revista galega de Administración Pública* nº 28. 2001, pp. 365 e seguintes.

<sup>12</sup> VIEIRA DE ANDRADE: «Direitos fundamentais», en *Polis-Enciclopedia verbo da Sociedade e do Estado*. Lisboa, Verbo, 1984, Volume II.

<sup>13</sup> STC 11/1981, do 8 de abril. Fundamento xurídico 7º.

<sup>14</sup> *Libertades Económicas y Estado Social*. McGraw-hill. Madrid. 1995, p. 134.

## 2.2. Os principios constitucionalizados no ámbito da política social e económica.

Aprell Lasagabaster<sup>15</sup> preocupouse de destacar a aplicabilidade limitada que, para os non nacionais, teñen as prescricións contidas no capítulo terceiro do título primeiro da nosa Constitución. Deste modo entendo que, ao contrario, débese concluir a plena asunción da súa vixencia para todos os españois, e obsérvese que a nosa lexislación constitucional non require en ningún momento da residencia efectiva dos cidadáns para que tales dereitos lles resulten aplicables, polo que non caberá unha interpretación restritiva respecto aos emigrantes nesta materia.

A previsión do artigo 42<sup>16</sup> da Constitución no sentido de que o Estado deba procurar especialmente a salvagarda dos dereitos económicos e sociais dos traballadores españois no estranxeiro, e orientar a súa política cara ao seu regreso, non pode facer perder de vista a existencia doutros mandatos do constituínte que resultan de directa aplicación aos cidadáns da diáspora.

Deste modo a protección disposta no artigo 50 do texto constitucional en relación coa garantía que deben outorgar os poderes públicos, mediante pensións adecuadas e periodicamente actualizadas á suficiencia económica dos cidadáns na terceira idade, resulta de aplicación inmediata a todos aqueles que emigraron en idade de exercer a plenitude dos seus dereitos laborais e se encontran hoxe nunha fase da súa vida non activa laboralmente. En todo caso, encontrámonos de novo como constata Rubio Llorente<sup>17</sup>, cun conxunto de dereitos que non son susceptibles de amparo, de tal modo que o Tribunal Constitucional non dubidou en rexeitar eses eventuais «dereitos laborais» que lle foron alegados.

Hai que lembrar que ese mesmo artigo incide na necesidade de promover o benestar da terceira idade mediante un sistema de servizos sociais que atendan os seus problemas específicos de saúde, vivenda, cultura e

---

<sup>15</sup> «Extranjero y ciudadano. Los Derechos personales de los extranjeros y condicionantes administrativos a su libertad y seguridad jurídica». Traballo incluído en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*. XII Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Volume I. Ministerio de Xustiza. Madrid. 1992, p. 477.

<sup>16</sup> Marín López destacou a posibilidade introducida pola lei 36/2002 de acceso á nacionalidade española para máis de 500.000 persoas nos países iberoamericanos, en parte a causa das malas condicións económicas e á esperanza de mellorar a súa situación en España. Esa lei expresa na súa exposición de motivos a súa vontade de materializar o disposto no artigo 42 do texto constitucional. «La reforma parcial del Derecho de la nacionalidad: La ley 36/2002, de 8 de octubre». *Revista española de Derecho Internacional*. Vol. LIV. 2002, p. 787.

<sup>17</sup> *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Ariel Derecho. Barcelona, 1995, p. 691.

ocio. Quizais en relación con este mandato constitucional, preséntase de aplicación como a ningún a doutrina contida en sentenzas como a 27/1981, que aseveran que a finalidade de promover a igualdade do individuo e dos grupos en que se integra, «en ocasións, esixe unha política legislativa que non pode reducirse á pura igualdade ante a lei». Deste modo, as prestacións económicas aos emigrantes deberían, ao meu modo de ver, reflectir a situación económica e do contorno do destinatario destas, pois unha idéntica axuda pública pode alcanzar a súa finalidade nun país e ser totalmente escasa noutro (pensemos nos escenarios inflacionistas que se producen constantemente en certos países de América).

Como resulta coñecido, unha das temáticas de maior actualidade entre a emigración española, sobre todo en Sudamérica, é a da protección da saúde. Deste modo o principio constitucional do artigo 43, que obriga aos poderes públicos a tutelar a saúde pública mediante medidas preventivas e as prestacións e servizos necesarios. Neste mesmo sentido o artigo 41 obriga aos poderes públicos a manter un réxime público de seguridade social para todos os cidadáns, que garanta a asistencia e prestacións sociais suficientes ante situacións de necesidade, especialmente no caso de desemprego. O perfil outorgado constitucionalmente a este dereito foi obxecto de estudo por parte da doutrina desde tempos moi iniciais da nosa recente democracia. Así, autores como Vera Jurado<sup>18</sup> afirmaron, con pleno acerto, que os principios básicos do dereito recoñecido no artigo 43 eran novos no dereito español e dun alcance fundamental (principio de igualdade e universalización das prestacións sanitarias, descentralización da sanidade e participación cidadá na xestión sanitaria).

A situación dos emigrantes españois na zona da Plata e, moi especialmente, na conurbación urbana de Bos Aires, chegou a situacións límite que foron recoñecidas en estudos recentes das Universidades de Bos Aires e de Alacant<sup>19</sup> nos que se deixa constancia dos niveis de exclusión social da poboación de certos barrios como San Telmo e La Boca, nos que a presenza de españois é abundante.

Ao meu xuízo, estas proclamacións constitucionais no ámbito da saúde non poden concluír senón o recoñecemento claro do dereito de *todos os españois*, e non só os que viven no noso territorio, a unha sanidade

<sup>18</sup> Na súa colaboración «Los grandes servicios públicos - Sanidad» contida no tomo III da obra colectiva *El Estado de las autonomías. Los sectores productivos y la organización territorial del Estado*. Dirixido por Antonio JIMÉNEZ-BLANCO e Julián MARTÍNEZ SIMANCAS. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., pp. 2.181 e seguintes.

<sup>19</sup> Refírome ao estudo de Fernando DÍAZ ORUETA, M<sup>a</sup> Luisa LOURÉS, Carla RODRÍGUEZ e Verónica DEVALLE: «Ciudad, territorio y exclusión social. Las políticas de recualificación urbana en la ciudad de Buenos Aires». *Reis. Revista española de investigaciones sociológicas*, n<sup>o</sup> 103, 2003.



pública e adecuada aos estándares propios da economía do benestar. Todo isto encadra, ademais, perfectamente no que se cualificou como «proceso de relativa independización da protección da saúde»<sup>20</sup>, xa que no noso sistema é perfectamente conciliable co expresado pola Constitución a existencia dunha rede pública baseada no principio profesional-contributivo co carácter universal do dereito e o seu gozo por vía asistencial.

Por último, entendo que disposicións como as contidas nos artigos 44 (promoción e tutela do acceso á cultura) e 48 (promoción das condicións para a participación libre e eficaz da xuventude no desenvolvemento político, social, económico e cultural) son de plena aplicación ao colectivo dos emigrantes españois. Non pode perderse de vista en ningún momento que se trata de cidadáns españois con todas as consecuencias que a nacionalidade leva consigo, tal e como apuntou xa moi cedo o Tribunal Internacional de Xustiza, entre outros, no caso *Nottebohm*<sup>21</sup>, e por iso deben instrumentarse as vías xurídicas precisas (tales como convenios ou tratados internacionais) para que o libre desenvolvemento da personalidade dos emigrantes non sufra menoscabos respecto dos residentes.

### 2.3. A garantía dos principios constitucionalizados no capítulo III do título I

O debate acerca da eficacia dos principios rectores da política social e económica contidos no capítulo III do título I da nosa Constitución presenta todo o seu vigor cando se trata de poñer a proba o status de cidadáns como os nosos emigrantes que, tal e como expuxen, vense afectados por varios dereitos nese lugar consagrados. Certo é que tal e como dispón o artigo 53.3 estes dereitos só poden ser alegados ante a xurisdición ordinaria de acordo co que dispoñan as leis que os desenvolvan. Agora ben, ese mesmo artigo encárgase de dicir que o recoñecemento, o respecto e a protección de tales principios informará a lexislación positiva, a práctica xudicial e a actuación dos poderes públicos.

Por outro lado, e como puxo de manifesto Gallego Anabitarte<sup>22</sup>, certos dereitos contidos dentro dos principios rectores da política social e económica foron relativizados en sentenzas do noso alto tribunal, que se

---

<sup>20</sup> Manuel Ramón ALARCÓN CARACUEL: «Veinte años de ordenamiento laboral y de la Seguridad social conforme a la Constitución», contido no volume *20 años de ordenamiento constitucional. Homenaje a Estanislao de Aranzadi*. Editorial Aranzadi, 1999.

<sup>21</sup> A súa sentenza do 6 de abril de 1955 di que: «a nacionalidade serve ante todo para determinar que aquel a quen se confire, goza de dereitos e está suxeito ás obrigas que a lexislación deste Estado concede ou impón aos seus nacionais». *Cour Internationale de Justice: Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*, 1955, p. 20.

<sup>22</sup> *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid. Civitas. Madrid, 1994, p. 256.

encargou de matizar para estes supostos o seu carácter predominante de *garantía institucional*, posibilitando así regulacions que debilitan por exemplo a libre elección de profesión ex artigo 35 da Constitución. Nada tería, pois, de estraño que cando por vez primeira a xurisprudencia constitucional se aproxime ao contido da protección dos emigrantes poida xustificar limitacións nos seus dereitos, se ben entendo que tal opción xurisprudencial sería desafortunada e afastada da realidade social destes cidadáns españois.

Resulta evidente que estes principios rectores da política social e económica, interpretados desde a perspectiva pluralista querida pola Constitución<sup>23</sup>, deben proxectar a súa forza sobre os dereitos fundamentais dos emigrantes españois. Será labor dos aplicadores das leis que os desenvolvan (fundamentalmente xuíces e funcionarios) lograr que o ordenamento no seu conxunto respecte esta concepción constitucional.

Así formulado o problema, suscítase a dúbida de se a liberdade de configuración legal de tales dereitos pode posibilitar políticas públicas que se encontren próximas ao descoñecemento ou transgresión do recoñecido nos preceptos da Constitución. Desde outra perspectiva, podería considerarse a existencia dunha sorte de inconstitucionalidade por omisión ante o descoñecemento na lexislación positiva dunha plasmación real dos dereitos que os emigrantes teñen recoñecidos *ex constitutione*. Como resulta sabido, nesta orde de cousas Mortati<sup>24</sup> inclinouse claramente pola necesaria subordinación do lexislador aos mandatos constitucionais, defendendo un papel activo do Tribunal constitucional fronte ás omisións lexislativas.

Tendo en conta que os principais problemas da emigración española afectan ao contido de certos principios de política social e económica, máis que atender a posibles inconstitucionalidades por problemáticas configuracións legais dos dereitos, encontráronos ante o problema, apuntado por González Beilfuss<sup>25</sup>, da relación entre o principio de proporcionalidade na lei e o principio de proporcionalidade na aplicación da lei, aspecto este que resulta de difícil xusticiabilidade ante o Tribunal Constitucional.

A xurisprudencia do Tribunal Constitucional encargouse de remarcar os efectos dos dereitos fundamentais en sentenzas como a 18/1984 que

<sup>23</sup> En palabras de Juan Andrés Muñoz Arnao na súa monografía: *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, p. 35.

<sup>24</sup> «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omisivi del legislatore», en *Il Foro italiano*, V, 1970, pp. 153 a 191.

<sup>25</sup> *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

declaran: «...a suxeición dos poderes públicos á Constitución tradúcese nun deber positivo de dar efectividade a tales dereitos en canto á súa vixencia na vida social, deber que afecta ao lexislador, ao executivo e aos xuíces e tribunais no ámbito das súas funcións respectivas», pero ao mesmo tempo limitan o propio papel a desempeñar polo máximo intérprete da Constitución cando afirma, respecto á necesaria busca dos medios para lograr a igualdade, ex artigo 9.2 CE, que «...tales poderes públicos son o lexislador e o Goberno os que teñen o poder de iniciativa e non este Tribunal»<sup>26</sup>. Trátase, como apunta Gavara de Cara, de recoñecer por parte do Constitucional que a súa aplicación do principio de proporcionalidade ten un alcance e unha intensidade moi limitada, xa que non pode asumir un papel de lexislador imaxinario e realizar consideracións políticas, económicas ou de oportunidade que lle son institucionalmente alleas e para as cales non está organicamente creado<sup>27</sup>.

### 3. As políticas públicas emigratorias na nosa recente democracia

Ao longo destes vinte e cinco anos que seguiron á Constitución española, os poderes públicos desenvolveron actuacións en relación cos emigrantes, se ben con distintos graos de implicación e resultados. En efecto, tanto o Estado como as comunidades autónomas e as entidades locais levaron a cabo, no ámbito das súas respectivas competencias, distintas políticas públicas de protección dos cidadáns españois no estranxeiro.

As actuacións dos poderes públicos contan, como xa apuntei, cunha base constitucional sólida que demanda un posicionamiento decidido a favor da protección destes cidadáns. Con todo, hai que recoñecer desde un primeiro momento que a tutela xurídica de tales dereitos é moi débil, pois como vimos de comentar, trátase de títulos constitucionais na súa maior parte subtraídos á defensa que outorga o recurso de amparo ante o Tribunal Constitucional. Esta constatación non debe impedirnos coincidir con autores como De Castro Cid<sup>28</sup> no recoñecemento de que a posición definitiva dos dereitos nun sistema social dado depende de factores dispares, sen que abonden, a pesar da súa evidente eficacia, os medios de tutela xurisdiccional.

<sup>26</sup> STC 189/1987, fundamento xurídico 10º.

<sup>27</sup> Así na sentenza 161/1997, fundamentos xurídicos 11 e 12. Citados polo autor no seu traballo: «El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los Derechos fundamentales». *Revista de actualización Aranzadi Tribunal constitucional*. 2004, p. 103.

<sup>28</sup> Entre outros traballos resulta de interese o seu libro: *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. Universidade de León, 1993.

Recentemente o apoio xurídico da protección dos emigrantes recibiu un respaldo relevante con motivo do avance dos documentos comunitarios<sup>29</sup> que adiantan a existencia dunha Constitución europea. A través da base constitucional do artigo 93, os dereitos atribuídos pola futura Constitución europea servirán para a tutela dos intereses dos nosos emigrantes na Europa comunitaria e fóra dela.

### 3.1. O ámbito estatal de protección dos dereitos

A responsabilidade máis substantiva descansa no ámbito estatal. Neste sentido, a Administración Xeral do Estado asumiu as competencias en materias tan decisivas como as da saúde e os servizos sociais que, exercidas fundamentalmente a través do servizo exterior do Estado, tratan de atender do mellor modo posible aos españois desprazados. O punto de partida lexislativo preconstitucional é a Lei 33/1971, do 21 de xullo, de emigración, que deu fundamento á definición de emigrante contida na Orde ministerial do 10 de xaneiro de 1989: «españóis que se trasladan a un país estranxeiro, por causas de traballo, profesión ou actividade lucrativa, sempre que na súa execución ou exercicio deban observarse totalmente ou a determinados efectos, disposicións laborais ou de Seguridade social que rexan no mencionado país ou en España»<sup>30</sup>.

Desde o punto de vista lexislativo as Cortes Xerais participaron, como non podía ser doutro modo, na aprobación de sucesivas reformas do réxime da nacionalidade contemplado no Código civil. O continuo problema da tensión entre o *ius soli* e o *ius sanguinis* veu sendo obxecto de tratamento polas que son denominadas polos nosos emigrantes como «leis de nacionalidade». Trátase dunha dialéctica que, en termos de Bastida Freijedo<sup>31</sup>, transcende unha concepción pechada de pertenza a unha nación (*ius sanguinis*) fronte a unha idea aberta da nación (*ius soli*). A tendencia declarada dos últimos anos foi a de flexibilizar o acceso á nacionalidade española para aquelas persoas que contan cun parentesco, sexa por consanguinidade ou afinidade con cidadáns españois emigrados.

<sup>29</sup> Tal é o caso do artigo 8.2 *Ciudadanía de la Unión* que atribúe o dereito a acollese no territorio dun terceiro país no que non estea representado o Estado membro do que sexa nacional, á protección das autoridades diplomáticas e consulares de calquera Estado membro nas mesmas condicións que os nacionais do devandito Estado. *Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Convención Europea. Luxemburgo. Oficina de Publicacións Oficiais das Comunidades Europeas, 2003.

<sup>30</sup> Definición que é considerada desfasada por Enrique Arnaldo Alcubilla na súa tese doutoral: *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 94.

<sup>31</sup> No seu comentario ao artigo 7 do Estatuto de Autonomía de Asturias contido na obra colectiva: *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio Sistemático*. Junta General del Principado de Asturias, 2003.

Recentemente Gil Rodríguez<sup>32</sup> sinalou os importantes cambios recollidos pola lei 36/2002, do 8 de outubro de modificación do Código civil en materia de nacionalidade. Resumindo, e no que afecta máis directamente aos nosos emigrantes, a lei supón: o recoñecemento de opción á nacionalidade española a favor dos fillos de emigrante, os cambios na adquisición da nacionalidade española por residencia, e a reconsideración da «conservación» da nacionalidade en relación á súa posible perda, cos efectos específicos para os netos de emigrante.

### 3.2. Comunidades autónomas e dereitos da diáspora

As distintas comunidades autónomas españolas viviron a temática da emigración dun modo moi diferente. Non cabe dúbida que comunidades tradicionalmente emigrantes como Galicia ou Andalucía implicáronse, política e administrativamente, moito máis na cuestión que outras nas que o fenómeno é case anecdótico. As competencias autonómicas viñéronse filtrando na protección social dos emigrantes a través de liñas de actuación que complementan a tutela xeral outorgada pola Seguridade social do Estado. Ademais, non poden perderse de vista outro tipo de axudas de carácter cultural individual e societario que tratan de manter os vínculos culturais e afectivos entre os españois no estranxeiro e a súa comunidade de orixe.

A cuestión da descentralización territorial foi vista por autores como La Pergola<sup>33</sup> como problemática respecto á xeneralización dos dereitos sociais. Esta valoración prodúcese desde unha perspectiva que, ao meu xuízo, debe matizarse por canto a necesaria coordinación e cooperación entre institucións pode, moi ao contrario, colaborar na mellora dos resultados destas políticas públicas, e diso é bo exemplo o caso español.

Unha parte da nosa doutrina constitucional (Martínez Estay) expuxo o dubidoso carácter xurídico e de aplicabilidade directa do dereito á Seguridade social, aspecto que resulta de notable relevancia para o caso dos emigrantes. Con todo, e recoñecendo o carácter programático de política social para os poderes públicos que a xurisprudencia constitucional lle recoñece (así sentenzas como a 134/1987, do 21 de xullo, a 113/1989, do 22 de xuño, a 3/1993, do 14 de xaneiro ou a 37/1994, do 10 de febreiro)

---

<sup>32</sup> «Aproximación a la ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad: emigración e inmigración». *Revista del Poder judicial*. N° 68, páxinas 105 e seguintes. Igualmente Eduard SAGARRA TRIAS: «Modificación de la regulación de la nacionalidad española en el Código civil». *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 2. 2003, p. 63 e seguintes.

<sup>33</sup> «El federalismo cooperativo: entra en escena el new deal», en *Los nuevos mundos del federalismo*. CEC, Madrid, 1994.

paréceme máis axustado ao noso panorama constitucional poñer de manifesto, con outros autores como González Moreno<sup>34</sup>, a vinculación directa para a Administración destas obrigas sociais, que entroncan co que se veu denominando «determinacións de fins do Estado».

### 3.3. As administracións locais e a emigración española

Aínda que cuantitativamente resulten menos relevantes, non por iso son minusvalorables as actuacións das distintas entidades locais (municipios e provincias) en relación aos emigrantes españois. Deste modo, non é extraordinario que concellos especialmente afectados pola emigración consignen nas súas partidas orzamentarias cantidades para sufragar os gastos de centros participados por naturais do seu termo territorial que se crearon no estranxeiro, aos que a miúdo se lles outorgou a denominación da localidade ou partido xudicial de orixe.

Sen dúbida, estas liñas de axuda son moi encomiables e correctas desde a perspectiva xurídico-constitucional, pero atendendo a criterios de eficacia parece máis adecuado que tales medidas se inclúan nun plan autonómico (como conseguiu recentemente o Goberno galego) para a súa máis correcta optimización.

### 3.4. Emigración e cooperación ao desenvolvemento: unha nova dimensión dos dereitos dos residentes ausentes

Debido basicamente á evolución socioeconómica dos países iberoamericanos, a relación das administracións públicas españolas coa emigración veu recibir un tratamento conxunto co fenómeno da cooperación ao desenvolvemento. Deste modo, nos últimos anos puidéronse instrumentar liñas de apoio a colectividades de españois en zonas concretas en países como Arxentina ou Brasil implicando a diversas ONGs e organizacións internacionais. Tales medidas preséntanse como perfectamente lóxicas, posto que unha parte da nosa emigración menos favorecida economicamente desenvolve a súa peripecia vital en contextos propios de países subdesenvolvidos ou en vías de desenvolvemento. Os novos conceptos do desenvolvemento humano<sup>35</sup> incorporaron ao crece-

<sup>34</sup> No primeiro caso está a obra de M. ESTAY *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*. Editorial Cedecs. Barcelona 1997. Na postura que entendo máis aperturista encóntrase o interesante libro de Beatriz GONZÁLEZ MORENO: *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Universidade de Vigo-Ci-vitas, 2002.

<sup>35</sup> Así pode corroborarse en Sara Garrido: «La aportación de la cooperación internacional al desarrollo y a la democratización». *Papeles de cuestiones internacionales*, nº 83, outono 2003.

mento económico variables sociais, políticas e culturais para tomar como medida a vulnerabilidade da poboación, entendida como a súa capacidade de facer fronte a factores externos que lle afecten. Neste sentido as actuacións públicas de cooperación supoñen unha vía para a garantía dos dereitos dos emigrantes a través dun mecanismo que antes era totalmente descoñecido polos poderes públicos españois.

Este dato do desenvolvemento paralelo do apoio á emigración, xunto co da cooperación internacional, abre unha liña interesante para que os tres niveis das administracións públicas antes referidas, poidan participar na mellora das condicións de vida dos nosos emigrantes. Polo demais trátase de liñas de actuación xa consolidadas no ámbito da Unión Europea, que como estudou Zwamborn<sup>36</sup>, conta cunha longa tradición no respaldo dos dereitos humanos no estranxeiro dentro dos obxectivos da política exterior europea.

### 3.5. Maxistraturas de opinión, dereitos fundamentais, control da Administración e defensa dos dereitos dos emigrantes

Ademais das actuacións desenvolvidas polas que a doutrina administrativa denomina administracións activas, non se poden perder de vista os importantes papeis que están chamados a desempeñar outras institucións recentemente incorporadas no noso texto constitucional. En concreto, como é ben sabido, o artigo 54 da Constitución española establece que unha lei orgánica regulará a institución do defensor do pobo, como alto comisionado das Cortes xerais, designado por esta para a defensa dos dereitos comprendidos no título primeiro da Constitución.

Como xa se expuxo anteriormente, son varios os dereitos fundamentais consagrados constitucionalmente que os emigrantes españois observan con preocupación en situación crítica. Neste sentido a actividade de supervisión das administracións públicas que debe desenvolver o defensor do pobo debe ser esencial para que esa parte tan importante da nosa cidadanía non se vexa, como no seu día sinalou Celso Montero<sup>37</sup> desamparada no exercicio dunha parte importante dos seus dereitos fundamentais. Non se pode perder de vista que esa actuación supervisora ou comisionado parlamentario debe darlle conta ás Cortes xerais, que en definitiva son as competentes para actuar calquera cambio lexislativo ao respecto.

---

<sup>36</sup> ZWAMBORN, M.: «Human rights promotion and protection through the external relations of the European Community and the twelve», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1989, vol.7, nº 1.

<sup>37</sup> «La tolerancia, como valor al servicio de los derechos humanos». *X Jornadas de Coordinación entre Defensores del Pueblo*. Barcelona, 1995, p. 76.

A singularidade da problemática que me ocupa levou a que algúns operadores políticos susciten recentemente a creación dun comisionado parlamentario *ad hoc* ao modo en que se creou nalgún ámbito autonómico un órgano específico para a tutela dos dereitos dos menores. Entendo que talvez a creación deste órgano sexa máis necesaria no ámbito autonómico e referida ás concretas problemáticas de certas comunidades autónomas, especialmente cando algunhas delas comezaron a crear unha estrutura administrativa específica<sup>38</sup> que debe ser obxecto de supervisión a través de órganos independentes como o son os *ombudsman*.

#### 4. Problemas e ámbitos carentes de políticas públicas satisfactorias

##### 4.1. O ámbito sanitario e de integración social

Resulta rechamante que nos inicios do século XXI teñamos que cuestionarnos a adopción de políticas públicas que garantan o mínimo vital para algúns cidadáns españois. Como país integrado na Unión Europea e que forma parte do que comunmente se coñece como primeiro mundo, é sorprendente que un número non desdeñable dos nosos cidadáns se atopen nun desamparo asistencial importante. Estas situacións prodúcense fundamentalmente en entornos xeográficos como o arxentino<sup>39</sup>, onde a crise económica, que se agudizou en outubro de 2001, elevou a 19 millóns o número de persoas que non poden facer fronte ás súas necesidades básicas. E todo isto a pesar de programas tan encomiables como a Campaña mundial sobre Seguridade Social e cobertura para todos, aprobada en 2003 pola 91ª reunión da Conferencia internacional do traballo, que ao dicir da doutrina máis reputada<sup>40</sup>, debe converterse nun elemento esencial da estratexia de extensión da Seguridade Social nos países en vías de desenvolvemento.

Como se ocupou de recordar Freixes Sanjuán<sup>41</sup> trátase dunha clase de dereitos dos españois que aínda sen estar configurados como dereitos

<sup>38</sup> Ao respecto pode consultarse o meu traballo: «El Valedor do Pobo como garantía de los derechos de los ciudadanos gallegos». *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense 2003*, pp. 367 a 391.

<sup>39</sup> É particularmente agradable recibir os últimos datos económicos referidos aos países da zona con noticias que falan de indicios de recuperación a principios de 2004. Así o informe do CIEF. Centro de Investigación Económica y Financiera de decembro de 2003.

<sup>40</sup> Wouter Van Ginneken: «Extensión de la seguridad social. Políticas para los países en desarrollo». *Revista Internacional del Trabajo*, volume 122. 2003, nº 3, p. 323.

<sup>41</sup> *Constitución y Derechos Fundamentales. I Estructura jurídica y función constitucional de los Derechos*. PPU, Barcelona, 1992.



públicos subxectivos na Constitución, conteñen unha orde de valores e deben tamén ser interpretados de acordo cos valores superiores do ordenamento xurídico. A lectura da Lei xeral de Seguridade Social deixa meridianamente claro o carácter de dereito de configuración legal outorgado *ex Constitutione* a esta materia, pero isto non debe levarnos a descoñecer, como apunta Cano Bueso<sup>42</sup> para os inmigrantes en España, que o contido esencial debe ser integramente respectado en todo caso, de forma que as limitacións ao seu exercicio cando os titulares sexan emigrantes nunca poderán desnaturalizar o dereito de que se trate, nin suxeitalo a límites tales que o obstaculicen, perturben ou que ese dereito reporta impracticable.

Nesta orde de cousas a aprobación da Lei 16/2003, do 28 de maio, de cohesión e calidade do Sistema Nacional de Saúde veu delimitar subxectivamente o dereito á protección da saúde e á atención sanitaria, tomando un criterio territorial que outorga tales dereitos matizando a súa aplicación a españois, estranxeiros, nacionais da Unión Europea e nacionais de terceiros países, e distingue no seu caso segundo existan ou non tratados internacionais na materia. Este enfoque non empece, segundo sinala Fonseca Ferrandis<sup>43</sup>, para que o artigo 3.2 da lei obrigue ás administracións públicas a orientar as súas accións en materia de saúde incorporando medidas activas que impidan a discriminación de calquera colectivo de poboación (léase no noso caso emigrantes) que por razóns culturais, lingüísticas, relixiosas ou sociais teña especial dificultade para o acceso efectivo ás prestacións sanitarias do Sistema Nacional de Saúde.

Máis recentemente as reformas legislativas autonómicas trataron de abordar a perentoria situación sanitaria mediante o recoñecemento do importante papel que estas administracións deben desempeñar en relación á atención dos nosos emigrantes no exterior<sup>44</sup>. Esta vía, a da asunción do problema integrándoa no sistema de saúde das comunidades autónomas, preséntase como un dos máis esperanzadores para a colonia, sobre todo tendo en conta as limitadas competencias que na materia sanitaria ten na actualidade o Estado ao respecto.

No ámbito da protección social constituído fundamentalmente polas pensións asistenciais ou non contributivas as noticias máis recentes son

---

<sup>42</sup> «Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional». *Revista de Derecho Político*, nº 57, 2003, pp. 11 a 30.

<sup>43</sup> No seu traballo: «El modelo de prestación sanitaria articulado por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud». *Actualidad Administrativa*, nº 38, 2003, p. 905.

<sup>44</sup> Así ocorre co artigo 31 da Lei de ordenación sanitaria de Galicia do 9 de decembro de 2003, que acode á habilitación competencial específica prevista no artigo 7 do Estatuto de Autonomía para Galicia.

esperanzadoras, e así o mínimo de ingresos ao ano que se garanten para os emigrantes maiores de 65 anos aumentou respecto a 2003 nun 105%, o que, en casos como o de Arxentina supón unha suma mensual superior ao salario medio daquel país<sup>45</sup>. Ademais os requisitos para percibir as pensións por anciandade son as mesmas en España e no exterior: cumprir a idade e carecer de ingresos que alcancen o límite fixado. A única diferenza reseñable é que a contía da pensión non contributiva en España é a referencia para a pensión asistencial mentres que no exterior se toman outros factores, que fan cualificar como complexo o procedemento a xuízo de Alonso Olea<sup>46</sup>, como o nivel de vida do país, a renda *per capita*, e o nivel salarial e das pensións, entre outros. Estas innovacións unidas ás progresivas aperturas de centros de día, servirán para atender unha problemática moi específica, a da cuarta idade ou persoas con alto grao de dependencia.

Como pode comprobarse a efectivización dos mandatos do Estado do benestar contidos na nosa Constitución require, cando de países en desenvolvemento falamos, certas matizacións, e sobre todo como sinala Angel-Manuel Abellán<sup>47</sup>, da aplicación nun modelo adecuado de conxuntura económica internacional. En definitiva, trátase de problemas que só parcialmente poden ser abordados desde a perspectiva do Estado-nación, pois aféctanlle a rexións moi amplas e a colectividades moi numerosas. Por iso o tradicional enfoque de apoio ao emigrante que partía do esquema cuatripartito de axudas: a fase preparatoria á emigración, a protección durante a viaxe, durante a estancia no estranxeiro e a repatriación bonificada, debe ser superada comprendendo ademais que na actualidade o emigrante español é unha persoa de idade avanzada e con escasos desexos de retornar a España.

#### 4.2. A participación política dos emigrantes

Cando Schumpeter definía a democracia como a ordenación institucional encamiñada a tomar decisións políticas, e na que algúns adquiren a facultade de decidir a través dunha loita en concorrencia, a fin de facer seus os votos do pobo, seguro que estaba dando por suposto que esa facultade debe adquirirse nun marco de transparencia e racionalidade da que, en ocasións, carecen as eleccións no noso sistema político. Certamente como explicarei posteriormente non é lóxico pensar que en pleno

<sup>45</sup> En declaracións do director xeral de Ordenación das migracións do Ministerio de Traballo e Asuntos Sociais de España. Bos Aires. Axencia EFE, 23/02/2004.

<sup>46</sup> *Instituciones de Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 1998, p. 553.

<sup>47</sup> «La problemática del Estado del Bienestar como fenómeno internacional». *El Constitucionalismo en la crisis del Estado social*. Miguel Angel Herrera (dir.) Universidade do País Vasco, 1997, p. 209.

século XXI os procesos electorais en España non garantan plenamente a participación de todos os cidadáns, especialmente e por problemas moi variados, a dos residentes no exterior.

O dereito á participación política que o artigo 23 da Constitución lles reconece aos cidadáns supón, como resulta coñecido, tanto a posibilidade de participar nos procesos electorais en condicións de igualdade exercitando o dereito de sufraxio activo, como a través dos seus representantes libremente elixidos en eleccións periódicas mediante sufraxio universal. Encontrámonos ante uns dereitos que Cruz Villalón<sup>48</sup> denominou «vinculados aos nacionais» e que habitualmente só teñen atribuídos os cidadáns dese país e expresamente prohibidos os estranxeiros.

No caso dos emigrantes o seu dereito de voto vese dificultado notablemente polo procedemento do coñecido como «voto rogado» previsto na nosa Lei orgánica de réxime electoral xeral.

A cuestión non só foi posta de manifesto reiteradamente por parte dos emigrantes españois, fundamentalmente en Latinoamérica, senón tamén por parte dos partidos políticos que son conscientes da relevancia e transcendencia electoral do voto emitido polos emigrantes<sup>49</sup>. Nesta orde de cousas coincido con Pedro de Vega ao entender que a única formulación correcta da política e da democracia non pode ser outra que a que debe facerse tomando ao Estado como ámbito primordial da vida política democrática. Así e no referido ao mundo da emigración, só poderemos entender integrados no funcionamento democrático da nosa sociedade aos residentes no exterior cando estes teñan garantías institucionais plenas (legais e materiais) para o exercicio dos seus dereitos políticos<sup>50</sup>.

O dereito de voto que con carácter xeral se reconece ao emigrante español en todos os procesos electorais merece unha reflexión demorada despois de 25 anos de democracia. Unha vez recoñecida e posta de manifesto a relevancia dos cambios necesarios para efectivizar a participación e transparencia dos votantes no exterior, debe tamén, ao meu xuízo, destacarse o xiro copernicano dos últimos cambios lexislativos<sup>51</sup> que asumen a necesaria apertura do dereito de sufraxio a colectivos residen-

---

<sup>48</sup> «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas». *Revista española de Derecho constitucional*, nº 35, 1992.

<sup>49</sup> Para as eleccións xerais do 14 de marzo o censo era dun total de 1.091.813 residentes no estranxeiro. Esta cantidade supón un peso político moi relevante, pois en termos absolutos achégase á metade dos votos que poderían computarse nunha comunidade autónoma como a de Galicia.

<sup>50</sup> Pedro de Vega: «La democracia como proceso (consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo)». *Revista de Estudios Políticos*, nº 120, abril-xuño 2003.

<sup>51</sup> O 20 de febreiro de 2004 aparece nos medios de comunicación a noticia de que o Parlamento belga acorda permitir a participación nas eleccións dos residentes non comunitarios no seu país.

tes que non gozan da nacionalidade. Neste sentido o paradoxo de numerosos concellos galegos nos que o censo e o número de votantes é maioritariamente formado por emigrantes provocou polémicas verbo da conveniencia de que, no ámbito local, sexa admitido o dereito de sufraxio activo para persoas españolas pero que se desvincularan do municipio no que están censadas. (Pensemos en supostos de emigrantes que abandonaron o seu lugar de orixe hai decenas de anos ou incluso descendentes destes que nunca coñeceron esa localidade).

Por todo isto, *lege ferenda*, podemos defender un cambio legislativo que reforce as garantías de participación dos emigrantes nas eleccións políticas (europeas, xerais e autonómicas), nas que se deciden as grandes opcións das políticas públicas que lles afectan a eles e, en xeral, á colectividade. Con todo o dereito de sufraxio activo nas eleccións locais debería estar máis unido á vinculación efectiva do cidadán co concello no que está empadroadado. O contrario pode chegar a producir problemas de convivencia, sobre todo nos lugares nos que a máxima de Jefferson de que os mortos poidan impoñer a súa vontade contra os vivos<sup>52</sup>, non está tan lonxe da realidade, ao ser máis numerosos os censados non residentes (en ocasións con idades rechamantemente superiores aos cen anos) que os veciños efectivos da localidade.

Outra faceta dos dereitos políticos que non atoparon ata este momento unha correcta solución é a referida á correcta representación parlamentaria dos intereses dos emigrantes. A doutrina máis reputada<sup>53</sup> puxo de manifesto con rotundidade a débil posición dos parlamentos contemporáneos para avaliar as políticas públicas de carácter social, e esta constatación é máis manifesta, ao meu xuízo, cando estamos falando de intereses e, en definitiva, dereitos, de cidadáns que residen a gran distancia do órgano representativo.

Esta cuestión ten tamén profunda relación co dereito de sufraxio pasivo dos cidadáns españois no estranxeiro. Unha primeira aproximación ao problema pon de manifesto a dificultade de que un emigrante integrado nas sociedades dos países de acollida tería para participar de modo continuado no seo das asembleas representativas estatais ou autonómicas.

Deixando de lado a polémica que supón unha certa confusión na natureza da representación política, acerca de se a representación destes cidadáns debe ou non vehiculizarse necesariamente a través dun deles,

---

<sup>52</sup> Tomado do libro de Pedro de Vega *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos, Madrid, 1988.

<sup>53</sup> Joan SUBIRATS: «El análisis empírico de los efectos de la legislación», contido na obra colectiva coordinada por Alberto FIGUEROA LARAUDOGOITIA, *Los procesos de implementación de las normas jurídicas* Instituto Vasco de Administración Pública, 1995, p. 208.

xorde a dúbida sobre cal sexa o mellor foro para a toma en consideración dos intereses dos españois na diáspora. Unha primeira solución podería localizar o problema no ámbito do artigo 68 da Constitución de tal modo que, posto que o Congreso dos deputados é a cámara parlamentaria que exerce todas e as máis importantes constitucionais, sería ese o mellor foro para que os intereses da emigración fosen representados ao máis alto nivel. Na actualidade o noso réxime electoral provoca que os votos dos residentes ausentes se integren nas súas respectivas circunscricións provinciais sen que, polo tanto, exista unha singularización dos intereses representados.

Dun tempo a esta parte postulouse desde distintas formacións políticas a conveniencia de que fose o Senado o foro político onde se recollan as demandas dos emigrantes, de modo paralelo a como a doutrina demanda maioritariamente tamén certa vocación exterior para esta Cámara<sup>54</sup>. Nesta liña parecen enmarcarse decisións recentes dalgúns partidos que optaron por incluír nas súas listas á cámara alta a persoas relevantes da emigración. Posto que o Senado é a cámara de representación territorial cabería pensar na posibilidade de que, ao modo italiano, se crease unha circunscrición territorial fóra do territorio nacional á que se lle deberían de reservar un número determinado de escanos. En todo caso e como sinala Ilenia Ruggiu<sup>55</sup> a racionalización dos esquemas representativos existentes parece ineludible, sobre todo polo risco de que unha exclusiva concentración da representación a nivel executivo que afecte ao correcto funcionamento das dinámicas democráticas.

Estes cambios lexislativos e constitucionais están na base de acordos<sup>56</sup> adoptados no seo do Consello xeral da emigración que demanda desde 1992 a creación dunha circunscrición especial que englobe aos españois residentes no exterior a fin de que poidan así elixir aos seus representantes, tanto no Congreso dos deputados como no Senado.

O outro plano no que poderían ter cabida as demandas da emigración é o dos parlamentos autonómicos. Recentemente en Italia autores como Bruno Di Giacomo<sup>57</sup> cuestionaron a configuración das asembleas

---

<sup>54</sup> Desiderio FERNÁNDEZ MANJÓN: «El Senado y la configuración de una diversidad territorial. Apuntes históricos y situación actual». *Boletín de la Facultad de Derecho. Uned*, nº 21. Segunda época, 2003, p. 15 e seguintes.

<sup>55</sup> «Organos y dinámicas de representación territorial en los Estados Compuestos. Italia y España a debate». *Revista española de Derecho Constitucional*. Ano 23, número 67, xaneiro-abril 2003.

<sup>56</sup> Por exemplo os adoptados no VIII Pleno do III mandato do Consello xeral da emigración, que tivo lugar en Madrid os días 26, 27 e 28 de novembro de 2001.

<sup>57</sup> Bruno di Giacomo Russo: «La Corte Costituzionale e il nomen iuris parlamento». *Quaderni Costituzionali. Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*. Ed. Il Mulino. 3/2003, p. 643.

autónomas das rexións (Consiglio regionale) como foros con suficientes atribucións para recibir unha consideración plenamente parlamentaria. Aínda marcando as diferencias que existen co noso Estado autonómico, quizais o principal reparo que puidera presentarse a esta vía representativa sería o do propio marco competencial limitado co que contan as comunidades autónomas respecto dos principais problemas que lle afectan á emigración. En efecto, ningunha das nosas comunidades autónomas dispón de competencias plenas no referido ao réxime da Seguridade Social nin tampouco conta con capacidade normativa en aspectos tan esenciais como a nacionalidade ou a acción exterior do Estado. Ademais en supostos concretos como o galego, tal asunción por parte da comunidade autónoma supón un incremento do custo financeiro de tal entidade que xustifica por si só un cambio no sistema de financiamento autonómico.

O Consello xeral da emigración tamén instou as comunidades autónomas a que *modifiquen os seus diferentes estatutos autonómicos (sic)* para que os seus residentes no exterior poidan elixir aos seus representantes nos diferentes parlamentos autonómicos. Esta demanda presenta similares problemas aos estudados respecto á modificación da circunscrición das Cortes xerais, pois como resulta sabido a reforma dos estatutos de autonomía require conforme ao artigo 147.3 da Constitución, da súa aprobación mediante unha lei orgánica.

Con todo, os tímidos intentos que algún parlamento autonómico levou a cabo mediante a creación de comisións especiais de estudo<sup>58</sup> verbo da situación dos emigrantes merecen unha valoración altamente positiva. Sen que se chegara a unha vía de representación totalmente estabilizada si que a comparecencia de representantes dos colectivos da emigración e as visitas *in situ* realizadas polos parlamentarios colaboraron a que os poderes públicos autonómicos coñezan e sexan máis sensibles á problemática socioeconómica dos nosos emigrantes.

#### 4.3. A cultura como ben esencial dos emigrados

Neste alínea debe de poñerse de manifesto ante todo a existencia dun importante patrimonio cultural vinculado ás colectividades españolas no estranxeiro. Os nosos emigrantes foron constituíndo tanto en Europa como en América numerosas asociacións<sup>59</sup> nas que quedou constancia,

---

<sup>58</sup> Para o caso galego publiquei: «La labor de la Comisión no permanente para el estudio de la situación de los emigrantes del Parlamento de Galicia». *Revista Jurídica de la Universidad de Santiago de Compostela*. Volume 10, nº 1, 2002.

<sup>59</sup> Só referidas a colectividades galegas no exterior poden computarse máis de 250 centros. Fonte: *Memoria de Actividades de la Fundación Galicia Emigración*. Xunta de Galicia, 2003.

tanto patrimonial como documental, da historia dunha parte da sociedade española dos últimos séculos.

Este patrimonio empeza a correr serio perigo cando os países nos que reside pasan por severas crises económicas ou sofren cambios políticos que atentan contra a seguridade política das propias asociacións creadas polos emigrantes. Para isto resulta do maior interese a busca de fórmulas polas cales os poderes públicos (estatais, autonómicos ou locais) poidan implicarse na xestión e incluso na titularidade deses centros para evitar a perda deses bens culturais tan relevantes. Nesta liña enmárcanse recentes acordos como o tomado no Congreso das comunidades aragonesas do exterior<sup>60</sup> que recoñecen o papel destacado das casas e centros de emigrantes no exterior. Ademais o perigo da desaparición e perda desa parte da nosa cultura provén tamén do envellecemento dos membros das distintas colectividades e do progresivo proceso de integración definitiva dos seus descendentes nas sociedades de destino.

Desde o punto de vista da protección a todos os españois e pobos de España no exercicio das súas culturas tradicións e linguas, tal e como proclama o preámbulo da nosa Constitución, resulta tamén imprescindible que as distintas administracións fagan fincapé na tutela da conservación da riqueza lingüística para os emigrantes españois<sup>61</sup>. Esta cuestión resulta particularmente relevante no caso da emigración residente en países de fala no hispana e tamén no referido a aqueles emigrantes bilingües e que perderon o contacto coa riqueza cultural propia da súa comunidade de orixe de fala castelán e autonómica. Neste sentido resultan de enorme interese iniciativas como as levadas a cabo pola Generalitat de Catalunya e a Xunta de Galicia no seu programa de axudas para o ano 2004 nas que se fortalecen aspectos como as novas tecnoloxías, axudando aos centros de emigrantes no exterior a través de Internet e de páxinas especiais para eles.

O dereito á educación consagrado constitucionalmente no artigo 27 da nosa Carta magna presenta tamén facetas de interese no seu goce por parte dos emigrantes españois. En efecto, a situación dos fillos de españois no estranxeiro presenta problemas graves, pois en non poucas ocasións a súa formación académica e científica, axustada ás sociedades de orixe, xera graves dificultades de integración en relación co mercado laboral español e impide ademais a efectivización do mandato do artigo 35 do texto constitucional.

---

<sup>60</sup> Na súa conclusión sétima que pode consultarse na «Crónica del Congreso de las Comunidades aragonesas en el Exterior». Ramón SALANOVA ALCALDE. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 21, 2002.

<sup>61</sup> Así se recolle no caso galego. Cfr. O meu traballo: «*Aequitas praefertur rigori: la galleguidad y sus símbolos*». *Revista Galega de Administración Pública*, nº 33, 2003, pp. 261 a 277.

Este obstáculo presentouse como máis claro no caso de emigrantes retornados provenientes de países latinoamericanos (Cuba, Arxentina ou Venezuela) no que o problema da coñecida como «sobreeducación»<sup>62</sup> é manifesto, xa que as súas titulacións académicas non lle facilitan en absoluto a incorporación ao mercado laboral español. Na base de disposicións recentes como o Real decreto 285/2004, do 20 de febreiro polo que se regulan as condicións de homologación e validación de títulos e estudos estranxeiros de educación superior encóntrase a constatación do cambio social importante operado en España e a necesidade de afrontar o incremento progresivo da demanda de homologación de títulos por parte de persoas que obtiveron os seus estudos fóra do noso sistema educativo.

Fernández-Miranda recordou recentemente<sup>63</sup> a notable excepción que no tratamento dos dereitos socioeconómicos supón a incorporación dun típico dereito social de prestación no ámbito dos dereitos fundamentais e, incluso, «no ámbito máis duro», pois encontrámonos ante un dereito que ademais de directamente esixible e cun contido esencial indispoñible para o lexislador, se tutelou coas máximas garantías xurisdiccionais e institucionais.

#### 4.4. O dereito ao retorno e á súa difícil instrumentación

O recoñecemento constitucional da necesidade dunha política estatal orientada cara ao regreso dos emigrantes pon de manifesto na actualidade os problemas que esta pode encontrar en relación coa política estatal xeral de inmigración. O problema debe partir da constatación preocupante do dato en España: encontrámonos ante o país europeo que presenta como trazo máis diferencial e definitorio nesta materia o da elevada proporción de inmigrantes en situación irregular, con toda a problemática que esta situación trae consigo<sup>64</sup>.

As últimas reformas da Lei de estranxeiría trataron declaradamente de regularizar o fluxo inmigratorio en España loitando especialmente contra as mafias que provocan a inmigración ilegal. A existencia dun precepto constitucional que promove o regreso dos emigrantes debe de analizarse na situación sociolóxica actual moi afastada da do ano 1978, en que se aprobou a Constitución actualmente vixente. Efectivizar o retorno supón en primeiro lugar preguntarse acerca das vantaxes e inconvenientes que

<sup>62</sup> Para un estudo de esta categoría pode consultarse, HALABY, C.N. (1994), «Overeducation and Skill Mismatch», *Sociology of Education*, 67, pp. 47 a 59.

<sup>63</sup> «El estado social» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003, p. 161.

<sup>64</sup> Afirmacións de Joaquín ARANGO: «Europa, ¿Una sociedad multicultural en el siglo XXI? El caso de España». *Papeles de Economía Española*, nº 98, 2003, p. 13.



para os nosos emigrantes ten esa decisión, sobre todo para aqueles que contan cunha idade máis avanzada. Ademais favorecer o retorno supón tamén abrir as portas a certos descendentes e familiares que poden non contar coa nacionalidade española e polo tanto esixe unha meditada política que non cree tensións sociais innecesarias<sup>65</sup>.

Aínda que as competencias substantivas no referido ao retorno dos emigrantes son dependentes do Estado, as comunidades autónomas<sup>66</sup> desenvolveron unha política informativa clara e continuada de cara a facilitar aos nosos compatriotas os camiños da volta a casa ilustrándoos acerca de aspectos tan decisivos como os da nacionalidade, a asistencia sanitaria, axudas sociais e pensións, orientación e inserción laboral, iniciativas empresariais, acceso á vivenda e sistema educativo, entre outros. A pesar de algúns intentos negando a competencia autonómica para actuar sobre estas materias con alusión expresa do título competencial estatal en materia de inmigración, coincido con autores como Roig Molés<sup>67</sup> na total viabilidade do establecemento a nivel autonómico ou local de sistemas de integración para os inmigrantes, e aínda con máis fundamento para os emigrantes retornados.

Estes fluxos migratorios de retorno acaecidos durante as últimas décadas son un elemento dinamizador do multiculturalismo nas sociedades receptoras<sup>68</sup>, e España que foi durante anos lugar de emigración pasou a converterse en foco de inmigración, co que a idea de retorno pasa a incluír non só aos que no seu día abandonaron o país, senón aos seus descendentes e colaterais que piden agora unha integración plena na nosa sociedade. Nesta liña reformas lexislativas como a levada a cabo polo Parlamento de Cataluña a través da Lei 25/2002 do 25 de novembro, de medidas de apoio ao regreso dos cataláns emigrados e os seus descendentes, móstranse plenamente conformes coa letra e co espírito constitucional do artigo 42 da Carta magna.


---

<sup>65</sup> Resulta de actualidade a noticia recollida no diario arxentino *La Nación* do 23 de xaneiro de 2004 no que se recolle o gran descontento naquel país tras coñecer a negativa do goberno español á regularización pedida pola administración do presidente Kirchner.

<sup>66</sup> Sirva de exemplo a *Guía para emigrantes retornados 2003*. Xunta de Galicia. Consellería de Emigración.

<sup>67</sup> No seu relatorio: «Autonomía e inmigración: Competencias y participación de las Comunidades autónomas y de los entes locales en materia de inmigración». *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, p. 199 e seguintes.

<sup>68</sup> Interesantes ideas desenvolvidas no artigo de José Martínez DE PISÓN CAVERO: «Ciudadanía e inmigración en las sociedades multiculturales». Número monográfico da *Revista Aragonesa de Administración Pública. Ciudadanía e inmigración*. Zaragoza, 2003, p. 22.

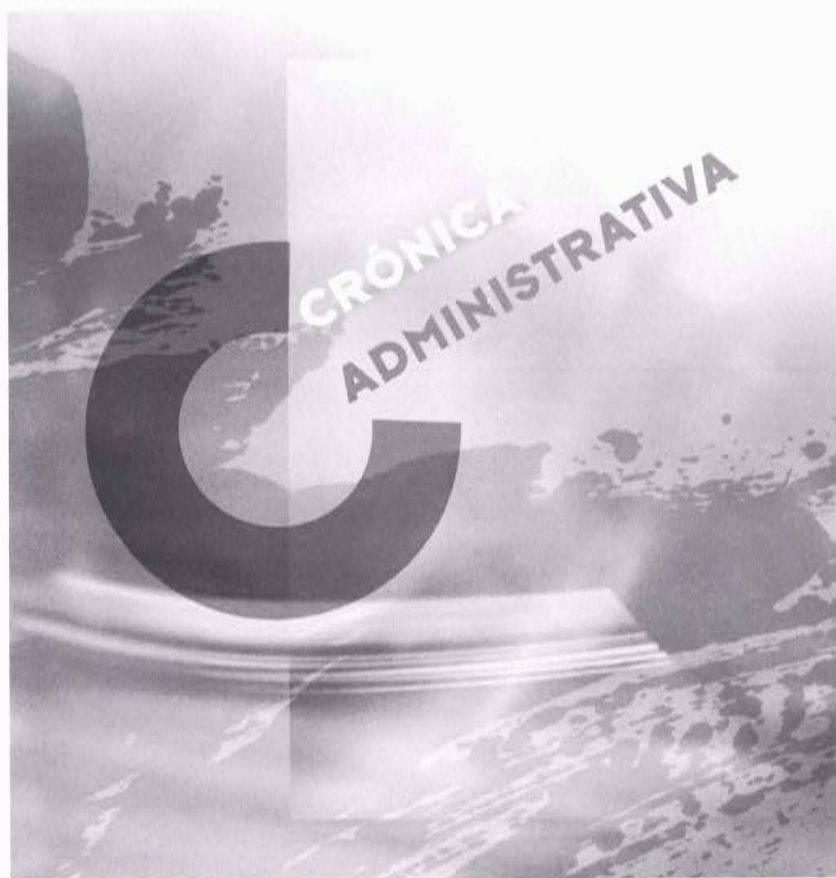
Finalmente e a modo conclusivo creo oportuno recordar unha idea que con motivo de recentes acontecementos internacionais deu lugar a serios debates, sobre todo no ámbito anglosaxón<sup>69</sup>. Trátase da necesidade permanente dos poderes públicos (sexan lexislativos ou executivos, e en todos os ámbitos territoriais) de manter o contacto e saber responder de forma inmediata ás necesidades da opinión pública. Como recorda Tomás de Domingo Pérez<sup>70</sup>, existe un interese obxectivo por parte dos poderes públicos en que os dereitos fundamentais sexan exercidos polos cidadáns. Creo sinceramente que algúns dos datos expostos poñen de manifesto que os nosos emigrantes non sempre contaron ao longo dos últimos 25 anos coa proximidade da Administración nin coa sensibilidade necesaria por parte do lexislador español para a garantía efectiva dos seus dereitos consagrados constitucionalmente. 

---

<sup>69</sup> Así o traballo de David BEETHAM: «Political Participation, Mass Protest and Representative Democracy», contido no n° 4, volume 56 de *Parliamentary Affairs*. Outubro de 2003.

<sup>70</sup> «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado *chilling effect* el efecto desaliento».







## XORNADAS SOBRE CONVENIOS URBANÍSTICOS

Lugo, 7 e 8 de maio de 2002

Isabel Castiñeiras Bouzas

Avogada

Para moitos, das tres clásicas áreas de división do urbanismo, planeamento, disciplina e xestión, é esta última a que encerra a parte realmente práctica, pois sen xestión non hai posibilidade de materializar actos concretos. Pois ben, de entre todos os instrumentos cos que conta o urbanista á hora de poñer en marcha os seus plans destaca singularmente a figura dos convenios, verdadeira lei interpartes que contribúe a axilizar a tramitación e poder obter resultados de xeito máis inmediato posible dentro dunhas marxes de manobra razoables.

Estas xornadas analizaron a figura do convenio no seu máis amplo sentido, con referencia concreta á súa regulamentación na lexislación autónoma e ao seu tratamento no conxunto das disposicións urbanísticas aplicables. Foi, sen dúbida, unha importante oportunidade para coñecer o *modus operandi*, cómo se debe actuar e a aplicabilidade a determinadas actuacións urbanísticas.

\* \* \* \* \*

Estas xornadas tiveron lugar no edificio administrativo da Xunta de Galicia en Lugo e foron organizadas pola EGAP en colaboración coa Consellaría da Presidencia, Relacións Institucionais e Administración

Pública e coa *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. O encargado da súa dirección foi **Francisco Alegría Martínez de Pinillos** e foron inauguradas polo director da Escola Galega de Administración Pública, **Domingo Bello Janeiro**, quen salientou que a actividade convencional das administracións públicas é unha realidade cada vez máis presente na práctica cotiá. Así mesmo, afirmou que en sentido amplo, o termo convenio urbanístico pode entenderse como sinónimo de calquera vinculación contractual contraída polas administracións públicas, usualmente baixo un réxime de dereito administrativo, que garde unha relación máis ou menos estreita coa función pública urbanística e coas competencias que tipicamente a integran: a elaboración do planeamento urbanístico, a súa execución, así como a intervención administrativa na actividade edificadora privada e no mercado do solo.

Así mesmo, fixo referencia á Lei do solo de Galicia (1/1997, do 24 de marzo), que contempla a figura dos convenios urbanísticos no seu artigo 41.1 cando dispón que «acordada a redacción de calquera instrumento de ordenación urbanística, formularase un avance do plan que sirva de orientación á súa redacción, no que se conteñan a estratexia, directrices e obxectivos xerais do plan, que será sometido a coñecemento do Pleno do concello (...)».

A citada Lei galega do solo tamén fai referencia aos convenios urbanísticos nos seus artigos 118.3, que se refire á execución dos plans de ordenación, e no artigo 140.3 relativo aos gastos de urbanización nos sistemas de cooperación.

Polo que atinxe ao contido dos convenios urbanísticos, este é moi variado e non se pode facer unha afirmación de carácter xeral porque os dereitos e obrigas das partes serán os determinados nos pregos de cláusulas administrativas xerais e particulares; polas súas normas reitoras xerais, se existen; pola lexislación de contratos administrativos e restantes normas de dereito administrativo e, en última instancia, polos preceptos do dereito privado reguladores do contido dos contratos típicos e dos xerais sobre obrigacións e contratos.

Ademais, salientou que a eficacia dos convenios urbanísticos poderá atoparse influída pola estipulación de condicións suspensivas ou resolutorias desta, polo sinalamento dun termo inicial ou final e, tratándose de cesións lucrativas de solo ou outros bens a favor da Administración urbanística, mediante o establecemento de cargas modais polo dispoñente.

Estas xornadas contaron con dous relatorios, pola mañá, a cargo de **Francisco J. Jiménez de Cisneros Cid**, profesor titular de dereito administrativo da universidade autónoma de Madrid e avogado. O primeiro destes relatorios versou sobre o *concepto e natureza xurídica dos convenios urbanísticos cos particulares. Procedemento de elaboración e aprobación*. Este

relator destacou que a nota que define os convenios urbanísticos entre dúas ou máis administracións públicas é a de igualdade. Esta igualdade na posición xurídica das administracións públicas que participan na subscrición dun convenio reflicte que, na actualidade, os convenios se utilizan maioritariamente como técnica de cooperación. As administracións que participan nos convenios urbanísticos fano en pé de igualdade, poñendo en común, ben os seus fondos orzamentarios, ben a realización de actividades materiais no exercicio das súas respectivas competencias.

Así, desde esta perspectiva, o convenio interadministrativo atópase ben lonxe das técnicas de coordinación, caracterizadas pola existencia dun «poder de dirección». Os convenios urbanísticos evitan a predeterminación da prevalencia dalgunha das administracións públicas participantes ou da dirección da actuación convida nas mans dalgunha das administracións subscribintes.

A maioría dos convenios subscritos no noso país son convenios de colaboración e cualitativamente reflicten con precisión os problemas xurídicos existentes nesta materia.

Un dos límites que cabe atribuírles aos convenios entre administracións públicas é o relativo á modificación do reparto de competencias existente entre as propias administracións participantes na actividade convencional.

O reparto de competencias entre as administracións públicas no noso país atópase recollido na Constitución e nos estatutos de autonomía (o denominado bloque da constitucionalidade) e foi obxecto dunha extensa interpretación polo Tribunal Constitucional.

Este sistema de distribución competencial non está a disposición das distintas administracións públicas, de xeito que non pode ser obxecto de ningunha convención nin pacto. Ás veces, este principio tan evidente non foi respectado xa que fronte á urxente necesidade de financiar determinados servizos públicos da súa competencia, algunha administración pública cae na tentación de permitir que determinadas competencias da súa titularidade recaian na Administración financiante. Esta práctica debe ser corrixida, procurando a mellora do financiamento dalgúns servizos públicos prestados polas administracións públicas (fundamentalmente no ámbito das CCAA).

Logo disto, o relator referiuse aos convenios de colaboración e afirmou que a posibilidade de subscribir estes convenios entre o Estado e as CCAA atópase nos artigos 5.3 e 6 a 8 da Lei 30/92, do 30 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, en que se lles dedica especial atención aos convenios de Conferencia sectorial, que non deixan de ser unha modalidade destes convenios de colaboración.



Pola súa banda, os convenios entre dúas ou máis CCAA teñen o seu reflexo no artigo 145 da CE que prevé un contido primixenio destes convenios arredor da «xestión e prestación de servizos propios das ditas comunidades» e a comunicación destes convenios coas Cortes xerais ou a necesaria previa autorización das Cortes xerais cando se trate doutros acordos de cooperación. En calquera caso, esta habilitación constitucional dos convenios horizontais entre CCAA tivo moita menor repercusión práctica ca os convenios verticais, entre o Estado e as CCAA.

Os convenios que teñan como parte á Administración local (ben sexa, entre Administración estatal e entidade local, ou ben entre Administración autonómica e entidade local e finalmente entre as propias entidades locais) atópanse previstos xenericamente no artigo 57 da Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local.

Ata o de agora o relator referírase aos convenios urbanísticos segundo as administracións participantes neles, pero desde o punto de vista do seu contido, hai unha extensa variedade de convenios que se poden chamar de colaboración. Neste punto o relator trouxo a colación a análise formulada por Rodríguez de Santiago, distinguindo tres tipos de convenios de colaboración:

- a) Convenios de colaboración no exercicio de tarefas alleas.
- b) Convenios para o exercicio coordinado de competencias.
- c) Convenios urbanísticos entre as administracións públicas.

Polo que atinxe aos convenios de colaboración no exercicio de tarefas alleas, o peso fundamental destes convenios descansa nos convenios de financiamento de competencias atribuídas a unha administración pública diferente da administración financiadora. O relator referiuse especialmente aos convenios de colaboración financeira que teñen como partes ao Estado, como administración financiadora, e ás CCAA como administración titular das competencias.

Neste sentido destacou que non se pode entender a existencia de financiamento estatal para a execución de competencias propias das CCAA se non é en relación co sistema de financiamento das propias CCAA e co procedemento de transferencia de competencias ás CCAA.

Unha das características do proceso de traspaso de competencias ás CCAA consistiu na reserva nas mans do Estado dunha serie de competencias, principalmente referidas ao fomento, con base nas competencias que o Estado posúe segundo o artigo 149.1 CE, a pesar de que estas competencias afectaban maioritariamente a ámbitos competenciais que foran atribuídos ás CCAA pola propia Constitución no seu artigo 148.1 (exemplo, competencias relativas á agricultura, gandería, vivenda, acción social, turismo, etc). Correlativamente, os recursos orzamentarios que, ata o momento do traspaso efectivo dos respectivos servizos, financiaran

estas actividades de fomento non foron incluídos na definición do custo efectivo destes servizos, permanecendo nos orzamentos xerais do Estado, sendo obxecto de transferencias, correntes ou de capital, ás CCAA configurando o que se deu en chamar pola doutrina xenericamente como *subvencións condicionadas*.

Esta reserva de fondos, amparada inicialmente nas competencias estatais derivadas das alíneas 1 e 13, do artigo 149 CE, rematou xustificándose na competencia xeral subvencional do Estado reflectida na STC 13/1992, que afirma que esta competencia xeral é un símbolo do señorío do Estado sobre o seu orzamento, sen que se poida opoñer o principio de autonomía financeira das CCAA recoñecido polo artigo 156.1 CE.

Estas cantidades vanse converter en subvencións condicionadas ás CCAA, o que provoca que diminúa notablemente a marxe de actuación das comunidades con respecto a estes fondos, limitando, en calquera caso, a autonomía política autonómica.

Nos convenios de colaboración non só se reflicte a previsión de determinadas cantidades orzamentarias (estatais) para o financiamento de competencias de titularidade das CCAA, senón que tamén serven para articular a intervención da Administración estatal na definición do destino efectivo das axudas e, incluso, nalgún caso, na súa xestión. Foi a Sentenza do TC 13/1992, do 6 de febreiro, a que determinou os parámetros a través dos cales debe desenvolverse esta participación do Estado na determinación dos obxectivos a que se deben dedicar as axudas transferidas ás CCAA e a participación na xestión. Esta sentenza recolle no seu Fundamento xurídico oitavo, tres modalidades de intervención estatal en función do grao de competencias que posúa o Estado sobre cada materia:

1º. Se a comunidade autónoma ten competencias exclusivas sobre a materia obxecto de financiamento e o Estado non ten ningunha competencia que incida sobre esta materia, este «pode decidir asignar parte dos seus fondos orzamentarios a esas materias ou sectores. Pero (...) a determinación do destino das partidas orzamentarias correspondentes non pode facerse senón de xeito xenérico ou global, por sectores ou subsectores enteiros de actividade».

2º. Se o Estado ten un título competencial xenérico de intervención que se superpón á competencia das CCAA sobre a materia ou ten a competencia relativa ao establecemento das bases dese sector ou da súa coordinación, o Estado pode consignar «subvencións de fomento nos seus orzamentos xerais, especificando o seu destino e regulando as súas condicións esenciais de outorgamento ata onde o permita unha competencia xenérica, básica ou de coordinación, pero sempre que deixe unha marxe ás CCAA para concretar con maior detalle a afectación ou o destino, ou, cando menos, desenvolver e complementar a regulación das condicións de outorgamento das axudas e tramitación».

3º.- No suposto de que o Estado teña atribuída a competencia sobre a lexislación relativa a unha materia e lle corresponda á comunidade autónoma a competencia de execución, o Estado poderá, con respecto ao suposto anterior, estenderse «na regulación de detalle respecto do destino, condicións e tramitación das subvencións, deixando a salvo a potestade autonómica de autoorganización dos servizos».

A función dos convenios interadministrativos en cada unha destas modalidades varía notablemente, segundo a doutrina do Tribunal Constitucional. Mentres que, no suposto no que o Estado non posúe ningún título competencial sobre a materia, e é esta exclusiva do Estado, o convenio «só pode servir para facilitar a posta a disposición das CCAA dos fondos destinados a subvencións, se nos orzamentos xerais do Estado se determina xenericamente o seu destino» (Fundamento xurídico 10), a función que o Tribunal Constitucional lles asigna aos convenios cando o Estado ten algún título competencial que incide sobre a competencia exclusiva autonómica é ostensiblemente máis extensa, xa que o Estado pode «estender as súas condicións ata onde chegue a súa competencia material, en vez de por unha norma de obrigado cumprimento, mediante un convenio-programa, supeditando a transferencia dos fondos ás CCAA á asinatura do convenio correspondente.

Non todos os convenios interadministrativos de colaboración teñen un compoñente financeiro ou orzamentario, senón que moitos deles se limitan a contemplar a prestación de asistencia, material ou persoal, para que a outra administración realice eficazmente tarefas de competencia propia. É dicir, en ocasións, o convenio limítase a reflectir o compromiso das entidades asinantes a intercambiar información. Exemplo: Convenio en materia de formación continuada de xuíces e maxistrados concertado entre o Consello xeral do Poder xudicial e o Goberno de Canarias (Boletín Oficial de Canarias do 27 de maio de 1998).

Este relator tamén fixo referencia aos convenios de cooperación para o exercicio das competencias propias, e afirmou que, certamente, este tipo de convenios non supón ningún problema xurídico en canto ao exercicio de competencias: cada unha das administracións públicas participantes pon en común a súa competencia, e as actuacións materiais que comporta, co obxecto de colaborar conxuntamente. A realización de infraestruturas viarias, o ensino, a prestación substitutoria e a cultura son ámbitos de competencia concorrente ou compartida (fundamentalmente, entre o Estado e as CCAA) nos que se utilizan con profusión este tipo de convenios de colaboración.

Logo disto, o relator entrou no tema dos convenios urbanísticos entre administracións públicas, e salientou que a admisibilidade dos convenios urbanísticos foi avalada, en termos xerais, pola xurisprudencia do Tribunal Supremo, delimitando habitualmente o seu límite na vulnera-

ción de normas imperativas. Exemplo: Sentenza do TS do 15 de febreiro de 1994.

Existen diversos tipos de convenios de execución:

- a) Os concursos para a formulación e execución de programas de actuación urbanística (artigos 146 e ss. texto refundido da Lei do solo de 1976).
- b) Convenios para a constitución de servidumes (artigo 68 texto refundido da Lei do solo de 1976).
- c) Convenios para a transferencia do exceso do aproveitamento urbanístico (artigo 151.4 texto refundido da Lei do solo de 1992).
- d) Convenios sobre gastos de urbanización (artigos 155.2 TRLS-92 e 62 RXU).
- e) Convenios sobre as condicións de realización e mantemento das urbanizacións de iniciativa particular.

O relator rematou esta conferencia, a primeira da mañá, facendo unha breve referencia aos convenios urbanísticos na lexislación autonómica, fundamentalmente falou da Lei valenciana 4/1992, do 5 de xuño, sobre solo non urbanizable, e da Lei 10/1994, do 4 de xullo, de ordenación do territorio e urbanismo da Comunidade Foral de Navarra, así como da Lei 9/1995, do 28 de marzo, de ordenación do territorio, solo e urbanismo da Comunidade de Madrid.

O segundo relatorio deste mesmo profesor tratou sobre o *réxime xurídico dos convenios urbanísticos, con especial referencia aos seus límites e responsabilidade da Administración pública polo seu incumprimento. Análise da lexislación urbanística autonómica, con especial referencia á Lei 1/1997, de Galicia*. Jiménez de Cisneros Cid, destacou que a orixe e regulación autonómica dos convenios urbanísticos arranca da disposición adicional cuarta da Lei 4/1992, do 5 de xuño, da Comunidade valenciana, que regula basicamente un convenio de planeamento, é dicir, un convenio que lle afecta á modificación ou revisión dos instrumentos de ordenación existentes, e non é tanto un instrumento de xestión urbanística senón un procedemento especial de elaboración do planeamento urbanístico, con maiores cargas e obrigas para os particulares subscritores deste.

Referiuse tamén aos convenios urbanísticos como mecanismos adicionais na xestión urbanística e na súa regulación autonómica, diferenciando:

A) Os convenios para a localización da cesión da porcentaxe de aproveitamento que lle corresponde á Administración actuante ou para a súa substitución polo pagamento dunha cantidade en metálico.

É relativamente frecuente atopar supostos normativos na lexislación autonómica, polos que se pacta ou se estipula entre os propietarios interesados na execución do planeamento e a Administración urbanística, a

conversión do seu aproveitamento urbanístico polo pagamento dunha cantidade en metálico<sup>1</sup>.

Nestes casos o réxime xurídico e a tramitación é a seguinte:

- Deberá incluírse como anexo a valoración dos aproveitamentos, practicada pola Administración pública.
- A aprobación corresponde á Administración actuante.
- Haberá unha fase de información pública.
- Deberá publicarse o seu contido no Boletín Oficial correspondente, e garantir o acceso dos cidadáns á documentación e contido do convenio.

Tamén é posible que a Administración urbanística e os promotores e propietarios afectados pola execución do planeamento poidan celebrar convenios para determinar a súa localización<sup>2</sup>. Supostos estes que aínda non sendo ilegais son, en opinión do relator, absolutamente innecesarios e superfluos, xa que a adxudicación das parcelas resultantes e, en consecuencia, a localización do aproveitamento urbanístico da Administración, efectuarase no momento da aprobación definitiva do proxecto de xestión ou do proxecto de reparcelación correspondente, sen que se poidan explicar razoablemente as vantaxes dun convenio destas condicións, agás que se trate de substituír a adxudicación pola compensación en metálico.

Con todo, non se poden incluír no marco dos convenios urbanísticos as obrigas e compromisos que adquiren os promotores no marco dos plans parciais e especiais, de iniciativa e promoción particular, aos que se refire o artigo 53.1.d) e e) do texto refundido da Lei do solo de 1976 e, por exemplo o artigo 80 do Decreto legislativo 1/1990, do 12 de xullo, polo que se aproba o texto refundido da lexislación vixente en Cataluña en materia urbanística.

B) Os convenios para a execución deferida da urbanización.

O noso urbanismo, na súa fase de execución e xestión, baséase no axioma de que só é posible construír ou edificar sobre un terreo cando este ten a condición de soar, é dicir, cando se executaron as obras de ur-

---

<sup>1</sup> Atópanse, por exemplo, no artigo 149 da Lei 10/1998, do 2 de xullo, de ordenación do territorio e urbanismo da Rioxa; no artigo 11.4 da Lei 2/1998, do 4 de xuño, de ordenación do territorio e da actividade urbanística de Castela-A Mancha; no artigo 74.4 da Lei 9/1995, do 28 de marzo, de medidas de política territorial, solo e urbanismo da Comunidade de Madrid; do mesmo xeito, o artigo 140.4 da Lei foral 10/1994, do 4 de xullo, de ordenación do territorio e urbanismo de Navarra.

<sup>2</sup> Así ocorría no suposto do artigo 47.4 da Lei 11/1985, do 22 de agosto, de adaptación da Lei do solo a Galicia hoxe derogada pola Lei 1/1997, do 24 de marzo, do solo de Galicia.

banización, cumpridos os deberes de cesión e equidistribución e realizadas cantas obras e servizos urbanos estean recollidos no planeamento urbanístico. Exceptúase desta regra xeral a posibilidade de que se executen as obras de urbanización simultaneamente, con garantía e afiunzamento, ás de edificación.

As obras de urbanización a realizar serán as establecidas no correspondente proxecto de urbanización que, ao mesmo tempo, desenvolve as determinacións do planeamento preciso en cada caso: plan xeral, normas subsidiarias, plan parcial, plan especial, etc.

Con todo, hai un suposto no que o lexislador autonómico preveu a posibilidade de deferir no tempo a urbanización das obras e servizos urbanísticos que se van executar, cando se dan determinadas circunstancias: este é o caso da Lei 6/1987, do 7 de abril, do Parlamento de Canarias sobre o sistema de actuación de urbanización deferida.

Nestes casos permítese rebaixar os niveis de urbanización que esixe o planeamento ou a lexislación urbanística para poder outorgar unha licenza, permitindo así que a urbanización se complete despois da edificación e, se é o caso, venda dos terreos. Deste xeito redúcese o prezo da edificación e, sobre todo, téntanse eliminar as urbanizacións clandestinas ou ocupacións ilegais de solo.

Estes convenios deberán recoller como mínimo os seguintes elementos:

- Obras mínimas de urbanización que se van realizar na primeira fase dos sistemas de actuación.
- Distribución dos beneficios e cargas na xestión urbanística do solo.
- Xeito do reparto e pagamento dos custos das obras de urbanización da primeira fase.
- Obras de execución deferida, sistemas de actuación e xeito do financiamento e reparto.
- Planos e condicións das diversas fases da urbanización e requisitos dos proxectos de obras que as desenvolvan.
- Garantías esixidas ao urbanizador e aos demais interesados no proceso, de xeito que se asegure a completa execución do convenio así como as consecuencias xurídicas que producirá o seu incumprimento.
- Determinación do valor inicial dos terreos.
- Compromiso do adquirinte do soar que garanta a acometida de saneamento domiciliado á futura rede de sumidoiros.

C) Convenios para a xestión e execución do planeamento.

Estes convenios están concibidos como un mecanismo flexible de xestión urbanística, á marxe ou incluso como sistema alternativo aos modelos de execución sistemática previstos na Lei. Este instrumento de xestión realízase para completar ou para substituír a regulación legal establecida nos supostos de sistemas de compensación ou cooperación.

A Lei esixe que as persoas que os asinen coa Administración urbanística actuante asuman a total iniciativa e responsabilidade da xestión urbanística na execución do planeamento. Os compromisos así adquiridos polas partes que subscribiran o convenio resultarán tamén de aplicación para os terceiros adquirentes das parcelas ou dos inmobles, en virtude da subrogación legal e real que se produce tras o alleamento.

A perfección do convenio e, en consecuencia, o nacemento das obrigas para as partes xorde desde a sinatura do citado documento, o que terá lugar tras a aprobación do texto definitivo. A lexislación autonómica garda silencio sobre se se debe formalizar en escritura pública ou en documento administrativo. O convenio é un negocio xurídico bilateral, de natureza contractual, e de carácter xurídico-público, suxeito polo tanto á xurisdición contencioso-administrativa.

Para rematar a súa intervención o relator referiuse aos convenios para a modificación do planeamento e salientou que poden xurdir como consecuencia dunha proposta de alteración dalgunhas determinacións do planeamento, tipicamente a conversión do solo non urbanizable de réxime común en solo urbanizable, ou ben a alteración da cualificación urbanística dentro dunha categoría ou clase de solo (uso residencial en vez de industrial; terciario en lugar de comercial, etc.), ou simplemente a modificación de determinados parámetros urbanísticos aplicables a unha zona concreta, a un sector ou a un uso determinado. Pero tamén poden nacer con motivo dun convenio de xestión urbanística que esixa previamente a modificación do planeamento urbanístico.

A publicidade e transparencia nestes casos é especialmente esixible, xa que a modificación do planeamento supón unha alteración tamén do contido do dereito de propiedade que, ademais, só lles afectará ás persoas que celebran o citado convenio coa Administración.

O seu réxime xurídico é semellante ao dos convenios para a xestión urbanística, coa diferenza do seu obxecto, tramitación singular e sobre todo grao de vinculación entre as partes, o que vai afectar ineludiblemente ao tema da responsabilidade por incumprimento, que segundo este relator, non se pode reconducir ao ámbito da responsabilidade contractual senón que tería acomodo, neste caso, no marco da responsabilidade patrimonial obxectiva e extracontractual da Administración.

Pola tarde principiaron os relatorios coa intervención de **José María Arrojo Martínez**, maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, quen falou dos convenios urbanísticos na xurisprudencia do Tribunal Supremo e do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, e salientou que a doutrina xurisprudencial do Tribunal Supremo é clara no recoñecemento da natureza contractual e do carácter administrativo dos convenios urbanísticos, fundamentalmente en atención ao fin perseguido con estes, o cal

vén configurar ao mesmo tempo o ámbito posible de actuación e os límites de tales convenios. Así a **sentenza do TS, do 15 de marzo de 1997**, establece que: «o urbanismo constitúe unha competencia xurídico-pública, sendo certo que esta natureza reduce e condiciona necesariamente a intervención dos administrados nel, pero sen que iso exclúa a súa participación e colaboración (*ad exemplum*, artigos 4, 52 ou 119 do texto refundido da Lei do solo de 1976). Existen aspectos concretos susceptibles de compromiso ou acordo entre a Administración e os particulares, o que dá lugar á figura dos convenios urbanísticos, como instrumentos de acción concertada que na práctica poden asegurar unha actuación urbanística eficaz, a consecución de obxectivos concretos e a execución efectiva de actuacións beneficiosas para o interese xeral. Os reparos que opoñen os recorrentes perden relevo á luz da doutrina desta sala, xa que os convenios urbanísticos son admisibles na medida en que non inciden sobre competencias das que a Administración non pode dispoñer pola vía contractual ou de pacto. Veuse así precisando, de xeito reiterado, que as esixencias de interese público que xustifican a potestade de planeamento urbanístico implican que o seu exercicio non poida atopar límite nestes convenios que a Administración concerte cos administrados. As competencias xurídico-públicas son irrenunciáveis e exércense polos órganos que as teñen atribuídas como propias (artigo 4 la Lei de procedemento administrativo de 1958) polo que non resulta admisible unha «disposición» da potestade de planeamento por vía contractual. Calquera que sexa o contido dos acordos aos que o concello chegue cos administrados a potestade de planeamento debe actuarse sempre en prol do interese xeral e segundo principios de boa administración para acadar a mellor ordenación urbanística posible, sen prexuízo das consecuencias indemnizatorias que, xa noutro terreo, poida desencadear, no seu caso, o afastamento por parte da Administración ou dos administrados de convenios urbanísticos previos ou preparatorios dun cambio de planeamento (sentenzas do 23 de xuño de 1994, 18 de marzo, 13 de febreiro de 199, e 21 de setembro de 1991)».

Consecuencias inmediatas da natureza contractual e administrativa dos convenios urbanísticos son as relativas ao sometemento á xurisdición contencioso-administrativa, dos litixios que puideran xurdir en relación con estes, así como certo grao de aplicabilidade dos principios e normativa en materia contractual se ben coas restricións e limitacións procedentes en atención ás irrenunciáveis competencias xurídico-públicas e ao necesariamente prevalecente interese público no ámbito urbanístico, ben se trate do planeamento ou ben se trate da súa execución, establecéndose pola Sentenza do Tribunal Supremo do 15 de febreiro de 1994, o seguinte: «Tende a complementar as determinacións legais na materia, posibilitando o acordo das partes afectadas, contribuíndo a faci-



litar a xestión, eliminando *ab initio* os puntos de fricción e os obstáculos que unha determinada actuación urbanística pode orixinar; e sen que sexa dable atribuírilles a estes a constitución dun sistema de execución do planeamento, sen que poidan substituír en ningún caso o sistema en cada caso elixido; deste xeito o convenio vén ser un instrumento facilitador da actuación urbanística que de ningún modo pode implicar derogación nin en beneficio da Administración nin a favor dos particulares, das regulamentacións de carácter imperativo, nin pode condicionar o exercicio das potestades urbanísticas, por ser o urbanismo unha auténtica función pública indispoñible e irrenunciabile».

En relación con isto, destaca o relevante aspecto sobre a natureza dos convenios urbanísticos como actos susceptibles de impugnación. Nas sentenzas da Sala do Contencioso-administrativo do Tribunal Supremo, do 15 de marzo de 1997, 30 de outubro de 1997 e 24 de xuño de 2000, rexéitase o criterio de que os convenios urbanísticos sexan actos de trámite non susceptibles de revisión xurisdiccional.

Agora ben, se son impugnables tanto o acto de aprobación do convenio urbanístico como o de aprobación definitiva do planeamento urbanístico, cómpre preguntarse sobre o verdadeiro alcance do exame que vai realizar o tribunal ante a impugnación nun e noutro suposto, e isto desde unha perspectiva substancial ou material, cuestión á que se tenta dar resposta na sentenza da Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 6 de xullo de 2000, na que se establece: «No suposto aquí examinado o concello X asume uns determinados compromisos, pero con expresa mención de que estes se refiren ao ámbito das súas propias competencias, e con suxeición á lexislación vixente, e especificase na estipulación sexta do convenio que a aprobación da modificación do P.X.O.U. e das actuacións posteriores se acadaría «sempre que os informes preceptivos sexan favorables», de xeito que como non podía ser doutra maneira, a execución dos compromisos asumidos polo concello só será viable en plena acomodación á normativa de aplicación, incluída a necesaria intervención das restantes administracións competentes coa tramitación que sexa obrigada en cada caso. Desde este punto de vista, e desde unha perspectiva de orde formal, non se aprecia que o acto impugnado supoña unha previsión de inadmisibile preterición das esixencias procedementais que no seu día deban ser de aplicación.

Exposto o anterior procede xa entrar no aspecto propiamente substancial do tema litixioso, en canto que opera aquí unha lexitimación activa fundamentalmente residenciable nas posibles consecuencias urbanísticas derivables do acto impugnado. Trátase no caso dun convenio de planeamento que ten a finalidade de acadar unha modificación futura do P.X.O.U., polo que obviamente a súa impugnación non pode apoiarse na mera circunstancia sobre a contradición co P.X.O.U., e é distinta cuestión

o debate sobre a inaceptabilidade material da alteración pretendida, e neste punto cómpre significar que certamente o alcance do estudo que se vai realizar con ocasión do presente recurso non pode identificarse co que propiamente corresponde en sede de impugnación do Acordo de modificación do P.X.O.U., ao verse necesariamente limitado o exame neste proceso ao comentado no anterior Fundamento de dereito sobre previsións de orde procedementa, e xa no aspecto substancial, a unha primeira aproximación respecto a se a previsión material contida sobre establecemento do centro comercial constitúe unha tan manifesta e evidente violación da normativa de aplicación que xustificara un pronunciamento anulatorio en evitación do que de xeito evidente se presentara, xa anticipadamente, como unha inadmisíble «disposición» da potestade de planeamento por vía contractual en prexuízo do interese xeral. Centrada así a cuestión, o acto convencional do concello non se manifesta no grao suficiente de evidencia como vontade dunha lexítima disposición da potestade de planeamento, senón como previa toma de postura que abrirá o trámite no que precisamente todos os interesados, e necesariamente as diversas administracións con competencias no ámbito afectado, intervirán e manifestarán as posturas, informes e decisións correspondentes nun tema que para a súa definitiva decisión no que se refire aos temas urbanísticos, (incluídos os relativos a modificacións de uso e inclusión de determinados terreos), demanda a plena participación e achega propias do desenvolvemento e decisión da tramitación proposta, do que deriva polo tanto a improsperabilidade do presente recurso en canto que exclusivamente dirixido contra o acordo aquí impugnado do que segundo o exposto non cómpre anticipadamente derivar nesta fase unha inaceptable vontade municipal de ilexítima e indebida aplicación das súas potestades en materia de planeamento, e é nos procesos dirixidos contra os acordos de aprobación de modificación do P.X.O.U. e subseguintes actuacións onde se desenvolverán e decidirán as cuestións procedementais e substanciais que poidan xurdir en relación coa debida acomodación á normativa urbanística e correspondentes previsións de ordenación, todo isto sen prexuízo de lembrar por último, que o coñecemento do debate sobre titularidades de terreos estalle atribuído á Orde xurisdiccional civil.»

Naqueles casos nos que o convenio urbanístico chego finalmente a integrarse formalmente nas previsións de ordenación urbanística mediante a oportuna tramitación seguindo o procedemento establecido, debe terse en conta que xa non cómpre seguir falando propiamente de «convenio urbanístico», senón de planeamento urbanístico co que iso supón; así **sentenza da sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 15 de febreiro de 2001.**

Na potestade do planeamento existe unha marxe para a discrecionalidade da administración competente, e ao mesmo tempo, a natureza nor-

mativa dos plans e a necesidade de axeitalos ás esixencias cambiantes do interese público, xustifican o *ius variandi* da Administración fronte ao que non se poden opoñer os dereitos dos propietarios, con independencia das procedentes indemnizacións, criterio mantido pola doutrina xurisprudencial do **Tribunal Supremo**, plasmada entre outras, en **sentenzas do 20 de xaneiro de 1992, 5 de febreiro de 1992, 11 de febreiro de 1992 e 8 de xullo de 1992.**

A alteración do planeamento que se considere plenamente axustada a dereito, pode xerar, non obstante, un dereito de indemnización a favor do afectado por aquela. Así se recollía no artigo 87 do texto refundido da Lei do solo do 76. No seu número 2 dispoñíase que a modificación ou revisión da ordenación dos terreos e construcións establecidas polos plans parciais, plans especiais e por programas de actuación urbanística só poderá dar lugar a indemnización se se produce antes de transcorrer os prazos previstos para a execución dos respectivos plans ou programas, ou transcorridos aqueles, se a execución non se levara a efecto por causas imputables á Administración, mentres que o número 3 do propio artigo 87 indicaba que as ordenacións que impuxeran vinculacións ou limitacións singulares que leven consigo unha restrición do aproveitamento urbanístico do solo que non poida ser obxecto de distribución equitativa entre os interesados conferirán dereito a indemnización.

A doutrina xurisprudencial veu interpretando de xeito restritivo o referido artigo 87.2, atribuíndo a este precepto un carácter de excepcionalidade derivado deste último, non só do réxime estatutario da propiedade inmobiliaria cun contido que será en cada momento o que xurda da ordenación urbanística aplicable, senón tamén da inserción do dito artigo no marco legal da responsabilidade patrimonial da Administración pública, o que supón que para que proceda este tipo de indemnización será necesario acreditar cumpridamente unha lesión patrimonial nos bens ou dereitos de quen a reclame, segundo o disposto no artigo 106.2 da Constitución e no artigo 40 la Lei de réxime xurídico da Administración do estado, do 26 de xullo de 1957 –este último derogado pola Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, texto normativo que regula no seu título X a responsabilidade das administracións públicas–. O **Tribunal Supremo**, **sentenzas do 12 de maio de 1987, 14 de abril de 1992 e 26 de xaneiro de 1993**, esixía ademais, para que a indemnización fora procedente, a xustificación do cumprimento dos deberes e actuacións que lles impón aos propietarios o ordenamento urbanístico, de tal xeito que só cando o plan chegase á súa fase final de realización se adquire o dereito aos aproveitamentos urbanísticos, salvo incumprimento por causas imputables á Administración. No mesmo sentido, a **sentenza da sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo, do 15 de outubro de 1994.**

Cómpre facer un enfoque distinto desde a consideración da responsabilidade contractual estritamente entendida, ao establecerse na **sentenza da sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo do 24 de abril de 1989**, que non é necesario recorrer ao parágrafo segundo do artigo 87 da Lei do réxime do solo, senón que a indemnización que hai que satisfacer, aínda que remotamente ten unha motivación urbanística, atopa a súa razón inmediata no incumprimento dunha obrigação contractual. Tamén se referiu este relator, para rematar xa coa súa intervención, á **sentenza da sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, do 27 de marzo de 2002**, sobre a petición do cumprimento do convenio, e á **sentenza da sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo, do 13 de decembro de 2000**.

O segundo relatorio da tarde correu a cargo de **Enrique Porto Rey**, profesor da Escola Técnica Superior de Arquitectura de Madrid e arquitecto, que fixo unha **análise pormenorizada dos convenios urbanísticos no ámbito do planeamento**, e analizou un suposto práctico. Porto Rey salientou que a orixe ou causa última dos convenios urbanísticos hai que situala na asfixia operativa creada polo urbanismo de obra privada que, dun lado, sitúa no concello a potestade de planeamento total e nos propietarios privilexiados a plusvalía urbanística que os plans xeran pero que despois fai economicamente imposibles as expropiacións e, por conseguinte, a xestión urbanística directa ou complementaria dos municipios. O convenio é, pois, o instrumento ao que recorren os concellos e os promotores para reorientar o desenvolvemento urbano sen ter que pagar as cuantiosas indemnizacións a que se verían obrigados no caso de que os concellos se limitaran a modificar o planeamento sen contar co consentimento dos afectados. Nestes convenios adóitanse pactar as modificacións do planeamento normalmente sobre a edificabilidade a incluír nos plans e en contraprestación a esas plusvalías pactadas os promotores e propietarios comprométese, ordinariamente, a ceder parte desta edificabilidade de distintos xeitos antes de solicitar licenzas. O exercicio de potestades administrativas é certamente o obxecto dos convenios porque se pactan modificacións do planeamento e porque os particulares asumen cesións non previstas na lei.

Desde logo o financiamento dos plans non foi alleo ao desenvolvemento dos convenios e non só porque este tráfico lles permitía aforrar en custos de xestión propiamente urbanística ao non ser necesario custear expropiacións, senón tamén porque as contraprestacións diñeirarias lles permitían facer fronte a outras funcións; ademais de que sobre os convenios podían tamén artellarse canles non tan santos para o financiamento dos partidos ou dos propios responsables municipais, que de todo houbo. En definitiva, a práctica dos convenios de planeamento foi o mo-

tor e guía orientadora das estratexias municipais do planeamento: primeiro chégase a acordos cos promotores ou propietarios interesados e despois plásmase o acordado nos plans. A ese triste destino de acólitos ou vestimenta do previamente pactado entre os intereses económicos municipais e os urbanísticos dos propietarios, tendentes sempre a un máximo de plusvalía, redúcese en boa parte o triste papel da función pública urbanística, é dicir, o planeamento e os complexos e solemnes trámites da aprobación dos plans. Os plans que utilizan os convenios son unha máquina de fabricar plusvalías, cartos contantes e soantes.

O lexislador estatal, na Lei 8/1990 non se deu conta destes manexos nin para encarreiralos nin para prohibilos e seguiu regulando o planeamento como se fora froito dunha limpa, racional e incondicionada reflexión e decisión sobre a mellor utilización do territorio, afastada e non contaminada por espurios intereses. Pero a lexislación das CCAA, máis realista ou cínica, abordou a cuestión. A un san realismo respostoulle, sen dúbida, a Lei canaria 6/1987, do 7 de abril, reguladora do sistema de actuación urbanística diferida, que permitía convenios para rebaixar os niveis de urbanización esixidos pola lexislación urbanística para que se outorgue unha licenza, e permitir que a urbanización se complete despois da edificación e venda dos terreos. Deste xeito abarátase a edificación (ao non ser necesario adiantar os custos dos investimentos necesarios para urbanizar os terreos) e desincentívanse as edificacións ilegais (sobre solo non urbanizado), que fan necesarias posteriormente cuantiosas obras municipais de urbanización. Certamente os convenios de urbanización diferida non son moi distintos dos «compromisos que se deberan contraer entre o urbanizador e o concello, e entre aquel e os futuros propietarios de solares» sobre a realización e mantemento das urbanizacións, que xa a Lei do solo de 1956 obrigaba a incluír na documentación dos plans e proxectos de iniciativa particular.

Cinicamente xa a Lei valenciana 4/1992, do 5 de xuño, sobre solo non urbanizable, habilitaba aos municipios para subscribir convenios cos particulares. A lei permite que estes tiveran por obxecto a potestade de planeamento, e impón diversas medidas que garanten a súa publicidade, sobre todo durante a tramitación da modificación do planeamento que se leva a cabo para cumprir o convenio, o alcance do cal «se entenderá sempre sen prexuízo da plenitude do exercicio pola administración da potestade de planeamento e sometido á condición suspensiva de que o plan ou instrumento definitivamente aprobado faga posible o seu cumprimento. O non cumprimento desta condición non dará lugar, en ningún caso, á responsabilidade contractual da Administración que subscribira o convenio, agás que o cambio de criterio que determinará a imposibilidade de cumprimento lle fora imputable e non se xustificará suficientemente en razóns obxectivas de interese público».

As leis navarra (10/1994, de ordenación do territorio e urbanismo) e madrileña (9/1995, de política territorial, solo e urbanismo) seguían o mesmo esquema conceptual, tentando, coma no caso da valenciana, de conciliar o principio de indispoñibilidade das potestades administrativas e máxima transparencia sobre os convenios celebrados. Así, sen prexuízo de incorporar o convenio á información pública daqueles procedementos de modificación do planeamento que resulten afectados por el, é necesario someter a información pública calquera convenio, aínda que se refira a unha materia que non esixa para a súa fixación acto unilateral. A información pública é previa á celebración do contrato: «Tras a información pública, o órgano que negociara o convenio deberá formular, á vista das alegacións, unha proposta de texto definitivo do convenio, da que se dará vista á persoa ou ás persoas que negociaran e subscribiran o texto inicial para a súa aceptación, reparos ou, no seu caso, renuncia. Na lei madrileña non se prevén ademais só rexistros municipais, coma nas outras, senón tamén un rexistro autonómico de convenios».

Despois da Lei estatal de réxime xurídico e valoracións de 1998, que non os menciona, a Lei da Rioxa 10/1998, do 2 de xullo, regula os convenios urbanísticos que poden subscribir a comunidade autónoma e os municipios con persoas públicas e privadas, e afirma a súa natureza xurídico-administrativa, prescribindo en liña cos anteriores o seguinte: os convenios nos que se acorde o cumprimento do deber de cesión do aproveitamento urbanístico, mediante o pagamento dunha cantidade substitutoria en metálico, deberán incluír a pertinente valoración; se os particulares asumen a total responsabilidade do desenvolvemento da súa unidade de execución, poderán definir a súa execución en todos os seus detalles, á marxe incluso dos sistemas de actuación previstos pola lei; a competencia para aprobar estes convenios correspóndelle á Administración actuante, tras a apertura dun período de información pública, por prazo de vinte días, sobre modificación do planeamento, a administración competente estará obrigada a tramitala, pero conservando, en todo caso, en plenitude, o exercicio das súas facultades normativas.

Pero con regulación autonómica ou sen ela a concertación urbanística é xa un fenómeno imparabile. Estas leis serven para tranquilizar as consciencias dos operadores urbanísticos e legalizar unhas prácticas que, vistas desde o rigor do dereito público tradicional, incluso poderían cualificarse de tentativas de prevaricación, porque esa é a conduta típica e antixurídica do funcionario ou autoridade que se compromete a planificar ou alterar o planeamento existente mediante acordos cos interesados, algo que non imaxinara a lexislación urbanística.

Este relator afirmou que pese a todo, os convenios convertéronse en instrumentos positivos. Dixo que agora os convenios son unha parte da actividade urbanística, tanto na súa vertente planificadora como na xes-

ción e que foi a práctica urbanística a que fixou o seu contido e caracteres básicos, que foron recollidos e regulados posteriormente na lexislación urbanística autonómica. Citou neste punto a Cano Murcia, que define os convenios como acordos de vontades entre a Administración e persoas físicas ou xurídicas, públicas ou privadas, titulares de intereses urbanísticos (promotores, empresas urbanísticas, xuntas de compensación, veciños...) que teñen o seu fundamento no principio de participación dos particulares no urbanismo e na capacidade negocial da Administración, celebrados coa finalidade de completar a lei, naqueles supostos nos que a regulación legal está inacabada ou prevé expresamente a chamada ao convenio, resolvendo deste xeito os problemas que as insuficiencias da lexislación urbanística formulan e dando satisfacción á participación dos cidadáns na definición da súa digna calidade de vida.

Os convenios de planeamento constitúen unha manifestación dunha actuación convencional frecuente nas administracións públicas, que ten por obxecto a preparación dunha modificación ou revisión do planeamento en vigor.

O convenio ten un carácter máis convencional que contractual, polo que non contén só un xogo de obrigacións recíprocas e entrecruzadas (contraprestacións) senón tamén compromisos paralelos da Administración e do particular que o concerte, dirixidos a un fin coincidente e común, que tende ao aseguramento futuro da execución da modificación do plan ou da súa revisión cando, no seu caso, este se chegue a aprobar.

O convenio previo e a revisión ou modificación do plan aparecen como realidades autónomas e independentes, por non ser a potestade de planeamento, da que é expresión a súa modificación ou revisión, susceptible de disposición contractual.

Os convenios de planeamento como instrumentos de acción concertada son admisibles na medida na que non inciden sobre competencias das que a Administración non pode dispoñer por vía contractual ou de pacto. Na práctica, aseguran unha actuación urbanística eficaz, a consecución de obxectivos concretos e a execución efectiva de actuacións beneficiosas para o interese xeral.

O noso sistema urbanístico non sempre lle deu a mesma importancia á iniciativa privada e á súa colaboración no planeamento. A evolución do papel da iniciativa privada cara a unha postura máis secundaria respecto á formulación e modificación do planeamento, supuxo un incremento da importancia do convenio urbanístico, tanto pola súa proliferación como instrumentos de axilización da actividade urbanística, como polas implicacións da súa utilización en determinados casos.

O artigo 40 da Lei do solo de 1956 sinalaba que as persoas privadas poderán formar plans municipais, comarcais, especiais e proxectos de urbanización e que se obtiveran previa autorización do concello seríanlle

facilitados os elementos informativos e poderían ocupar as fincas, todo isto para a redacción do plan. De aquí resultaba que a previa autorización municipal só era necesaria para os concretos efectos de obter información e ocupar fincas, non con carácter xeral, e que a formación podía referirse a plans xerais municipais e incluso comarcais, e a Lei de 1976 referiuse tamén á formación de plans xerais por persoas privadas.

Ata a Lei 8/90, do 25 de xullo, de reforma do réxime urbanístico e valoracións do solo non se modificou a situación legal, aínda que xa xurdiran os convenios urbanísticos referentes á modificación do planeamento. Pero esta Lei 8/90 restrinxiu as facultades dos particulares ao dicir no seu artigo 13.1 que as entidades públicas e os particulares poderían redactar os instrumentos de planeamento en desenvolvemento do Plan xeral. A Lei do solo de 1992 recolleu esta restrición, ao asumir tal redacción no seu artigo 104.1 e engadir no 109.1 que os plans xerais serían formulados polo concello.

Todo isto determinou que as clásicas modificacións puntuais do Planeamento xeral tivera que formulalas o concello e deu base ao auxe dos convenios de planeamento no que o papel do concello era formular e tramitar as modificacións puntuais, cousa que xa non podían facer os particulares.

Os convenios que teñen por obxecto posibles modificacións do planeamento non están contemplados na lexislación estatal pero si na valenciana, navarra, madrileña, etc.

A cobertura legal xeral atópase no artigo 4 da Lei de contratos das administracións públicas de 1995 e no ámbito local no artigo 111 do texto refundido de Réxime local de 1985. O artigo 88 da Lei do réxime xurídico e procedemento administrativo común de 1992 refírese á terminación convencional do procedemento administrativo.

Estes preceptos conteñen os seguintes principios:

1º. A Administración pode concertar contratos, pactos e condicións que non sexan contrarios ao interese público, ao ordenamento xurídico ou aos principios de boa administración.

2º. As administracións públicas poden celebrar acordos, pactos, convenios ou contratos sempre que non sexan contrarios ao ordenamento xurídico nin versen sobre materias non susceptibles de transacción e teñan por obxecto satisfacer o interese público.

En canto á eficacia dos convenios urbanísticos, este relator salientou que teñen unha natureza xurídico-administrativa e polo tanto están rexidos polas normas xerais de contratación das administracións públicas. O problema destes concertos ou convencións da Administración cos particulares é a súa eficacia tanto entre as partes como fronte a terceiros. Nos convenios sobre planeamento hai unha cuestión engadida que é a nuli-



dade de calquera pacto que comprometa a potestade de planeamento da Administración.

Como calquera acordo de vontades os convenios de planeamento están suxeitos a unha responsabilidade contractual e extracontractual, reguladas nas lexislacións urbanísticas e na lexislación de contratos. Os convenios requiren para a súa validez o respecto dun procedemento que cumpra cos principios legais destes (transparencia, publicidade e concorrencia). A xurisprudencia entende que o incumprimento do convido por calquera das partes terá que ser compensado por medio da correspondente indemnización sen que sexa posible pedir a nulidade dos acordos e plans contrarios nas súas determinacións ao estipulado nun convenio.

O mércores, 8 de maio, as xornadas contaron con dous relatorios de **Joaquín Peñarrubia Iza**, profesor titular de dereito administrativo da Universidade Rey Juan Carlos de Madrid e ex-director xeral de turismo da Comunidade autónoma de Madrid, que analizou dous casos prácticos, o primeiro sobre os *convenios de xestión urbanística* e o segundo sobre *expropiación e convenios urbanísticos*.

Este relator salientou que a lexislación máis moderna non só regula xa algunhas formas de xestión, non só regula a posibilidade mesma de establecer convenios e o seu alcance, senón que se detén cada vez máis en regular a natureza así como o contido e alcance destes convenios.

Na Lei 1/97 do solo de Galicia, contense unha referencia aos convenios urbanísticos que simplemente se mencionan, tamén se fala da posibilidade de crear sociedades mercantís, sociedades de xestión, pero non se establece un réxime xurídico destes convenios. A xurisprudencia foi perfilando esta figura e así estableceu que estes convenios teñen sempre un carácter xurídico-administrativo, regulados polo tanto polo dereito público e sometidos á xurisdición contencioso-administrativa. Non son contratos civís.

O texto refundido da Lei do solo de 1992 mencionaba estes convenios dun xeito moi conciso, así no artigo 213 fálase da posibilidade de establecer convenios en materia de expropiación, tamén no artigo 303 desta lei se mencionan estes convenios dentro da rúbrica das competencias da xurisdición contencioso-administrativa, pero non regula o seu contido.

Segundo o contido dos convenios podemos falar de convenios urbanísticos de xestión, convenios de planeamento e convenios expropiatorios.

Este relator referiuse en primeiro lugar aos convenios de xestión e afirmou que o réxime xurídico foi parco. A xurisprudencia foi quen perfilou o que pode entrar nun convenio de xestión, cales son as potestades administrativas, e qué é o que esta pode acordar cos particulares. Ese réxime xurídico tan conciso tende a xuridificarse, a recollese por lei, na lexislación máis moderna. Así a Lei do solo de Madrid, unha das máis mo-

dernas recolle a distinción entre os convenios de xestión e os de planeamento. Nesta lei fálase da cooperación interadministrativa e logo dos convenios urbanísticos. Establece algúns principios xerais que se refiren a ambos os dous tipos de convenios, de planeamento e de xestión. E recolle dúas cuestións nas que a xurisprudencia incidira moito:

1<sup>a</sup>. son nulas de pleno dereito as estipulacións ou acordos aos que non pode chegar a Administración porque son condicións imperativas que corresponden en todo caso á Administración e, polo tanto, non pode facer desleixo desa función.

2<sup>a</sup>. establécese que os convenios urbanísticos terán a todos os efectos carácter xurídico-administrativo.

Esta Lei do solo de Madrid, Lei do 17 de xullo de 2001, define os convenios de execución do planeamento como os convenios que se refiren á xestión do planeamento e di que son aqueles que non afectando en absoluto á ordenación urbanística (porque senón serían de planeamento) se limitan á determinación dos termos e as condicións da xestión e execución do planeamento e demais instrumentos existentes no momento da súa celebración. Do cumprimento destes convenios non poderá resultar nunca alteración, modificación, excepción ou dispensa do planeamento, é dicir, serven para xestionar o planeamento pero non serven para modificar ese planeamento.

O réxime substantivo concreto destes convenios teñen que establecerse entre as administración públicas ou con respecto a terceiros, dándose tamén cabida á posibilidade de que mediante un convenio urbanístico previo, se cree outra persoa xurídica como é un consorcio creado por estas administracións ou sociedades mercantís de xestión urbanística.

Os convenios deben ter un contido mínimo: as bases da actuación urbanística que se vai desenvolver incluíndo a programación da urbanización e, no seu caso, da edificación. Tamén os estatutos e o acordo da persoa xurídica que se cree polas administracións públicas, se é o caso. Tamén debe incluír todas as ideas ou principios que permitan individualizar a xestión urbanística que se vai realizar.

Estes convenios teñen que ser aprobados polas máximas autoridades das administracións que o vaian realizar, coa obrigación de darlle publicidade en todo caso a través do boletín oficial que corresponda.

Tamén son convenios de xestión aqueles polos que se crean personalidades xurídicas independentes das dos entes que realizan ese convenio:

- 1º. Mancomunidades
- 2º. Consorcios
- 3º. Sociedades mercantís urbanizadoras.

Estes últimos non son convenios de xestión pero si son convenios nos que se acorda quen vai a realizar a xestión e cómo a vai realizar.

A diferenza entre mancomunidades e consorcios por un lado, e sociedades mercantís por outro, é evidente, as mancomunidades e os consorcios son de dereito público, mentres as sociedades mercantís non teñen ese carácter, e poderán traspasarse ou delegarse polas administracións públicas que realizan o convenio aquelas funcións ou potestades públicas que sexan susceptibles conforme ao ordenamento xurídico de realizar ese traspaso, mentres que as sociedades mercantís non poderán realizar ningunha delegación de ningunha función. As entidades de dereito público réxense pola Lei de bases de réxime local e pola lei 30/92, mentres que as sociedades urbanísticas se rexen polas normas xurídicas do dereito privado. Artigo 123 da Lei galega do solo.

A figura do urbanizador privado créase na Lei de 1994 da comunidade valenciana, e pasou tamén á Lei da comunidade de Madrid. Trátase dunha persoa privada que pode solicitar da Administración a realización da xestión urbanística dun polígono e a Administración concédello sempre que non o fagan á súa custa. O axente urbanizador realiza esa xestión urbanística pero faino pensando nun lucro persoal, mediante un pagamento en metálico ou un pagamento en especie, cunha parte do aproveitamento urbanístico resultante.

Sobre os convenios de expropiación salientou que tradicionalmente, cando se falaba deles aludíase só a un aspecto moi concreto que é o da fixación do prezo xusto. A xurisprudencia tamén perfilou estes convenios expropiatorios que normalmente se establecen verbo da fixación e ao alcance do pagamento do prezo xusto. O artigo 213 do texto refundido da Lei do solo de 1992, vixente nesta materia, establece unha regulación das posibilidades de chegar a acordos en materia de expropiacións urbanísticas. E así fala de modalidades de xestión da expropiación e establece que as entidades locais poderán promover para a xestión das expropiacións as modalidades asociativas con outras administracións públicas ou particulares de conformidade coa lexislación de réxime local ou coa lexislación urbanística. E poderán tamén encomendar o exercicio da potestade de expropiación a outras administracións públicas.

A regulación das expropiacións está a cabalo entre a lexislación estatal e a lexislación das CCAA. Así, a expropiación régulase polo Estado, pero como as CCAA teñen atribuídas competencias en materia de urbanismo, tamén estas regulan algúns aspectos destas expropiacións.


A lexislación adoita recoller tres sistemas de execución: por un lado o sistema de compensación, o sistema de cooperación e, finalmente o sistema de expropiación regulado pola lexislación urbanística e onde a administración ten un maior papel que nos outros dous, artigo 124 da Lei do solo de Galicia. Na lexislación moderna establécese un sistema de discrecionalidade, de xeito que a administración, en función da realidade, pode optar, motivándoo, de xeito discrecional por un ou outro sis-

tema, artigo 125 da Lei galega. Formalmente seguen tendo preferencia os outros dous sistemas pero a Administración pode optar discrecionalmente polo sistema de expropiación.

A Administración toma a iniciativa da execución e opta por este sistema de expropiación, e debe dar razóns de urxencia ou necesidade para optar por este sistema. A cambio debe dar un prezo xusto. A expropiación é unha potestade administrativa e a administración pode exercela de forma directa ou indirecta, encomendando isto a outra administración e formalizándoo por medio dun convenio expropiatorio.

O prezo xusto, o seu concepto, atópase na Lei de expropiación forzosa. A lexislación galega cando fala do prezo xusto non o define senón que se establece cómo debe determinarse, artigo 144, en función do valor urbanístico sen ningunha dedución ou adición. A taxación pódese facer de forma conxunta ou individual.

Hai outro tipo de expropiacións urbanísticas que non se toman como sistema de actuación, senón como expropiación propiamente dita. O Tribunal Constitucional di que lles corresponde ás CCAA definir as causas destas expropiacións urbanísticas propiamente ditas.

As xornadas remataron coa intervención de **Domingo Bello Janeiro**, director da Escola Galega de Administración Pública, quen logo de agradecer a presenza do público asistente, así como a brillante intervención de cada un dos relatores, deu por clausuradas estas xornadas. 



# XORNADAS SOBRE A UNIFICACIÓN EUROPEA DO DEREITO DE OBRIGAS E CONTRATOS

Ferrol, 20 e 21 de maio de 2003

Xosé Antón Barreiro Pereira

Avogado

«Uno de mis objetivos más importantes fue el de reunir los pueblos, que la política y las revoluciones habían separado. Se cuentan en Europa, separados entre sí, más de treinta millones de franceses, quince millones de españoles, quince millones de italianos, treinta millones de alemanes. Hubiera querido hacer de todos estos pueblos uno solo, un único cuerpo nacional.

Dentro de este estado de cosas, hubiera encontrado la mayor alegría en llevar por todas partes la unidad de códigos, de principios, de sentimientos, de puntos de vista e intereses. Entonces, al amparo de las luces universalmente difundidas, hubiera estado permitido soñar, a la gran familia europea, la aplicación del congreso americano o la de las anfictionías griegas dentro de un panorama de grandeza y de prosperidad.» (Napoleón, 11 de novembro de 1876).

## Introdución

A construción dunha nova xustiza en Europa, dun espazo común, permitirá que os cidadáns compartan as mesmas normas xurídicas; apliquen as mesmas definicións e principios; estean en definitiva, seguros de que forman parte dunha sociedade organizada, dotada dos instrumentos precisos para regular as súas relacións xurídicas e reaccionar fronte ás infraccións do ordenamento, desde o respecto e o potenciamento dos valores

e principios que sustentan os nosos ordenamentos, dos dereitos e liberdades individuais.

Unha vez que a Unión Europea se converte nun espazo no que as liberdades de circulación de persoas, mercadorías, capitais e servizos son unha realidade e se goza dunha soa moeda, é necesario seguir avanzando na unificación do noso ordenamento xurídico desde o punto de vista civil.

No ámbito civil véñse traballando e progresando desde hai moito tempo. Non podemos esquecer que xa para a consecución de mercado interior se deron pasos tan transcendentales como a eliminación dos aranceis ou a normativa discriminatoria por razón de nacionalidade.

Existe, por outra parte, un conxunto importante de disposicións comunitarias que inciden sobre o dereito contractual dos estados membros como son as directivas relativas á protección do consumidor, á propiedade intelectual e á chamada sociedade da información.

Xunto a esta normativa comunitaria, o dereito internacional privado foi abordando desde outra perspectiva os problemas que xera para o mercado interior a pluralidade de sistemas xurídicos, mediante dous tipos de solucións. Por un lado, a harmonización de normas materiais como o Convenio de Viena de 1980 sobre compra-venda internacional de mercadorías; por outro, mediante a unificación das normas que resolven os conflitos de leis, como o Convenio de Roma de 1980 sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais.

Desde a Unión Europea estase a traballar na construción dun espazo común de xustiza, xa non só desde o ámbito civil senón tamén noutros ámbitos do dereito como o penal, o que, sen ningunha dúbida, esixe traballar desde unha tripla dirección: aproximación e progresiva harmonización das lexislacións, o que debe ser o obxectivo último; o recoñecemento mutuo das resolucións xudiciais e a procura dos instrumentos de cooperación axeitados entre os nosos estados<sup>1</sup>.

En relación coa progresiva harmonización das lexislacións, é xusto recoñecer que o Parlamento europeo deu importantes pasos coas resolucións de 1989 e 1994, nas que xa pediu a elaboración dun «Código europeo de dereito privado», ao constatar a proliferación de normas comunitarias en temas concretos de dereito civil, pero «non en ramas enteiras deste» a partir das cales a doutrina científica traballou para tentar elaborar os principios do dereito europeo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> A importancia do papel da ciencia xurídica para delimitar as bases dun dereito común en Europa é enfatizada por P. GROSSI, «Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo», 42 (II) *Riv. Dir. Civ.* 281 (1996).

<sup>2</sup> Aínda que moitos investigadores sosteñen que o principio de subsidiariedade previsto no Tratado de Maastrich precluíría tal acción. Refírome ao principio que establece

Con todo, creo que é posible afirmar, e compartíremolo todos, que, por unha parte, a normativa comunitaria se caracterizou por adoptarse atendendo ao caso concreto, pero sen unha dimensión horizontal; e, por outra, que o dereito internacional privado non soluciona os problemas derivados da aplicación de normas imperativas nos estados membros. Isto implicou que hoxe nos atopemos incursos nun proceso de comunización do dereito civil cada vez máis avanzado co fin de lle dar solucións ás cuestións formuladas na situación actual<sup>3</sup>.

### Apertura das xornadas

As xornadas desenvolvéronse no Salón de actos do Edificio administrativo da Xunta de Galicia en Ferrol, e a súa apertura correspondeulle ao catedrático de dereito civil e director da EGAP don **Domingo Bello Janeiro** quen, despois de lles agradecer aos presentes o interese mostrado na realización destas xornadas e a gratitude a todos os relatores que interviñeron, manifestou:

«A actual diversidade legislativa na Unión Europea constitúe un serio obstáculo para o mercado interior porque eleva os custos de transacción, sobre todo para as pequenas empresas e os consumidores. Por iso, nos últimos dez anos apareceron diversas propostas de unificación, entre as que destaca o “Código europeo de contratos” publicado pola Academia de Pavía no 2001, dado o seu avanzado estado de elaboración, o interese científico do seu contido e a súa decidida opción por un texto legal obrigatorio e uniforme. De aquí que a finalidade destas xornadas sexa dar a coñecer esta iniciativa, proceder ao seu exame pormenorizado e, en fin, suscitar un debate sobre a oportunidade de unificar o dereito de obrigas e contratos en Europa».

---

que, en ámbitos onde a UE non ten competencias exclusivas (e o dereito privado é claramente un deles), a Unión pode intervir soamente se os obxectivos non poden ser suficientemente conseguidos mediante a acción estatal. Véxanse artigo 2 do Tratado da Unión Europea e o artigo 5 do Tratado da CE. Sobre o principio de subsidiariedade véxase G.A. Bermann, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, 94 Col. L. Rev. 331 (1994); ídem, *Subsidiarity: Does it Have a Future?*, en M.J. Bonell (ed.), 26 Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero. Saggi, Conferenze e Seminari, 1997; A.G. Toth, *The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty*, 29 Common Market L. Rev. 1079 (1992).

<sup>3</sup> As perspectivas do escepticismo e a neutralidade resultan tamén relevantes para enxuzar o debate actual sobre se é factible e útil un código civil europeo.

Existe un gran desacordo entre os expertos participantes neste debate. Algúns sosteñen que un código é absolutamente necesario para o deseño dun dereito europeo común fiable, mentres que outros cren que este proxecto é irrealizable, xa sexa polas diverxencias existentes nos diferentes sistemas xurídicos son aínda demasiado acusadas (e iso implica que a situación poida cambiar nun futuro, e é entón cando un código podería ser factible), ou xa sexa porque a harmonización xurídica pode ou debe ser conseguida por medios diferentes a un código.



## Os relatores e o seu tema<sup>5</sup>

*Razón de ser, características e contido do Código europeo de contratos.*

D. Giuseppe Gandolfi<sup>6</sup>

Un código de contratos<sup>7</sup> que substitúa as normas vixentes nos estados membros, non só evita os inconvenientes causados por outras solucións, senón que tamén ofrece unhas vantaxes específicas e notables, que é recomendable indicar<sup>8</sup>. Iso consinte eliminar realmente os obstáculos no funcionamento do mercado interno que dependen da multiplicidade dos dereitos. Os emprendedores e os consumidores séntense estimulados a instaurar unhas relacións con persoas e entes doutros estados membros, porque o dito código permite saber con certeza cáles son as súas obrigas e cáles son os seus dereitos, e todo iso exclúe que persoas astutas se poidan aproveitar con vantaxe das diversidades entre as diferentes ordenanzas. Xa sexa en vía preventiva, xa sexa en caso de anomalía, os seus avogados poidan aconsellos e asistilos con inmediatez e seguridade. Os xuíces están en condición de solucionar as controversias baseándose en regras certas e de inmediato cumprimento, sen as incertidumes que se derivan da aplicación das vantaxes debidas ás útiles innovacións que o dito código poida introducir.

Pero, todo isto verifícase en certas condicións: ante todo o que o código regule, de xeito exhaustivo, a materia contractual, evitando aqueles

---

<sup>4</sup> O proxecto non utiliza as categorías de contratos, danos e propiedade nun sentido legal positivista. O seu papel –ademais de ser etiquetas que axudan aos participantes a detectar as súas áreas de coñecemento– é o de servir como contedores metaxurídicos de problemas facilmente localizables nun ámbito operativo: o mesmo ámbito que nos ensina cómo o dereito privado é un todo que se comunica para arranxar problemas concretos.

<sup>5</sup> Nesta sección aparecen redactadas as notas que fun tomando, no transcurso destas xornadas, das intervencións de cada un dos conferenciantes, polo que para, un estudo máis polo miúdo, remito á lectura dos distintos relatorios que foron entregados no desenvolvemento das xornadas e que obran en poder da EGAP.

<sup>6</sup> Profesor emérito da universidade de Pavía (Italia).

<sup>7</sup> Respecto ao amplo traballo do grupo encabezado por Giuseppe Gandolfi, con base na universidade de Pavía e que inclúe a máis de setenta profesores da Unión Europea, véxase G. Gandolfi (ed.), *Code Européen des Contrats. Avant-projet, Livre premier*, Giuffrè, Milan, 2001. Véxase tamén P. Stein (ed.), *Incontro di studi su un futuro codice europeo dei contratti*, Giuffrè, Milan, 1933; G. GANDOLFI «L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza legge?», 39 (II) *Riv. Dir. Civ.* 149 (1993); idem, «Pour un Code européen des contrats», 91 *Rev. Trim. Dir. Civ.* 707 (1992); idem, «Verso il tramonto del concetto di obbligazione» nella prospettiva di un codice unico per l'Europa?, 41 (I) *Riv. Dir. Civ.* 203 (1995).

<sup>8</sup> Para un mellor seguimento e comprensión do Código europeo de contrato, recomendo a versión española dos profesores José Luís de los Mozos e Agustín Luna Serrano publicado na *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (ano 2001-nº 4).

baleiros que comprometerían a unificación, creando perigosas incertidumes e fatales retornos á aplicación dos dereitos nacionais.

A academia dos iusprivatistas europeos dedicouse á redacción do seu proxecto con este intento. E se, ata o de agora, non me ocupei da razón de ser e do seu contido, que poden ser, en síntese, delineados e considerados os obxectivos que a academia propuxo previamente.

Estes obxectivos pódense definir nesta fórmula sintética: quixemos operar en función dunha unificación efectiva do dereito dos contratos da Unión Europea, é dicir, propoñer un conxunto de normas que expliquen as solucións en virtude das cales o contrato constitúe un instrumento verdadeiramente eficaz para regular as relacións no mercado interno europeo, polo tanto para satisfacer plenamente as esixencias daqueles que traballan nel.

Pareceunos necesario estender estas disposicións nunha forma, ou sexa nun estilo, e cun contido tal que constituía unhas normas aceptables e de fácil interpretación en todos os países da propia Unión Europea, sen que representen unha imposición para os cidadáns europeos, senón que máis ben constituían un auxilio para calquera eventualidade que non se previu. Finalmente, consideramos axeitado non esquecer as esixencias socioeconómicas da Europa do terceiro milenio.

Quixemos evitar os inconvenientes que se verifican cando, co fin de chegar á unificación, se enuncian uns principios, é dicir, as regras xerais; ou, tamén, se emanan as disposicións relativas a unha única institución (por exemplo un único contrato), para que estas sexan adoptadas despois polos diversos estados. Os inconvenientes que se conseguen se se obra deste xeito son coñecidos.

Se se enuncian os principios, é difícil que se poida, con base nestes, realizar a unificación. De feito que entre os pobos de tradicións xurídicas máis ou menos diferentes se poden atopar un acordo para a unificación só sobre as solucións (por exemplo, sobre as obrigas que teñen o vendedor e o comprador), pero non sobre os principios. A miúdo afirman explicitamente os xuristas ingleses, pero tamén o din (sobre todo fronte á necesidade de efectuar eleccións en vista da unificación) os xuristas alemáns, a pesar das súas diversas determinacións culturais. Polo tanto, rexir uns principios significa dedicarse a unha actividade que poida quedar infrutuosa.

Despois, estes deberían concretizarse, ou sexa traducirse, en solucións; e aparecería o gran perigo de que, a través da obra de quen debería proceder (xuíces ou lexisladores) tivesen que emerxer por forza da inercia as normativas dos diversos estados. Este inconveniente tamén se verifica usualmente coas leis uniformes creadas por convencións internacionais, en presenza de disposicións xenéricas, debidas tamén á falta de acordos en regras máis específicas.

Con todo, promúlganse unhas disposicións concernentes nunha institución, que logo deben ser inseridas nas variadas ordenanzas nacionais, pode dar lugar a este fenómeno. As disposicións emanadas deste modo (polos órganos comunitarios) fúndase obviamente nos datos presupostos de base; pero nalgunhas ordenanzas, nas que estas se deben inserir, os presupostos de base poden ser diferentes.

E, entón, se as propias disposicións se acollen inalteradas, compróbase unha evidente incompatibilidade; os médicos dirían que se pode chegar a unha crise de repulsa. Fronte a esta desharmonía o xuíz do estado en cuestión acaba tendo en conta as normas de base da súa ordenanza; e, tamén, neste caso, comprométese á unificación. Con todo, se as novas disposicións se retocan no momento no que se acollen, a unificación non se efectúa de todo. As reformas parciais no ámbito de cada ordenanza non se expón obviamente a estes perigos porque os principios de base sempre son os mesmos.

*Efectos e cumprimento do contrato. D. Gabriel García Cantero*<sup>9</sup>

D. Gabriel García Cantero falou dos efectos e cumprimento do contrato, que é unha materia regulada, respectivamente, nos títulos VI e VII do Proxecto, artigos 42 a 88. É dicir, un conxunto de 47 preceptos que no noso Cc. non aparecen agrupados, senón dispersos (por exemplo, artigos 1090, 1256, 1257, 1258 e 1259); todo iso sen esquecer que o noso cap. III rotulado «Da eficacia dos contratos», ten moi pouco que ver coa materia do noso proxecto (chega con lembrar os artigos de 1278 a 1281).

Baixo o epígrafe *Effects du contrat*, e despois dunhas inusuais disposicións xerais, no proxecto trátanse os efectos debidos á existencia de elementos accidentais do contrato (condición, termo e modo), representación, o contrato por persoa a designar e o contrato a favor de terceiro.

Baixo o rótulo do cumprimento do contrato (*exécution du contrat*) inclúese unha extensa sección de disposicións xerais (modalidades do cumprimento, autorización do acreedor ou dun terceiro, cumprimento parcial, prestación diversa, cumprimento por un terceiro, incapacidade do acreedor ou do debedor, destinatario do pagamento, lugar e tempo de cumprimento, imputación de pagamentos, emisión de recibo e liberación de garantías), e, logo, regúlase o cumprimento de determinadas obrigas contractuais (obrigas pecuniarias, obrigas conxuntas e alternativas, solidarias e indivisibles).

Á vista desta elemental e apresurada descrición da materia comprendida no enunciado da conferencia de don Gabriel, xa que se comprende que resultará imposible descender ao detalle minucioso e puntual de

<sup>9</sup> Catedrático emérito da universidade de Zaragoza.

cada unha das figuras ou institucións incluídas naquela. De tal xeito que o conferenciante se limitou a describir as liñas xerais da súa tendencia e inspiración, e, sobre todo, a marcar as analoxías e diferenzas co Código civil español<sup>10</sup>.

*Réxime dos tratos preparatorios do contrato. D. Agustín Luna Serrano*<sup>11</sup>

As referencias do ordenamento xurídico á moral (artigos 1255, 1275, 1116.1 e 1271 do Código civil) e a boa fe obxectiva (artigos 7.1 e 1258 do Código civil) e subxectiva (artigos 1164, 1529.1, 1530, 1705.2, 1778, 1897 e 1899, entre outros, do Código civil), que tamén acada as que se refiren á actitude incorrecta dun contratante que de modo grave engana ou induce insidiosamente á forza ou ameaza ao outro (artigo 1265, 1267, 1269 e 1270 do Código civil), como base da configuración dun criterio normativo xeral do comportamento leal dos contratantes.

A urxente preocupación social pola moralización e a transparencia das relacións económicas en xeral e das relacións contratuais en particular: da heteroesixencia externa conformada polas normas legais, agora máis sensible en canto á contratación cos consumidores, á autoesixencia interna dalgúns operadores económicos mediante a adopción dos chamados códigos de conduta.

O acollemento destes postulados no Anteproxecto do Código europeo dos contratos (CEC): no tema de tratos preliminares (artigos 6 a 11 do Anteproxecto do CEC), no tema de contido do contrato (artigo 30 do Anteproxecto do CEC), no tema de interpretación do contrato (artigos 39.4 do Anteproxecto do CEC), no tema de condicións postas no contrato (artigos 52.2 e 53.1 e 3 do Anteproxecto do CEC) ou no tema de vicios do consentimento contractual (artigos 151.1 e 152.1 do Anteproxecto do CEC).

<sup>10</sup> A bibliografía específica sobre o tema desta conferencia é practicamente inexistente. Atópanse algunhas consideracións xerais en MARTÍNEZ AGUIRRE Y ALDAZ *Contenido y efectos del contrato, en Derecho privado europeo* cit. páx. 435 e ss.; se ben o autor céntrase no estudo das cláusulas abusivas dos contratos na lexislación comunitaria e española. Pola súa parte FAJARDO HERNÁNDEZ *Cumplimiento y extinción del contrato*, en op. cit. páx. 501 ss. Descende ao estudo de institucións concretas (por exemplo os suxeitos do pagamento, conformidade, circunstancias, gastos e proba, imputación e pagamento de obrigas diñeirarias) co trasfondo dos que os autores denominan textos harmonizadores, entre os que se inclúen, certamente, o Proxecto de Pavía, aínda que en realidade o seu estudo se polarizou ao redor dos principios da UNIDROIT e do Proxecto Lando.

<sup>11</sup> Catedrático de dereito civil da universidade de Barcelona.

*Perfeccionamento e conclusión do contrato. D. Carlos Rogel Vide*<sup>12</sup>

Todo código que se precie ten que ter un espírito, perseguir un obxectivo, ter un norte se non se quere confundir cunha amálgama de ideas mellor ou peor plasmadas nun texto<sup>13</sup>.

O que si está claro é que un código europeo do terceiro milenio ten que ser rotundamente protector da parte máis débil do contrato, o cal tanto quere dicir –na terminoloxía e mecánica actuais– protector do consumidor, leva consigo iso, en clave de sinatura do contrato, a necesidade de solucións tales como as seguintes: fixación do momento e lugar de perfección dos contratos entre persoas distantes en modo tal que a mesma non quede reservada, *de facto*, a vontade do fabricante, do prestador de servizos ou bens; insistir no deber de información que este último ten; insistir na posibilidade de que moitos contratos subscritos, enténdase sometidos a condición meramente potestativa *si placuerit* a favor do consumidor, durante un período de tempo razoable e sen que isto leve consigo custos para el; considerar expresamente, en fin e sen ánimo de exhaustividade, os contratos subscritos vía Internet e as garantías que, para o consumidor, se deban establecer ao redor destes.

Moitas ou algunhas, cando menos, das solucións apuntadas non quedan suficientemente claras no Proxecto de Pavía ou, o que é peor, non están contidas nel, estando, en cambio, claramente expostas en textos comunitarios vixentes e de obrigada observancia, non citados expresamente no proxecto, en boa medida alleo ás novas tecnoloxías e ás preocupacións dos consumidores.

Por outra banda, as fontes de inspiración confesadas neste proxecto foron, fundamentalmente, dúas. Dun lado, estaba o Libro IV do Código civil italiano, relativo aos contratos, que se entendía equidistante entre os restantes códigos europeos<sup>14</sup>. Por outro lado, estaba o Proxecto de Código dos contratos elaborado, en Oxford e nos anos 60, polo profesor McGregor, proxecto rescatado do esquecemento por Gandolfi, proxecto que, segundo di Dufwa, nunca foi publicado, proxecto, segundo di Rescigno, *non coronato da immediato successo*.

---

<sup>12</sup> Catedrático de dereito civil da universidade complutense de Madrid.

<sup>13</sup> CARBONIER reflexionando nesta sede e moi diplomaticamente, sobre o Proxecto de Pavía, di que este é interesante polo seu carácter multicultural, polo que hai, nel, un tesouro de hipóteses, de ideas, de solucións. Reflexionando neste mesmo sentido, DUFWA, apunta que o Proxecto de Pavía é a medida de todas as regras existentes en Europa en materia de contratos.

<sup>14</sup> CARBONIER, por exemplo, sinalou a posición intermedia que ocupa o Código civil italiano entre os dous grandes polos legislativos, o *Code Napoléon* e o BGB, sen esquecer di, a maior modernidade do portugués, cuxo pai, Antunes Varela, é académico de Pavía.

Está, por outro lado e en ocasións como a que nos ocupa, o Código das obrigas de Suíza. Está, en fin e en ocasións, a Convención de Viena de 1980, relativa á venda internacional de bens inmobles. Non están en cambio as directivas comunitarias<sup>15</sup>.

Na Comunicación da Comisión ao Consello e ao Parlamento europeo sobre dereito contractual europeo faise referencia, tamén e entre outras, ás seguintes directivas comunitarias, relacionadas co tema da formación do contrato:

*Directiva 2000/31, do 8 de xuño, do comercio electrónico.* Establece normas de transparencia aplicables ao proceso contractual, cal e a necesidade de que a información lle sexa facilitada ao consumidor de maneira clara, comprensible e inequívoca, a obrigatoriedade de que os prestadores de servizos presenten xustificante de recepción dos pedidos sen demora indebida, a garantía, en fin, de que o destinatario terá á súa disposición medios técnicos que lle permitan identificar e corrixir os erros de introdución de datos, antes de realizar o pedido.

*Directiva 1999/93, do 13 de decembro de 1999, sobre sinatura electrónica,* sinatura, como é sabido, perfectamente utilizable no ámbito contractual, que pode chegar a equipararse, para os efectos, coa forma manuscrita.

*Directiva 1999/44, do 25 de maio de 1999, sobre vendas e garantías dos bens de consumo.* Toda garantía obrigará á persoa que a ofrezca. A dita garantía deberá figurar nun documento escrito que se poida consultar libremente antes da venda e que indique, en particular, a súa duración e alcance territorial, así como o nome e dirección do garante.

*Directiva 1997/7, do 20 de maio de 1997, relativa á protección dos consumidores en materia de contratos a distancia.* De conformidade coa mesma e antes da sinatura do contrato, o consumidor deberá recibir información clara e comprensible, sobre cuestións como as seguintes: existencia dun dereito de afastarse do contrato ao seu favor, prazo de validez da oferta ou do prezo, custo de utilización de medios de comunicación a distancia, identidade do oferente e propósito comercial das chamadas telefónicas. O consumidor, por outra parte, ten dereito a recibir, por escrito ou me-

<sup>15</sup> Xa o sabe GANDOLFI, porque coñece a Comunicación da Comisión ao Consello e ao Parlamento europeo sobre dereito contractual europeo (Bruxelas, COM 2001, 398, final, de 11.7.2001). Comunicación na que se fai referencia ao Proxecto de Pavía e a outros proxectos tamén, que son os resultantes dos traballos da Comisión sobre dereito contractual europeo, financiada pola propia Comisión sobre dereito contractual europeo, e que publicou, en 2000, os Principios do dereito europeo en materia de contratos (partes I e II), e os resultantes do Grupo de estudo dun Código civil europeo, grupo composto por expertos universitarios dos 15 estados membros e dalgúns países candidatos á adhesión.

diante calquera outro soporte duradeiro (correo electrónico por exemplo) confirmación do contrato asinado. Se se lle subministran bens non solicitados, a falta de resposta do consumidor non se poderá considerar como un consentimento. A utilización, por parte dun provedor, dun sistema automatizado de chamada ou dun fax, para comunicar cun consumidor, estará supeditada ao acordo previo deste. Só se poderán empregar certos medios de comunicación a distancia se non existe oposición manifesta do consumidor respecto de tal comunicación.

*Directiva 1995/46, do 24 de outubro de 1995, relativa á protección das persoas físicas no que respecta ao tratamento de datos persoais e á libre circulación destes datos, incluídos os relacionados con contratos ou, incluso, con tratos preliminares.*

*Directiva 1993/13, do 5 de abril de 1993, sobre as cláusulas abusivas nos contratos asinados con consumidores, xa fosen negociadas, xa non, cláusulas que non serán vinculantes para o consumidor.*

*Directiva 1985/577, do 20 de decembro de 1985, referente á protección dos consumidores no caso de contratos negociados fóra dos establecementos mercantís.* A directiva en cuestión protexe os consumidores fronte as prácticas contractuais abusivas no terreo citado, sinalando, entre outras cousas, que o comerciante deberá informar por escrito, ao consumidor, sobre o seu dereito de afastarse libremente do contrato e sobre o prazo que teñen para exercitalo.<sup>16</sup>

*Contido e interpretación do contrato. D. Carlos Vattier Fuenzalida*<sup>17</sup>

Don Carlos Vattier expuxo na súa ponencia relativa ao contido e á interpretación do contrato, que o anteproxecto regula de forma sucesiva nos artigos 25 a 33 e 39 a 41<sup>18</sup>. Estes dous bloques de preceptos manteñen un nexa de unión a través das cláusulas implícitas e débense completar con outras normas situadas en materia de oferta e aceptación, cláusulas limitativas da responsabilidade contractual e ineficacia do contrato<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Cómpre saber tamén que ao profesor GANDOLFI non lle parece axeitado o sistema de directivas para afrontar o asunto do dereito contractual europeo, convicción respectable que non xustifica, con todo, o ignorar, para a construción de tal dereito, un dereito europeo vixente e moi actual sobre a materia, contido nas directivas en cuestión.

<sup>17</sup> Catedrático de dereito civil da universidade de Burgos.

<sup>18</sup> Vid. Versión española de J. L. DE LOS MOZOS e A. LUNA SERRANO publicada en la RGLJ, 2001, páx. 713 e ss.; e para unha visión de conxunto, o estudo de don Vattier «El Anteproyecto de Pavía, La Unificación del Derecho Contractual Europeo», (Seminario internacional realizado en Valencia os días 11 e 12 de xuño de 2002) pendente de publicación.

<sup>19</sup> Don Carlos Vattier dividiu o seu relatorio en dúas partes, unha primeira dedicada ao contido do contrato, con especial referencia ao contido útil e ao contido abu-

Estamos, segundo as palabras do relator, ante dous temas clásicos, estreitamente relacionados entre si, que o anteproxecto trata, en xeral, con notable acerto. Aínda que introduce novidades interesantes, suscita tamén algunhas dúbidas e dificultades, sobre as que convén chamar a atención de cara a unha futura revisión deste. Nesta revisión é importante, non só a Convención de Viena sobre a compravenda internacional de mercadorías, que está en vigor en España dende o 1991, senón tamén os Principios de Unidroit e os principios publicados pola Comisión Lando<sup>20</sup>. O que leva a que o anteproxecto veña convivir con estes últimos principios<sup>21</sup>, e convén resaltalo, por imperativo do Plan de acción da Comisión europea do 12 de febreiro do pasado 2003 (COM 2003, 68 final)<sup>22</sup>.

Tamén sinalou don Vattier que o anteproxecto é novedoso ao esixir que o contrato sexa útil para os contratantes, pero é discutible o tipo de ineficacia que lle corresponde á infracción deste requisito e tamén o é a que xorde pola infracción deste requisito do contido do contrato. Ademais, é innovadora a categoría do contido abusivo, se ben entraña certas dificultades sistemáticas e comprende supostos heteroxéneos, entre os

---

sivo, así como ás consecuencias que dun e de outro se derivan. A continuación falou da disciplina das condicións xerais da contratación, no que concirne en concreto, o seu concepto, contido, mecanismos de control e as cláusulas implícitas, que son as que fixan as fontes de integración do seu contido.

<sup>20</sup> Como explica o propio Ole Lando: a) o obxectivo primario dos PDCE *is to serve as a basis for a European Code of Contracts. They are intended as a first step* e b) difiren do *Restatement* norteamericano do dereito de contratos posto que requiren un enfoque máis radical. Non seleccionan simplemente unha de entre varias solucións existentes nun único sistema xurídico; posto que ten que proporcionar solucións útiles para un contexto de ampla diverxencia xurídica, están deseñadas para incorporar regras que non existen como tal en ningún sistema xurídico europeo.

A pesar de todas estas diferenzas, os obxectivos e técnicas destas iniciativas (*Lando, Study Group* e o *American Restatement*) son, con todo, moi similares. Comparten a idea básica de crear un novo dereito (sen importar o innovador que sexa con relación á situación xurídica preexistente), máis que, simplemente, analizar o que xa existe.

Esta actitude normativa tamén se atopa presente nos principios do UNIDROIT sobre contratos comerciais internacionais. Aínda que non se refiren especificamente ao ámbito europeo dos contratos mercantís, deben ser mencionados aquí debido ao seu impacto expansivo no debate xurídico.

<sup>21</sup> Estes principios están pensados para constituír un *soft law* (isto é, que non sexan obrigatorios), e neste sentido opóñense á idea dunha codificación «política». Buscan promover un marco xurídico uniforme en lugar de impoñelo por medios legislativos. A súa filosofía asume que as diferenzas entre os distintos sistemas legais son tan grandes que calquera intento de unificación fracasaría.

A elección dun enfoque de *soft law*, non obstante, non suprime a natureza prescristiva destes proxectos: os cambios no dereito vixente deben obterse por medios indirectos, pero o obxectivo final segue sendo o cambio legal.

<sup>22</sup> O. LANDO, *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Prosecutor of European Legislation*, 40 Am. J. Comp. L. 573, 577 (1992). O artigo tamén está publicado en *RabelZ* 261 (1992).



que figuran as condicións xerais da contratación. A disciplina destas últimas no anteproxecto axústase aos modelos imperantes no dereito europeo, aínda que parece un tanto dispersa e debería ser máis explícita sobre a formación do contrato entre empresarios polo intercambio de cláusulas, a chamada batalla dos formularios e a exclusión de todas as cláusulas contrarias á boa fe.

No que concirne á interpretación do contrato, salta a vista que o anteproxecto está presidido polo dubidoso prexuízo inglés que lle confire a máxima importancia hermenéutica ás palabras dos contratantes e ao texto literal redactado por eles. Pero esta especie de sacralidade da interpretación textual abandonouse nos últimos anos e substituíuse polo criterio do home razoable que, por descansar na boa fe, garantiza un resultado máis obxectivo e imparcial. Asemade, as fontes de integración do contrato, que o anteproxecto denomina, conforme á terminoloxía anglosaxona, *cláusulas implícitas*, concordan coas que son coñecidas en todos os ordenamentos, pero é, tal vez, moi ríxido na súa remisión á *lex mercatoria*, pois non admite ningunha excepción, aspecto no que debería haber unha maior dose de flexibilidade.

#### *Inexecución do contrato e as súas consecuencias.*

*D. Jean-Pierre Sortais*<sup>23</sup>

Despois dunha primeira parte que trata da formación e contido do contrato e unha segunda parte dos seus efectos, a terceira parte concirne ao incumprimento do contrato: tal é o obxecto dos artigos 89 a 117.

Como sempre é o caso no anteproxecto, a súa elaboración baséase en dous alicerces: o *Contract Code* de Mc Gregor, por un lado, e o Código civil italiano polo outro. Estas son as dúas fontes esenciais de inspiración pero non son as únicas. Unha terceira parte, á que as discusións preparatorias se refiren a miúdo, é a Convención de Viena do 11 de abril de 1980. O éxito desta convención<sup>24</sup> (sobre todo se se compara coas anteriores<sup>25</sup>) debía de animar aos redactores a tela en conta sen esquecer que a dita convención ten as súas particularidades: trata dun contrato específico (a compravenda) que é un contrato sinalagmático (e o código europeo dos contratos non se limita ás convencións sinalagmáticas) e, ademais, un

<sup>23</sup> Profesor da universidade de Lasusana (Suíza).

<sup>24</sup> Asinada por 62 estados, foi ratificada por 54.

<sup>25</sup> A Convención da Haia do 15 de xuño de 1955 sobre a Lei aplicable ás vendas internacionais de mobles corporais non obtivo máis ca 9 ratificacións. O mesmo ocorreu coas dúas convencións da Haia, do 1 de xullo de 1964, instituíndo unha Lei uniforme sobre a venda internacional (LUVI) e unha Lei uniforme sobre a formación dos contratos de venda internacional (LUFV). En canto á convención da Haia do 22 de decembro de 1986, que debía substituír á do 15 de xuño de 1955, sobre a Lei aplicable aos contratos internacionais de venda de mercancías, non recibiu máis ca 2 adhesións.

contrato de carácter mercantil, posto que concirne a mercancías (e o código europeo dos contratos refírese ante todo aos contratos civís).

Con todo, hai un punto sobre o cal os redactores se inspiraron na filosofía que anima a Convención de Viena. Trátase de obrar de xeito que o contrato poida ser salvado mediante varios remedios (adaptación, negociación) cada vez que sexa posible. O aniquilamento do contrato é unha ilustración da filosofía que inspira, no seu conxunto, as disposicións concernentes á inexecución do contrato.

Estas disposicións artéllanse ao redor de dúas ideas. En primeiro lugar, a noción mesma de inexecución ou incumprimento que houbo que caracterizar tendo en conta, non soamente, as varias formas que poida presentar senón tamén as súas causas; tal é o obxecto dos artigos 89 a 105 do anteproxecto. Interesarse polas causas do incumprimento leva forzosamente a preguntarse sobre os seus efectos e aquí atópase a segunda idea fundamental: os efectos da inexecución. Un pode presentar a súa importancia xa que, na nosa época, a noción mesma de responsabilidade contractual é controvertida<sup>26</sup>.

*Anomalías do contrato e os seus remedios. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*<sup>27</sup>

O profesor José Luis de los Mozos tratou todo o título XI (artigos 137 a 173) do anteproxecto do Código europeo de contratos (Libro I) da Academia de iusprivatistas europeos de Pavía; aínda que pola escasez de tempo para expoñer o seu relatorio soamente falou daquelas anomalías que podemos considerar como orixinarias do contrato, prescindindo das anomalías sobrevidas que na tradición cultural dos nosos sistemas de *Civil law* se consideran, máis ben, propias da obriga.

Subliñou que polas propias esixencias derivadas da utilización do método comparado, acollido para o desenvolvemento do anteproxecto, se comprenden na súa ordenación sistemática materias que non só da teoría xeral do contrato, senón que pertencen ao que se considera como teoría xeral das obrigacións, xa que na tradición do *Common law*, non existe un concepto específico de obrigación como entre nós. Polo que, ao ter aceptado a efectos operativos este punto de vista, para redactar un código europeo único, e tendo como modelos tanto o *Codice civile* italiano como o *Contract Code* de H. McGregor, unhas e outras anomalías van contidas no seu articulado, o que mostra de forma emblemática, sobre todo, o citado artigo 128. Esta particularidade cómpre tela moi en conta

<sup>26</sup> Unha sentenza recente admite a indemnización contractual sen necesidade dun prexuízo: Cass. Civ. 3<sup>a</sup>, do 30 de xaneiro de 2002.

<sup>27</sup> Catedrático da universidade de Valladolid e maxistrado emérito do Tribunal Constitucional.

á hora de valorar e de entender este anteproxecto de Código europeo de contratos.

Efectivamente, non só difiren os contidos, no senso apuntado, o que traduce fielmente a súa sistemática externa, que se separa moito do tradicional, senón que, ás veces, como ocorre neste caso, as diferenzas manifestaranse, tamén, na súa sistemática interna. No seu relatorio, o eminente profesor Giuseppe Gandolfi, que é o redactor do texto acollido pola Academia, ao falar das razóns que xustifican o contido das diferentes regras, alude, neste punto, á necesidade de optar, dende un principio, ou polo sistema que segue o *Contract Code* que distingue os contratos en función de seu *enforceability*, é dicir, pola posibilidade que teñen de acadar eficacia, calquera que sexa a orixe das anomalías que padezan, ou ben, polo sistema tradicional dos nosos códigos civís, que os diferencian baixo o aspecto da súa válidez, falando de nulidade, anulabilidade, rescisión, etc., deixando para outro lugar as restantes cuestións.

Pois ben, por razón do contido que lle vén imposto o anteproxecto, como consecuencia do método adoptado para a súa redacción, non quedaba outro remedio que seguir o primeiro dos sistemas indicados, o que constitúe unha das orixinalidades máis sobresaíntes deste importante traballo, en clave codificadora e como intento plausible de levar a cabo unha verdadeira integración europea do dereito de contratos, o que lle comporta, por outra parte, como consecuencia, unha serie de repercusións na propia sistemática interna, que son consecuencia en último termo da efectiva integración operada, aínda que vaíamos ocuparnos aquí só das anomalías anteriormente indicadas. É evidente, polo demais co grado de integración acadado (mediante regras sucintas) non podería ser efectuado por outros procedementos, acudindo, por exemplo, aos principios; cando o que está en xogo, como se deduce do que estamos expoñendo, non son os principios, senón o sistema, ao que os principios teñen necesariamente que referirse, pois, os principios, coma as árbores, necesitan da terra para afondar nela as súas raíces, á parte doutras moitas consideracións, de diversa orde.

A reconstrución do sistema de dereito de contratos que formula o anteproxecto, neste punto, representa tamén un paso adiante no que se chamou o progreso xurídico, pois fundaméntase, non só nun esforzo pola integración, senón que aparece tamén animado por unha rigurosa revisión dogmática das categorías postas en xogo, procurando o seu perfeccionamento técnico, en función dunha maior adecuación das normas á realidade práctica e acollendo, polo demais, solucións que foron amplamente patrocinadas pola doutrina e a xurisprudencia. Ao que hai que engadir que no estilo propio da sistemática externa do anteproxecto, a cada unha das que no estilo propio da sistemática externa do anteproxecto, a cada unha das anomalías concretas contempladas.

### Clausura das xornadas

O acto de clausura correu a cargo de don **Jesús Souto Prieto**, presidente do Tribunal Superior de Xusticia de Galicia, o cal manifestou que era digno de loanza o traballo que estaba a levar a cabo a Academia de Pavía co obxecto de unificar o dereito de contratos a nivel europeo, animándoos a seguir nese labor emprendido.

### A modo de conclusión

O proceso de «aproximación» do dereito civil e mercantil dos estados membros púxose en marcha por medio dalgunhas iniciativas adoptadas polo Parlamento europeo coa resolución do 26 de maio de 1989 sobre unha acción dirixida a aproximar o dereito privado contido nos ordenamentos nacionais e coa Resolución do 6 de maio de 1994 sobre a harmonización dalgúns sectores do dereito privado dos estados membros. Débeselle, polo tanto, ao Parlamento europeo, entre outras institucións comunitarias, o mérito de ter sido o primeiro en fixar a atención do mundo político e dos operadores económicos e xurídicos sobre a oportunidade de apoiar as iniciativas dirixidas a realizar un espazo económico e un espazo xudicial europeo, así como un espazo de dereito obxectivo tan ambicioso como útil, tal é a aproximación pola cal conseguiu a harmonización e, considerase posible, a uniformización do dereito privado.

O Código civil europeo implica, antes que nada, unha uniformización da terminoloxía xurídica, a enucleación de principios comúns en materia de contratos (tamén públicos), de dereito de familia e de procedementos civís. Estes pasos poderían ser os primeiros segmentos dun traxecto directo á redacción dun texto uniforme no campo do dereito civil e mercantil. Trátase dun soño que os resultados da Comisión Lando, instituída ao inicio dos anos oitenta, e aínda en activo, demostran realizable. Así como está en fase de realización a laboura da Comisión von Bar, a progresiva extensión das normas codificadas, as outras fontes das obrigacións, os contratos máis usuais, os servizos... Outros grupos están traballando no sector do seguro, dos servizos financeiros, da familia ou da propiedade.

Os cfíns xurídicos de Europa redúcense progresivamente. É precisamente un dos elementos identificativos da identidade europea que podería achegarse para a construción dun ordenamento de dereito sustantivo e procesual unitario. Neste caso, non se trataría soamente dunha rede de normas funcionais para o mercado, senón de algo máis, implicando ideais e valores comúns. Trataríase da «edificación do xurídico», a construción da imaxe xurídica do mundo, como expresa Broekman Jan M., que integra a dimensión constitucional, xa iniciada coa Carta dos dereitos fundamentais e agora en fase de consolidación coa redacción do tratado constitucional.

Por todo o exposto (e xa como conclusión), en primeiro lugar, a conciencia sobre a existencia de estratificacións xurídicas é un factor que confirma a razoabilidade de adoptar, como marco metodolóxico da investigación do *Common Core*, un enfoque obxectivo e unha metodoloxía de pregunta-resposta, enfoque e metodoloxía que requiren información sobre todos os elementos relevantes que afectan ás solucións xurídicas dun determinado caso, incluíndo consideracións de tipo práctico e político, factores económicos e sociais, contexto social e valores, así como a estrutura do ordenamento xurídico (organización de tribunais, estruturas administrativas, etc.).

En segundo lugar, o coñecemento de todos os elementos relevantes e de todos os factores en xogo resulta crucial para propoñer unha integración xurídica europea (mediante un código «tradicional», un modelo tipo *Uniformed Commercial Code* ou outros) que aspire a superar as axendas persoais e as nacionalidades dos órganos decisorios implicados.

En terceiro lugar, calquera integración xurídica implica a produción de regras novas para todos os operadores xurídicos dos sistemas implicados. A implementación de tales normas require unha clase de intérpretes –xuíces, avogados, doutrina...– coñecedores das novas normas e dos seus fundamentos. A ausencia deste coñecemento a curto prazo, así como (a longo prazo) a estreitez de tradicións fortemente arraigadas con relación a diferentes conceptos, nocións e as súas interrelacións poden conducir todo o esforzo «integrador», por non dicir xa unha codificación, a un camiño sen saída.

Finalmente, nun continente que se refire aos valores cristiáns como un dos fundamentos nucleares, a doutrina xurídica debería ser consciente de que calquera falta de coñecemento relevante (como diría Robert Brownig<sup>28</sup>) «*is not innocence but sin*». ■

---

<sup>28</sup> *The Inn Album*, V (1875), en C. PORTER e H.A. CLARKE (eds.), *Red cotton nightcap country; The inn album; The two pets of Croisic*, de Robert Browning, New York, Boston, T.Y. Crowel Co, 1898.



**BIBLIOGRAFÍA**

**B**

**RECENSIONES**



## *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa (Ley 29/1998, de 13 de Julio)*

**Jesús González Pérez**

Dous volumes. Madrid, Civitas, 2003, 2.761 pp.

**I.** Jesús González Pérez, comentarista tenaz y prolífico de todas nuestras grandes leyes administrativas, afronta en esta ocasión la cuarta edición de sus Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, referidos al texto de 13 de Julio de 1998.

Muy pocos días después de la publicación de esta Ley en el BOE (nº 167, del 14 de Julio) apareció la tercera edición de los ya tradicionales «Comentarios» de González Pérez (las dos anteriores corresponden a la Ley Jurisdiccional de 1956), un prodigio de prontitud, que el autor hizo posible trabajando previamente sobre los primeros anteproyectos y revisándolos luego con especial cuidado. Incluso la doctrina jurisprudencial, que requiere un concienzudo análisis antes de valorar su pertinencia y aplicabilidad tras las reformas legales.

En apenas un año, hubo que hacer dos reimpresiones, agotadas prontamente. Aquí, el autor abrió un compás de espera, antes de afrontar una nueva publicación, para atender a las exigencias legislativas y de otro orden que se iban presentando y que aconsejaban no una mera reimpresión, sino una nueva edición que recogiese todas esas circunstancias y asimilase la experiencia aplicativa de la Ley. El resultado es esta cuarta edición, que aumenta su extensión en unas trescientas páginas y, lo que es más importante, ofrece las opiniones del autor contrastadas ya con las expresadas durante estos tres últimos años por la doctrina y jurisprudencia y corroboradas por ella o, en su caso, matizadas o corregidas.



II. Pero la «motorización», por emplear una expresión ya clásica, de nuestra legislación administrativa es tal que, transcurridos pocos meses, otra vez el profesor González Pérez hubo de ponerse a la tarea y proporcionarnos una Adenda a esta 4ª edición, para recoger en ella la incidencia de la L.O. 19/2003, de 23 de Diciembre (de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y de la Ley 62/2003, de 30 de Diciembre (de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social). Si no fuese por la «desmesura» de la cita, habría que recordar la cínica expresión de Goethe «si hubiera que estudiar todas las leyes, no quedaría tiempo para transgredirlas».

Tan apresurada y paroxística producción legislativa sirve además a González Pérez para criticar este proceder de «incesante modificación» de la normativa reguladora de la justicia administrativa: «cuando todavía los Tribunales no han asimilado una nueva legislación», ésta es objeto de reformas, por lo que «puede decirse que vivimos continuamente en régimen de transitoriedad». Es una mal-sana costumbre muy propia de nuestro Derecho, muchas veces puesta de relieve. Ya el profesor Guaita advertía de ello en 1963, con motivo de la modificación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en cumplimiento de su disposición final 5ª, que obligaba a promover cada tres años las reformas que la experiencia hiciese conveniente introducir. Una modificación que consideraba inconveniente, ya que la LPA «no estaba necesitada de ninguna puesta al día» y, aunque así fuera –decía Guaita– no creo que ganen mucho las disposiciones legales con un constante manoseo que ni siquiera les da tiempo a fraguar: quizá más que su puesta al día es su antigüedad lo que prestigia las leyes».

III. En el caso que nos ocupa, la Ley Jurisdiccional de 1998, las modificaciones obedecen fundamentalmente, sin perjuicio de algunos cambios introducidos para asegurar la efectividad del principio de igualdad de trato y no discriminación, al propósito de «superar la tremenda e intolerable lentitud de la justicia». El intento es ya antiguo: desde hace años se ha producido un continuo traspaso de competencias de los órganos jurisdiccionales superiores a los inferiores. Como dice literalmente González Pérez, «en la medida en que la modificación no conseguía la finalidad perseguida, un nuevo bloque de competencias pasaban a los órganos judiciales inferiores». Y esto vuelve a ocurrir ahora con la reforma que en la Ley Jurisdiccional introduce la LOPJ, cuyo núcleo central afecta a los artículos 8 y 9, que aumentan las esferas de competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales del ramo.

IV. En su conjunto, la obra ofrece un contenido novedoso en muchos artículos respecto de la anterior edición. En realidad, el propio autor manifiesta que estamos ante «un nueva obra», lo que ocurre de manera obligada por diversas razones, entre ellas de forma destacada a causa de la reforma operada en la LRJ-PAC de 1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero y por la aparición de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, textos legales que sin duda

inciden de manera muy directa en el Contencioso administrativo, tanto en lo que afecta, respectivamente, a la fijación del momento en que, agotada la vía administrativa, queda abierta la procesal para obtener la tutela efectiva frente a las Administraciones públicas como en lo que se refiere a la aplicación supletoria de la LEC a nuestro orden jurisdiccional.

Los comentarios, artículo por artículo, son de la acostumbrada complitud y densidad en la obras de González Pérez. Pudieran citarse en este sentido una infinidad de ejemplos. Entresaco alguno que me ha parecido especialmente relevante. Es el caso del artículo 19, la legitimación en el proceso contencioso-administrativo, muestra paradigmática de lo que a veces se ha llamado «un pequeño libro dentro de otro libro», en que, en casi cien páginas, se tratan con especial minuciosidad todos los temas relativos al interés. Es el caso también del comentario al artículo 25 de la nueva Ley, referido a la materia impugnabile, en el que, a lo largo de más de cuarenta páginas, sobresale la descripción bien significativa de la progresiva extensión del ámbito de lo contencioso-administrativo y la ampliación de garantías ante las diversas situaciones litigiosas, provocadas ya por la Administración ya por los particulares, sin olvidar la esclarecedora síntesis sobre la teoría del acto administrativo y su tipología a efectos procesales. En igual sentido, los comentarios al artículo 28, con acumulación y tratamiento de abundantísima jurisprudencia sobre la enojosa cuestión de la inimpugnabilidad del acto confirmatorio. O el exhaustivo análisis de la pretensión procesal administrativa (artículos 31 y siguientes). O, ya dentro del proceso, el análisis de los plazos de interposición y su determinación, especialmente en los casos de silencio, o el estudio acabado de la prueba (artículos 60 y 61). Se trata de simples ejemplos, que en realidad habría que ampliar a otras muchas cuestiones (pienso en los artículos referentes a la sentencia y los recursos oponibles frente a ella) y lo mismo cabría decir de los comentarios a los artículos 129 y siguientes (medidas cautelares), tema bien querido y generosamente tratado por el autor, que bien podría decirse que constituyen, por su extensión y actualizada exhaustividad, ejemplo de otro libro contenido en uno más amplio y susceptible de autonomizarse de él.

No es, pues, exagerado afirmar que «desde ámbito jurisdiccional hasta las costas» estamos ante el más completo análisis, doctrinal y jurisprudencial, existente en nuestra bibliografía sobre la Ley Jurisdiccional. Un análisis hecho desde la, para González Pérez, irrenunciable perspectiva de la garantía, que sin duda, como él espera, ha de contribuir a «hacer más eficaz la tutela judicial frente a las Administraciones públicas».

V. En la Adenda ahora incorporada a la obra, se estudia, en medio centenar de páginas, la incidencia en el texto de 1998 de las referidas leyes 19/2003 (orgánica) y 62/2003: de la Ley 19/2003, la Disposición Transitoria 10ª (régimen transitorio de los procesos pendientes en las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia), los artículos 2 e) (responsabi-

lidad patrimonial de las Administraciones y contrato de seguros), 8 (nueva extensión de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo), 9 (competencia de los Juzgados Centrales), 21.1 (legitimación de las entidades aseguradoras; por relación con el artículo 2 e), 37 (pluralidad de recursos con idéntico objeto y tramitación de uno o varios con carácter preferente); y de la Ley 62/2003, los artículos 60 (carga de la prueba en los supuestos de discriminación), 78.1 (delimitación del objeto del procedimiento abreviado), 80.2 (apelación de autos de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y de los Juzgados Centrales en los supuestos de extensión de efectos de sentencia, de los artículos 110 y 111) y Disposición Adicional 7ª (conocimiento de las cuestiones que se promuevan entre la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. y sus empleados que conserven la condición de funcionarios).

VI. La obra contiene también un amplio apartado de «Formularios». Hasta 76 tipos de escritos se incluyen aquí, comprensivos, aún sin ánimo de exhaustividad, de los muy diversos trámites e incidentes del proceso contencioso-administrativo (en materias como conflictos jurisdiccionales, recusación, acumulación, procedimiento ordinario, terminación anormal del proceso, ejecución de sentencia, recursos, proceso especial de protección de los derechos fundamentales, cuestión de legalidad, medidas cautelares...) que resultan de indudable utilidad para la práctica forense. Siempre en el bien entendido juicio, claramente expresado por el autor, de que tales «fórmulas» no son ni deben ser en absoluto preceptivas, no constituyen un catálogo de formas solemnes e ineludibles, sino que cada operador jurídico, cada profesional, «debe tener su formulario, esto es, su propia manera de entender la forma en que deben manifestarse los actos».

**Pablo González Mariñas**

*Profesor titular de derecho administrativo  
Universidade de Santiago de Compostela*

## *Leyes, actos, sentencias y propiedad intelectual*

**C. Rogel Vide** (coord.)

Madrid: Fundación AISGE, Editorial Reus, EGAP, 2004

A propiedade intelectual é un tema de actualidade, froito do desenvolvemento dunha sociedade complexa e do auxe das chamadas novas tecnoloxías, que o certo é que cada vez van sendo menos novas. O mesmo aumento, duns anos a esta parte, da bibliografía sobre a propiedade intelectual é unha mostra do interese que esperta esta temática.

A Escola Galega de Administración Pública vén dende hai tempo prestándolle atención ao tema da propiedade intelectual, por medio da organización de diversas xornadas e cursos de formación. Froito dunha destas xornadas (Tui, 22-23 de setembro de 2003) é a publicación que agora comentamos. O tema tivo continuación en setembro de 2004 (*A duración da propiedade intelectual e as obras en dominio público*) e, segundo as nosas noticias, os relatorios destas xornadas tamén serán publicados.

A editorial Reus e a Fundación Aisge (Artistas Intérpretes Sociedad de Gestión) manteñen unha colección dedicada á propiedade intelectual, cun bo número de títulos no seu haber, ao que agora se vén sumar este en coedición coa EGAP.

Esta obra en «colaboración» (empregamos o termo preciso usado pola Lei de propiedade intelectual) está coordinada por C. Rogel Vide e recolle os traballos de diversos expertos no tema. O eixe central do libro é a relación da propiedade intelectual cun tipo concreto de textos: os emanados dos poderes do Estado baixo distintas formas (leis, actos administrativos e sentenzas principalmente, pero tamén os seus respectivos derivados: proxectos, acordos, deliberacións, etc.). Como di Bello Janeiro no prólogo, é unha obra pioneira que cobre un baleiro aberto ata agora. Estes textos non son obxecto de propiedade intelectual e entran expresamente no ámbito de exclusión do artigo 13 da vixente Lei de propiedade intelectual. Pero incluso unha exclusión tan tallante como esta, para un fino xurista e os autores desta obra o son, pode ter os seus matices. Entre eles, calibrar o alcance das restricións e falar de dereitos de autor restrinxidos.

Abre o libro o capítulo de C. Fernández Nóvoa (*Las obras oficiales*) citado como mestre por varios dos coautores. Nóvoa ve con perspicacia que o texto dunha disposición legal ou dunha sentenza por riba de todo é unha «obra», é dicir, unha creación intelectual. Polo mesmo, está en contra da tese de Rodríguez Tapia, que asegura que a protección destes textos oficiais non ten nada que ver coa propiedade intelectual. Nóvoa pensa que a ineludible necesidade de difundir estes textos xustifica, certamente, a exclusión de dereitos patrimoniais de autor, pero non do «dereito moral» do autor.

J.M. Otero Lastres (*Las leyes y sus recopilaciones y anotaciones como objeto de propiedad intelectual*) pregúntase pola razón de que as leis e demais disposicións legais sexan obras consideradas como «non protexibles» polo lexislador e súmase á corrente que fundamenta esta exclusión na presenza dun interese público na máxima difusión destes textos legais. É interesante o capítulo dedicado ás «recompilacións» de disposicións legais, cuxa estrutura particular está protexida pola propiedade intelectual, protección que non pode estenderse en ningún caso ás disposicións seleccionadas. É moi interesante tamén o capítulo dedicado ás «anotacións» e «comentarios» sobre leis e regulamentos. Como no caso das recompilacións, unha das peculiaridades da protección deste tipo de traballos é que a obra sobre a que se realiza, é dicir, a norma legal comentada, non é obxecto de propiedade intelectual.

J.M. de la Cuétara Martínez (*Debates parlamentarios y derechos de autor*) analiza o contexto da obra intelectual dos parlamentarios e, en concreto, a protección dos discursos e alocucións dos parlamentarios como concreción do dereito de autor do parlamentario. Establece un paralelismo entre os discursos dos parlamentarios e as explicacións de cátedra, que entran expresamente no ámbito da protección da propiedade intelectual. O feito de que os discursos estean recollidos no diario de sesións da cámara respectiva, non impide a protección destes como obxecto de propiedade intelectual.

J. Rodríguez-Zapata Pérez (*Actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, asuntos reservados y secretos oficiales*) fala non tanto

da «propiedade» dos textos dos distintos poderes públicos coma da súa publicidade ou segredo, no seu caso. Diferencia o dereito de acceso aos rexistros e documentos do «volcado» da información procedente destes. Interesante cuestión no que se refire aos datos baixo soporte electrónico.

J. de Oliveira Ascensão (*A reutilização de documentos do sector público*) trata sobre o acceso aos documentos producidos polas entidades públicas. Entende por «reutilización» o uso de documentos provenientes do sector público para fins diferentes do inicial de servizo público para o que foron producidos. O autor aquilata os suxeitos e obxectos desta «reutilización».

J. Cadarso Palau (*Escritos e informes forenses, sentencias y propiedad intelectual*) cualifica a propiedade intelectual como dereito de monopolio. Estuda as peculiaridades da protección dos escritos e informes forenses, o alcance desa protección e os seus límites. As sentenzas son inapropiables e quedan excluídas, explicitamente, como obxecto de propiedade intelectual, aínda que ao seu xuízo deberían ter a consideración de bens accesibles ao común dos cidadáns. Observa con perspicacia que unha cousa é que as sentenzas sexan públicas e outra que calquera cidadán poida acceder libremente a elas. O autor conclúe con que o feito de que as sentenzas queden fóra do ámbito da propiedade intelectual, non significa que estean ao alcance de todos os cidadáns, «pese a la Constitución».

A. Jorge Barreiro (*El artículo 13 de la Ley de Propiedad intelectual y los delitos relativos a la propiedad intelectual en el Código penal de 1995*) estuda os delitos sobre a propiedade intelectual no vixente Código penal e fai unha reflexión sobre os límites deste respecto da protección da propiedade intelectual. Estuda o ben xurídico protexido e o obxecto material do delito. Di que tras a entrada en vigor do Código penal de 1995 pódese considerar que este tipo de delitos son delitos patrimoniais, pois na lexislación predomina unha «perspectiva patrimonial» da propiedade intelectual. Fala do plaxio como o atentado máis grave contra a propiedade intelectual. Trata tamén sobre a individualización da responsabilidade penal nos delitos contra a propiedade intelectual. É interesante a reflexión de que nun futuro adquirirán especial protagonismo as persoas xurídicas «respecto de la creación de riesgos jurídicopenalmente relevantes para los bienes jurídicos protegidos», o cal leva á necesidade de desenvolver novas estruturas de imputación no ámbito da propiedade intelectual.

C. Conde-Pumpido Tourón (*Violación de secretos*) analiza a exclusión do ámbito da protección da propiedade intelectual dos textos que emanan dos tres poderes do Estado. Suscita a interesante cuestión da procedencia ou non das citas nas sentenzas. Conclúe con que as citas non son legalmente procedentes nin tampouco necesarias. Ao seu xuízo tampouco son convenientes «porque suplantán la motivación razonada por el argumento de autoridad». Examina o segredo de sumario e a súa protección e os ilícitos resultantes da vulneración do carácter reservado de deliberacións, actos ou informes. Este é un tema de grande actualidade, sobre todo, no referente ao uso indebido do segredo e da

información privilexiada. Pensa o autor que non é fácil precisar o límite entre o dereito dos cidadáns a ser informados e o deber de reserva dos funcionarios. Serán en todo caso os tribunais os que determinen eses límites.

\*\*\*\*\*

E xa é hora de facer un balance global da obra. Estamos ante un traballo pioneiro e relevante, feito por autores que son especialistas na materia e que toca un tema complexo que afecta, ás veces, a dereitos fundamentais. É certo que o libro ten as carencias habituais das obras feitas por varios autores (falta un índice de materias, un apartado bibliográfico global, etc., etc.), pero, en todo caso, son carencias menores que non inflúen no resultado final que é francamente positivo. Tampouco obstaculiza este resultado o feito de que a maioría dos autores cando falan dos antecedentes históricos non pasan da Lei de propiedade intelectual de 1879 e do seu regulamento de 1880, textos ambos os dous do tempo de Cánovas. Pero a venerable Lei de 1879, vixente nin máis nin menos que ata 1987, tivo antecedentes como a Lei de propiedade literaria e artística de 1847, ou a Lei sobre propiedade de obras literarias de 1823, cunha vixencia duns poucos meses, por non citar outros textos menores, como o Decreto do 10 de xuño de 1813 das Cortes de Cádiz. Poderíase eliminar tamén o ton profesoral que ten algún dos traballos, de conferencia máis ca dun artigo, froito da súa orixe como relatorio oral. A oralidade ten unha dinámica distinta da escrita, e mais nun traballo científico. Pero todo isto dicimos que non obstrúe a valoración final desta obra. Estamos ante un traballo importante que será citado polos que tratan o tema da propiedade intelectual. Estamos tamén ante unha obra reveladora, é dicir, que interpreta non só o presente, senón, o que é máis importante, suxire por onde vai ir o futuro.

**Xosé Luís Mínguez Goyanes**

## *Los actos de gobierno. Un estudio sobre su naturaleza y régimen jurídico aplicado al ordenamiento peruano*

**Víctor Sebastián Baca Oneto**

Universidade de Piura, Lima, 2003, 195 páxs.

○ presente libro constitúe o traballo de investigación que, en marzo de 2001, presentou, na Facultade de Dereito da Universidade de Valladolid, para conseguir a suficiencia investigadora, Víctor Sebastián Baca Oneto, profesor de dereito administrativo na Facultade de Dereito da Universidade de Piura (Perú).

Nesta obra V. S. Baca leva a cabo unha detallada análise da evolución lexislativa e doutrinal dos denominados *actos políticos* ou *actos de goberno*. O obxectivo que o autor, dende o punto de vista do dereito peruano, persegue con este estudo é dobre. En primeiro lugar, pretende establecer se os actos políticos poden constituír unha categoría xurídica autónoma, é dicir, trata de dilucidar se son algo diferente dos actos administrativos (radicando, esencialmente, tal diferenza, en que, na medida en que estes actos constitúen a concreción positiva dun ámbito de decisión e actuación de natureza política do Goberno están exentos de control xudicial); e, en segundo lugar, intenta determinar se, no caso de existir, a devandita categoría ten cabida nos ordenamentos xurídico-administrativos modernos.

Co propósito de acadar estes fins, a monografía de V. S. Baca estrúcturase en catro capítulos: no primeiro, o autor aborda a evolución da cuestión dos actos políticos no Ordenamento xurídico español; no segundo, estuda o tratamento que aos actos políticos se lles deu e se lles dá no dereito francés; no terceiro,



realiza, á luz das conclusións extraídas tanto do estudo do dereito español como do dereito francés, unha construción (cun aquel revelador, o autor fala de desconstrución) teórica propia do réxime xurídico aplicable aos actos políticos; e, finalmente, no cuarto, traslada a devandita construción ao vixente Ordenamento peruano.

O primeiro capítulo dedicado, como se acaba de sinalar, ao exame da cuestión dos actos de goberno en España, iníciase cun percorrido pola historia normativa dos actos políticos no noso Ordenamento xurídico. Nel, o autor analiza todos os textos lexislativos españois relacionados co tema dos actos de goberno, dende a Lei santamaría de paredes, orixe desta categoría no dereito administrativo español, pasando pola Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1956, a Constitución de 1978, a Lei de organización e funcionamento da administración xeral do Estado, ata chegar á Lei da xurisdición contencioso-administrativa de 1998, a cal, expresamente, nega a existencia dunha categoría de actos de goberno excluídos de control xudicial. A continuación, V. S. Baca dá conta das diversas posicións que existiron na doutrina española sobre a necesidade e posibilidade de configurar os actos políticos como unha categoría xurídica independente. Estuda o autor, en primeiro lugar, as teorías que defenderon a existencia da categoría xurídica autónoma dos actos de goberno, e, en segundo lugar, analiza as teses que a negan. Dentro do primeiro grupo, destacan as achegas de autores como Porras Nadales e Garrido Cuenca que propugnan que os actos políticos constitúen unha categoría xurídica autónoma, argumentando: en primeiro lugar, que existe unha clara distinción entre Goberno e Administración, que ten incluso recoñecemento na nosa Constitución de 1978 de onde emana unha diferente lexitimación para ambos os aparatos; e, en segundo lugar, que ao Goberno lle corresponde unha función de dirección política que implica unha capacidade de orientación para acadar obxectivos políticos, suxeita tan só ao disposto na Constitución; función que se contrapón claramente á actividade administrativa, a cal, con sometemento á lei, pretende acadar de maneira obxectiva e imparcial a completa satisfacción do interese xeral. Pola súa parte, dentro do sector que nega a existencia e a oportunidade de crear unha categoría xurídica autónoma para os actos políticos, V. S. Baca destaca as achegas de Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández e José Luis Carro Fernández-Valmayor, entre outros. Para estes autores, o Goberno é Administración pública e, en consecuencia, os actos que leva a cabo, en canto órgano director desta, son actos administrativos. Na súa opinión, o réxime xurídico dos actos a través dos cales o Goberno exercita a función de dirección política é idéntico ao dos actos discrecionais da Administración. Precisa o autor que este sector da doutrina, se ben recoñece a imposibilidade de impugnar certos actos gobernamentais (en concreto, tanto os actos do Goberno de relación con outros poderes do Estado, como determinados actos que o Goberno leva a cabo no marco das relacións internacionais), non xustifica tal imposibilidade baseándose na existencia dunha categoría xurídica especial, senón, por exemplo, en argu-

mentos como que os devanditos actos, que denomina constitucionais, carecen de efectos xurídicos sobre os particulares.

No segundo capítulo da obra, titulado «Una nota (necesariamente incompleta e insuficiente) sobre los actos de gobierno en el Derecho francés», V. S. Baca realiza unha aproximación á situación actual da cuestión na doutrina gala, na que pon de relevo a presenza dunha gran diversidade de puntos de vista sobre a pervivencia desta categoría. Por unha parte, sinala o autor, hai quen defende a súa subsistencia; estes investigadores apoian a súa posición en que é posible individualizar unha función de goberno distinta da función administrativa; para levar a cabo a distinción entre ambas as dúas recorren, ben á especial relevancia dos asuntos vinculados á función de goberno, de modo que esta englobaría todos aqueles actos de impulso e dirección política, ben ao argumento de que o acto de goberno constitúe a execución da Constitución, mentres que os actos administrativos constitúen execución da Lei (Carré de Malberg, Capitant, Burdeau y Benoit). Por outra parte, expón V. S. Baca, existe un amplo sector da doutrina que nega a existencia da categoría dos actos políticos, aínda que moitos dos autores que o integran recoñecen que certos actos do goberno están excluídos de control xurisdiccional, feito que xustifican sobre a base de moí diversos argumentos (Duguit, Berthélemy, Duez). Como conclusión deste estudo da doutrina francesa, V. S. Baca afirma que, incluso no dereito francés, cuxa xurisprudencia foi o berce da dogmática do acto político, existe unha clara situación de declive do recoñecemento da existencia desta categoría xurídica.

No terceiro capítulo, baixo o título «Un intento de (des)construcción personal», V. S. Baca, aliñándose co sector doutrinal encabezado polo profesor García de Enterría, defende a ausencia de xustificación do mantemento dunha categoría xurídica autónoma dos actos políticos. En consecuencia, rebate todos e cada un dos alicerces dogmáticos, que, como expuxo no capítulo I, sosteñen a construción doutrinal desta figura. Neste sentido, V. S. Baca entende que non existe unha actividade de goberno autónoma, expresión da función de dirección política, cun réxime xurídico propio. Non obstante, afirma que é indubidable que existe unha función de goberno, cuxo contido consiste na dirección da política interior e exterior, aínda que esta ou ben se manifesta xuridicamente a través do exercicio das funcións administrativa e lexislativa, ou ben, simplemente, en ocasións, non se manifesta xuridicamente (é o caso, por exemplo, dos actos de mero impulso). En consecuencia, na súa opinión, de acordo co réxime xurídico que lles é aplicable, os actos de dirección política do Goberno pódense agrupar en dous conxuntos: os actos impugnables e os actos inimpugnables. Segundo V. S. Baca, en primeiro lugar, certos actos non son recorribles, en principio, ante ningún tribunal, debido a que carecen de efectos xurídicos *ad extra*, isto é así porque, como non afectan a dereitos subxectivos ou intereses lexítimos, non existen suxeitos lexitimados para impugnalos, e, en consecuencia, non se pode promover un proceso que verse sobre a súa legalidade ou constitucionalidade, como exemplo deste tipo de actos inimpugnables o autor estuda, entre outros,

a presentación de iniciativas lexislativas. En segundo lugar, sinala V. S. Baca que existe un amplo grupo de actos do Goberno que son impugnables sexa ante a xurisdición constitucional (por exemplo, os decretos-leis e os decretos lexislativos), sexa ante a xurisdición contencioso-administrativa (actos que lesionan dereitos subxectivos ou intereses lexítimos), en concreto, nesta última os devanditos actos son axuizados de acordo coas regras de impugnación dos actos administrativos discrecionais. En definitiva, segundo V. S. Baca, a categoría dos actos políticos, en canto categoría xurídica autónoma, «[...] no goza de salud alguna, [está] jurídicamente suprimida, aunque sin embargo, por motivos dogmáticos, se pretende mantener artificialmente con vida».

No cuarto, e derradeiro, capítulo desta obra V. S. Baca analiza o Ordenamento xurídico peruano co obxectivo de determinar se nel os actos políticos constitúen unha categoría xurídica autónoma. Con esta finalidade tras expor a distinción subxectiva entre Goberno e Administración no dereito peruano e no réxime xurídico xeral dos actos do Goberno do devandito Estado, examina a disciplina particular dalgúns tipos de actos que, noutros ordenamentos, se consideraron casos típicos de actos políticos (as iniciativas lexislativas, graza e indulto, etc.). En consonancia coas súas reflexións anteriores, a conclusión de V. S. Baca é categórica, na súa opinión, no vixente ordenamento do Perú non existen os actos políticos como unha categoría xurídica autónoma.

En definitiva, para finalizar esta breve recensión, cómpre sinalar que ao ler a obra de V. S. Baca Oneto o primeiro que se aprecia é o grande esforzo investigador que supuxo a súa elaboración. Ademais, non se pode deixar de destacar que se trata, sen dúbida, dun libro interesante, de recomendable lectura, que leva a cabo unha exposición sistemática da problemática que aborda e unha brillante transposición ao Ordenamento peruano da desconstrución (permítaseme usar o termo proposto polo autor) dogmática da figura dos actos políticos.

**Marcos Almeida Cerredá**

*Área de dereito administrativo  
Universidade de Santiago de Compostela*

## *Eficacia de las prohibiciones de disponer. Causa y derechos de terceros*

**Xavier Cecchini Rosell**

Editorial Thomson Aranzadi, 2003

Seguindo ao autor, a figura das denominadas prohibicións de dispor presentaron sempre certas singularidades. Xa eran tratadas con receo no dereito romano, xa que non admitía a súa validez a non ser que estivesen constituídas para beneficiar a algunha persoa en concreto, isto é, que tiveran un interese tutelable xuridicamente. Como sabemos, foron reguladas substantivamente polas Sete Partidas (5, 5, 44) nas que se especificaba concretamente que non terían validez se non gozaban de «razón guisada», é dicir, dunha causa xustificativa de tan radicais efectos reais.

Chegados ao Código civil, prodúcese un feito inesperado como é a ausencia de regulación da figura, polo menos de forma directa, ao se poder deducir a admisibilidade dalgúns preceptos destinados á regulación das substitucións fideicomisarias. A dita lagoa foi suplida parcialmente polas resolucións da Dirección Xeral dos Rexistros e pola xurisprudencia do Tribunal Supremo ata que se engadiron os artigos 26 e 27 na reforma da Lei hipotecaria de 1944-1946, onde se recollen os efectos reais e a accesibilidade ao Rexistro da propiedade de determinadas prohibicións de dispor.

Con todo, non se pode pretender ver na regulación contida actualmente na lei hipotecaria un réxime completo das prohibicións de dispor, xa que a propia exposición de motivos da LH establecía que «su reglamentación adolecerá de incompleta mientras la legislación civil omita el conveniente desarrollo».

A causa pola que non se regularon especificamente as prohibicións de dispor no Código civil non parece que obedeza a un descoido do codificador<sup>1</sup>. Estas estaban reguladas nas partidas e o propio código recolle, na regulación dun instituto moi próximo, as prohibicións de dispor, como poden ser as substitucións fideicomisarias.

Examinada a falta de trato substantivo no código, débese proceder ao exame da situación actual das prohibicións de dispor e á súa utilidade real. As prohibicións de dispor expóñense, por parte da doutrina, como un corpo estraño que permite diminuír unha das facultades máis prezadas do titular dun dereito subxectivo; no noso caso dun dereito real: a facultade de disposición deste. Por este motivo, no momento de proceder á súa clasificación, dise que forman parte das denominadas limitacións do dominio, sen que constitúan auténticos dereitos reais, xa que as prohibicións denominadas «puras» non lle atribúen ningún dereito a ningún suxeito favorecido<sup>2</sup>, senón que, simplemente e por acto unilateral do titular do dereito, se restrinxen ou se diminúen o poder de disposición<sup>3</sup>.

Non obstante, esa redución admitiuse con base na súa temporalidade. No momento da publicación do Código civil produciuse a pugna entre dous elementos xuridicamente relevantes. Por un lado, a tradición familiar, nalgunhas rexións máis ca noutras, en canto á vontade de fomentar a continuidade da casa familiar, baseada, primordialmente, nos recursos agrarios, primordiais para o sustento das familias; e, por outro lado, os principios liberais nados da Revolución francesa, que, se ben chegaban algo desgastados aos codificadores peninsulares, tiñan a súa forza derivada das leis desamortizadoras e desvinculadoras da propiedade ditadas a mediados do século XIX<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> García Pastor: «Comentario a la RDGRN de 22 de febrero de 1989», *RDCL* núm. 599, 1990, páx. 276: «Yo más bien me inclino a pensar lo contrario: la intención del codificador fue el no regular la institución. En plena época antifeudalista parece absurdo entender que con la omisión se pretendiera dar mayor juego a una institución que facilita la vinculación y la amortización de la propiedad inmueble, prescindiendo de los requisitos que en la misma época feudal limitaban sus efectos. Más lógico es pensar que el legislador pretendió ignorar la prohibición de disponer y, en todo caso y únicamente, impedir que a través de ella se violara el límite que establece el art. 781 del Código».

<sup>2</sup> As prohibicións de dispor indirectas ou reflectidas son aquelas que se conteñen noutra institución xurídica, como pode suceder co modo, segundo algunha doutrina, ou coas substitucións fideicomisarias.

<sup>3</sup> A resolución da DXRN do 20 de decembro de 1929 sinala que as prohibicións de dispor non son verdadeiros dereitos reais cuxa inscrición prexudique aos terceiros adquirentes, senón que só son restricións impostas que limitan as facultades dispositivas dun dereito por parte do seu titular, sen atribución dun correlativo dereito a outras persoas.

<sup>4</sup> A limitación temporal, dado que no dereito romano se admitían as prohibicións perpetuas, foi introducida polo Decreto do 28 de abril de 1789 e Real Cédula do Consello do 14 de maio de 1789 que establecía que non se podía «prohibir perpetuamente la enajenación de bienes raíces o estables por medios directos o indirectos sin preceder licencia mía». Posteriormente foron desenvolvidas polas leis desamortizadoras e desvinculadoras.

Por isto, a admisión das prohibicións de dispor xustifícase a través da súa limitación temporal, expresada no artigo 781 do Código civil. Esta admisión, con todo, esqueceu un elemento realmente importante para a súa admisión: a xusta causa ou o interese lexítimo. Como xa se apuntou, esixíano as Partidas, tamén no artigo 117 da Compilación de dereito civil de Cataluña, na súa anterior regulación, que desgrazadamente foi esquecida na actual regulación realizada polo artigo 166 do Código de Sucesión por causa de morte no dereito civil de Cataluña (Lei 40/1991, do 30 de decembro).

Apuntado todo isto, debe analizarse o obxectivo que pretende acadar o autor con este traballo. En primeiro lugar, realizar un exame do distinto réxime xurídico existente entre as prohibicións de dispor contidas en actos a título gratuito e as contidas en actos onerosos. E, en segundo lugar, examinar as resolucións da DXRN máis recentes e a problemática e inseguridade xurídica sobre se se deben admitir as anotacións preventivas de embargo sobre fincas suxeitas a unha prohibición de dispor e se as ditas anotacións poden levar ao definitivo embargo da finca e adxudicación desta en pública poxa, coa extinción ou non do gravame constituído pola prohibición de dispor.

A modo de conclusión e seguindo a don Xavier Cecchini Rosell apuntaremos:

1. As prohibicións de dispor constitúen uns gravames que afectan ao dereito subxectivo coa particularidade de que, se ben prívan da facultade de dispor sobre determinado ben ao seu propietario, non lle atribúen esta facultade nin ningún dereito subxectivo a outro suxeito. Polo tanto, a particularidade da súa natureza xurídica radica en que non son dereitos reais limitados, senón gravames que limitan o dereito de propiedade.
2. A admisibilidade das prohibicións de dispor que consten en actos a título gratuito no Rexistro da propiedade non nos pode facer crer que aquelas prohibicións plasmadas en actos a título oneroso se converten en meras obrigas de non dispor. Unha cousa é a eficacia que as partes lle quixeron dar ao acto, eficacia real ou obrigacional, e outra é que a lei admita a inscrición de determinados actos e impida a doutros.
3. Os actos dispositivos realizados polo suxeito gravado cunha prohibición de dispor validamente constituída son ineficaces no momento en que provocan o tránsito do dereito real, pero son plenamente válidos. Non comparte o autor a opinión desa parte da doutrina que sinala que os ditos actos son nulos de pleno dereito, cunha aplicación desviada da doutrina dos artigos 1.160 e 1.259 do Código civil.
4. O núcleo básico respecto da admisibilidade das prohibicións de dispor está en que cumpran cun interese digno de tutela. Estas, como se sabe, diminúenlle a facultade de disposición ao titular dun dereito sen llo atribuír a ningún, sen constituír ningún dereito real limitado. Esta construción é atípica, polo que a súa interpretación deberá ser sempre restritiva. Isto implicará a necesidade de que se examine minuciosamente o cumprimento dos requisitos de temporalidade e do interese lexítimo.

5. Por esta razón de cumprimento do interese lexítimo, deixan de estar xustificadas, hoxe en día, as normas que impidan o acceso ao Rexistro da propiedade das prohibicións contidas nos actos a título oneroso.

6. As causas extintivas das prohibicións de dispor serán as previstas no acto constitutivo, así como outras que podemos denominar atípicas ou non previstas consistentes na sobrevida falta de interese digno de tutela xurídica que as sustentaba. Como pode suceder co estado de necesidade no que se atope o suxeito gravado, porque cabe pensar que a imposición dunha prohibición de dispor non se pode tutelar se a súa única finalidade era a de prexudicar o adquirente.

7. As prohibicións de dispor con eficacia real, isto é, inscritas no Rexistro da propiedade, impedirán as posibilidades da venda forzosa dos bens por débedas do suxeito gravado. Os acredores do suxeito gravado tiveron coñecemento, no momento de contratar co suxeito gravado, da realidade xurídica do patrimonio deste.

8. Para admitir a usucapión dunha finca suxeita a prohibición de dispor, como libre, requírese o cumprimento de todos os requisitos sinalados polo código, e, en especial, a posesión. Sabemos que só son usucapibles os dereitos reais, non as facultades, e dentro destes os que sexan posuíbles. Por isto, existe un importante inconvinte para a admisión da usucapión nas prohibicións de dispor, xa que non son dereitos nin gravames posuíbles.

Estamos diante dun traballo importante e necesario que cobre un baleiro que existía ata o de agora, polo que o labor do autor case se pode cualificar de pioneiro. Non é fácil xulgar unha obra deste tipo nunhas poucas liñas, pero doume por satisfeito se se contribúe a unha maior difusión desta.

**Xosé Antón Barreiro Pereira**

*Avogado*

## *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*

**Miguel Abel Souto**

Universidade de Santiago de Compostela e Servizo de Publicacións e Intercambio Científico, 2002. 332 páxs.

A monografía do profesor Abel Souto ten como obxectivo analizar e pór de manifesto que a actual situación do branqueo de diñeiro require unha resposta internacional, precisamente polo carácter eminentemente mundializado que adquiriu a institución obxecto de estudo.

É unha obra que albisca a ampla formación académica do autor, aspectos que aparecen moito máis subliñados se temos en conta que a dita obra non é senón unha reelaboración e reaxuste do que foi, e é, un traballo de formación doutoral que pola propia natureza deste é moito máis extenso no que a referencias bibliográficas e grao de detalle se refire. Esta situación, como dicimos é fundamental á hora de achegármonos a esta monografía polo que de detalles puntuais e precisións presenta, é dicir, que non consegue baixar do todo da excesiva altitude tanto terminolóxica coma detallística, sobre todo no que se refire a notas bibliográficas; situación que, por outro lado, é de agradecer e garante o rigor da monografía.

A obra preséntasenos no formato habitual das publicacións da universidade galega e responde á monografía número 209 do servizo de publicacións mencionado. Este formato habitual presenta pasta semidura en tamaño de 21 centímetros por 15 centímetros. Pode presentar certos problemas a súa localización nas librarías habituais por problemas de distribución, aínda que en ningún caso é unha obra de imposible adquisición.



Iníciase a obra cun prólogo do profesor José Manuel Lorenzo Salgado, cate-drático da Universidade de Santiago de Compostela que se limita a mencionar o seu carácter de director de tese do autor do libro e a ir analizando capítulo a capítulo os contidos máis destacados de cada un deles.

O libro divídese en oito capítulos, dos cales seis non son senón os seis avan-ces xigantescos que os organismos supraestatais realizaron a prol da prevención e evitación do fracaso das iniciativas estatais que intentaban ser unha resposta ao branqueo de diñeiro e á súa internacionalización. En definitiva, o libro estrúturase do seguinte xeito:

1. Cuestión terminolóxica.
2. Dimensión internacional do branqueo.
3. A recomendación do Comité de ministros do Consello de Europa.
4. A Declaración de Principios de Basilea.
5. A Convención das Nacións Unidas de 1998.
6. As recomendacións do Grupo de Acción Financeira.
7. A Convención de Estrasburgo de 1990.
8. A Directiva das comunidades europeas de 1991.

O primeiro bloque referido á cuestión terminolóxica céntrase na idoneidade ou non do termo «branqueo de diñeiro», mencionando ademais infinidade de posibilidades e outras acepcións que recibiu o tipo tanto ao longo da súa historia coma nos diferentes países e desde un punto de vista comparado. É un blo-que onde as referencias e notas bibliográficas son exhaustivas, así como a enumeración de autores e termos posibles. Comeza asegurando a evidencia de que no noso Código penal non se denomina «branqueo de diñeiro» as condutas reguladas nos artigos 301 e ss., con todo, como dicimos, si asegura a necesi-dade de adaptar a dita expresión á nosa linguaxe xurídica; di o profesor Abel Souto «que tropos como *blanqueo* ha abandonado los barrios marginales, los ca-nales parabancarios y la jerga de los sectores financieros (...) y aunque hubiese sido nuestro deseo rendir un humilde tributo a la técnica jurídica y a la preci-sión terminológica, no nos queda más remedio que sucumbir ante la fuerza de los acontecimientos y la falta de un *nomen iuris* mejor (...) acoger el término blanqueo de dinero».

O segundo bloque trata xa esa internacionalización do feito tratado na obra e a súa situación irremediamente transnacional que unicamente poderá ser solucionada con respostas transnacionais. Frente ao dereito penal clásico, que ten como centro neuráxico tipos como o homicidio ou a subtracción de bens; afirma que o dereito penal da globalización ten por paradigma o delito econó-mico organizado, e o seu centro xa non é o infractor único senón as relacións interpersonais, a criminalidade dos poderosos e a macrocriminalidade. Como so-lución establécese unha vía intermedia como é o dereito de intervención que se atopa entre o que sería o dereito penal e o dereito administrativo sancionador. Sen esquecer que co tempo será inevitable aplicar o núcleo duro do sistema pu-

nitivo convencional. En definitiva, que o dereito do branqueo de diñeiro constitúe un fenómeno global que só pode ser eficazmente combatido a través dunha resposta igualmente global.

Os capítulos tres e catro son eminentemente descritivos e afectan ao que sería a resolución adoptada en 1980 polo Consello de Europa e o da Declaración de principios de Basilea de 1988. Son, digamos, capítulos de transición cara ao que xa será unha das claves de arco do traballo e que é a Convención de Nacións Unidas de 1988.

Ocupa a dita convención o capítulo V. É, sen ningunha dúbida, o primeiro instrumento que establece a obriga de introducir nos dereitos internos a tipificación penal de accións relativas ao branqueo. Polo tanto, o maior esforzo do autor céntrase precisamente na análise do que sería o tipo internacional de branqueo. O profesor Abel subliña a tremenda escuridade e indeterminación coa que a maioría das condutas tipificables aparecen aquí relacionadas. Establece, como principal característica a destacar desta norma, que, grazas a esta, as posteriores lexislacións nacionais se viron tremendamente influenciadas e seguiron en numerosas ocasións como faro de guía ao longo do sempre complicado exercicio de legislar en materia penal practicamente *ex novo*. Critica, tamén, as interpretacións que non lle parecen axustadas ao disposto na convención.

O seguinte capítulo do libro céntrase nas recomendacións do Grupo de Acción Financeira. Son sobre corenta recomendacións as do informe de 1990 (das cales evidentemente só nos interesan as relacionadas co ámbito penal). Ten como principal feito sobresaínte a petición reiterada de que os países inclúan como tipo delituoso o branqueo de diñeiro que describe e desenvolve a convención tratada no capítulo anterior. Pero a pesar da incorporación que fan numerosos países non o podemos entender como un éxito total (a pesar de que moitos destes países non pertencen ao grupo) xa que, na inmensa maioría destes casos, atopámonos ante unha incorrecta aplicación que fan certos países da normativa adoptada. Ademais, outro defecto desta suposta transcripción ao dereito interno dos países é as lagoas e baleiros que son máis que evidentes. Como aspecto máis destacable e positivo subliñamos a extensión do tipo xa non só ao que serían delitos de drogas, senón que aplicándollo tamén aos demais delitos graves. Cualifica a este Grupo de Acción Financeira como o órgano internacional máis autorizado para a formación de políticas contra o branqueo; así como o creador dunha política uniforme converténdose nunha ferramenta inxeniosa. Con todo, establécense importantes zonas xeográficas dignas de ulterior esforzo e guía, pois, a protección mundial do branqueo parece máis á pel dun leopardo con manchas de boa normativa e aplicación e espazos de impunidade.

O penúltimo capítulo céntrase no Convenio de Estrasburgo que é consecuencia das necesidades formuladas insistentemente no Consello de Europa e que agora, en 1990, se fan efectivas. Son aspectos indiscutiblemente positivos deste convenio a súa maior precisión fronte á convención de Viena de

1988; a súa máis adecuada especificación do modelo mínimo obrigatorio que fixa para as partes e, tamén, o máis amplo alcance dos seus efectos. Tamén se menciona a tardanza excesiva que supuxo a súa entrada en vigor polos evidentes retrasos que implicaron as ratificacións dos diferentes países. Caso especialmente sangrante é o español que tardou case oito anos e tivo que agardar ao cambio de goberno de 1997 para acelerar realmente a dita ratificación. O convenio conseguira xa as suficientes ratificacións en 1993. O autor céntrase intensivamente nunha análise da estrutura do convenio deténdose especialmente nos trazos chave concernentes aos feitos previos (constituídos por todo delito que xere un proveito económico), ao branqueo de bens substitutivos e aos comportamentos típicos. E, tamén, provoca importantes problemas que o dito convenio lle permita ás partes escoller, a través da correspondente reserva, os delitos base. Deste xeito, véñense permitindo solucións diferentes segundo cada país contradicindo así, evidentemente, o espírito uniformizador do convenio para conseguir unha eficaz cooperación internacional neste terreo, que unicamente se pode conseguir a través desa uniformización entre os ordenamentos internos e locais.

Outros aspectos que recolle son os relativos á admisión da proba indiciaria e a incriminación do branqueo cando o descoñecemento da orixe delituosa do ben sexa debido a negligencia.

O último capítulo da monografía dedícallo o autor ao exame da Directiva das comunidades europeas do 10 de xuño de 1991, onde o carácter administrativo sobresa fronte ao carácter penal. É bastante intensa a crítica e as reflexións que provocan a ausencia no espazo comunitario dun auténtico *ius puniendi* comunitario; con multitude de perspectivas e solucións para o futuro máis inmediato así como o pór de relevo a sentida necesidade dunha directiva tendente a potenciar a loita contra o branqueo baseada na coordinación continua e na harmonización das normas nacionais de desenvolvemento. O artigo 2 da directiva límitase tan só a sinalar que o branqueo está prohibido (a modo de recordatorio do deber de incriminalo). Esta case esixencia tan ambigua serviu, con todo, para que todos os países da hoxe Unión Europea tipificasen o branqueo. Este capítulo non deixa á marxe interesantes aspectos como poden ser o obxecto material do delito, as condutas de branqueo, a proba indiciaria, o branqueo imprudente ou o alcance extraterritorial da definición do branqueo. Esta directiva supuxo a posibilidade de pórle fin ao tremendo problema da lagoa comunitaria neste aspecto. Significou, tamén, un importante impulso no que sería a posterior modificación da lexislación administrativa contra o branqueo en todos os países da Unión.

Para rematar esta recensión sería convinte resaltar novamente aspectos tan subliñables como a profunda análise bibliográfica da obra, ou, o que é o mesmo, a súa exhaustiva documentación que é, sen ningunha dúbida, tributaria dun espeso fondo e preparación do seu autor. Ademais a súa fresca narrativa permite avanzar ao longo da obra sen maiores complicacións, producindo un perfecto

contrapeso entre o que sería esa forte documentación e esa dicción levadeira e agradecida. Quizais o único defecto para un lector non do todo preparado sexa precisamente esa abafadora bibliografía e referencias continuas, que, con todo, son á súa vez as que dotan a monografía do rigor sempre esixible.

**Borja Verea Fraiz**

*Bolseiro da EGAP*





## NORMAS PARA A PRESENTACIÓN DE ORIXINAIS

1. Os traballos serán orixinais, non publicados nin total nin parcialmente, nin enviados a outros medios de publicación.
2. Presentaranse en follas DIN-A4 mecanografiadas a dobre espazo nunha soa cara e numeradas, e incluírán, de ser o caso, e como máximo, 15 gráficos ou táboas.
3. As ilustracións serán numeradas segundo a súa orde de aparición no texto, co seu listado e lenda ou pé en folia á parte.
4. O título do traballo será breve (como máximo oito palabras) e poderáselle engadir un subtítulo. Non conterà abreviaturas nin notas.
5. Inclúiranse co título do artigo catro ou cinco descritores a través dos que se poida clasificar o artigo.
6. Baixo o título colocárase o nome do autor ou autores, e incluírase ao 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 ao 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 ao final do manuscrito en folia á parte.
11. As referencias bibliográficas (e soamente as citadas no texto e nas notas) situarase ao 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. Achegarase 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 todos os efectos.
15. Os autores comprométese a corrixir as 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.





XUNTA DE GALICIA  
CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA,  
RELACIÓNS INSTITUCIONAIS  
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



XACOBEO 2004  
Galicia

