

Revista Galega de Administración Pública



REGAP

Nº 1

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (REGAP)

Director:

Xaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Director da EGAP*

Secretaría Técnica:

Constantino Alvarellos Galve, *Letrado da Xunta de Galicia*
Jorge E. Fábregas Galán, *Licenciado en Dereito*

Consello:

Juan José Bértolo Cadenas, *Director Xeral de Xustiza e Relacións coas Corporacións Locais*
Belarmino Calaza Ramudo, *Secretario de Administración Local*
Juan Luís Castro Somoza, *Avogado do Estado*
José Ramón Cólera Leirado, *Letrado Maior do Parlamento de Galicia*
Andrés Faíña Medín, *Catedrático de Economía Aplicada da Universidade da Coruña*
Francisco Fernández Segado, *Catedrático de Dereito Constitucional da Universidade de Santiago*
José Antonio García Caridad, *Presidente da Academia Galega de Xurisprudencia e Lexislación*
Eloy García López, *Catedrático de Dereito Constitucional da Universidade de Vigo*
Ramón García-Malvar y Mariño, *Fiscal Xefe do Tribunal Superior de Xusticia de Galicia*
Julio Gómez Fernández, *Secretario de Administración Local*
José M^a Gómez y Díaz-Castroverde, *Maxistrado do Tribunal Superior de Xusticia de Galicia*
Pablo González Mariñas, *Profesor Titular de Dereito Administrativo da Universidade de Santiago*
Carlos Hernández López, *Técnico de Administración Local*
Jesús Martínez Girón, *Catedrático de Dereito do Traballo da Universidade da Coruña*
Carlos Otero Díaz, *Presidente do Consello de Contas de Galicia*
Juan Ramón Quintás Seoane, *Catedrático de Economía Aplicada da Universidade da Coruña*
Luís Rodríguez-Ennes, *Decano da Facultade de Dereito de Ourense*
José Carlos Salas Costas, *Funcionario da Consellería de Sanidade*
Francisco José Serna Gómez, *Director Xeral da Asesoría Xurídica da Xunta de Galicia*
José Ramón Vázquez Sandes, *Presidente do Tribunal Superior de Xusticia de Galicia*
José Vilas Nogueira, *Decano da Facultade de Ciencias Políticas e Sociais de Santiago*
Perfecto Yebra Martul-Ortega, *Catedrático de Dereito Financeiro da Universidade de Santiago*

REGAP: Revista Galega de Administración Pública. Nº 1 (1992)
Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1992
_ _ _ v.; 24 cm.
ISSN: 1131-7183
Depósito legal: C. 1596-1991



A Escola Galega de Administración Pública non se identifica necesariamente cos xuízos dos autores desta revista.



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA

A REGAP publícase en versión galega e castelá.
© 1991, ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
1992

ISSN: 1131-7183
Depósito legal: C. 1596-1991

Edita: Escola Galega de Administración Pública. Fontiñas s/n. 15703 Santiago de Compostela.
Telf. 981-570800. Fax 981-572245.

Cuberta, Ana Castro
Imprime: Artes Gráficas Portela, S.L. - Loureiro Crespo, 57 int. - Pontevedra.

Periodicidade cuadrimestral.
Solicitude de suscripcións ó organismo editorial.

PRESENTACIÓN

A aparición do primeiro número da Revista Galega de Administración Pública (REGAP) constitúe un acontecemento importante na vida, aínda curta pero intensa da Escola Galega de Administración Pública. A EGAP, dentro dos seus fins definidos no seu marco xurídico teñe encomendada a esencial tarefa de promover actividades de interese para a Administración Pública. A Revista Galega de Administración Pública inicia a súa andaina como medio de difusión e de promoción de toda a actividade e produción científica de interese para a Administración. Este primeiro número que ten o lector nas súas mans ben pode ser demostración desto, pois aborda, dende unha perspectiva plural, uns temas fundamentais pola súa propia esencia e pola actualidade de todos eles. Dentro da perspectiva que a REGAP quere imprimir ó seu contido abórdanse temas diversos, algúns máis abstractos e outros de maior especificidade, pero todos eles de indudable interese e con relación máis ou menos directa á actividade da Administración, dentro dunha visión ampla.

A REGAP ordinariamente aparecerá baixo a clásica estrutura de tódalas revistas científicas de Dereito e Administración Pública. É dicir, conterá estudos variados sobre os aspectos centrais da Administración Pública, comentarios de xurisprudencia de interese, notas e documentación administrativa actualizada, un resumo das principais actividades da EGAP, de Congresos e reunións en materia de Administración Pública, e algunhas recensións en materia de Administración Pública e Ciencia da Administración. Ademáis a REGAP debe ser un medio idóneo para promover e estudar o noso Estatuto de Autonomía, debe contribuír a facer andadeira esa difícil senda da linguaxe administrativa galega e debe ser un órgano de expresión axeitado das principais novidades xurídicas e non xurídicas do obrar administrativo.

A REGAP conta cun Consello composto por prestixiosos profesores universitarios, maxistrados e competentes funcionarios, que baixo a orientación do Director da EGAP espero que saiban facer desta publicación unha revista de altura científica e de interese práctico que axude a mellora-la eficacia da nosa Administración e contribúa, dunha maneira decisiva, a afondar na idea de servizo á nosa sociedade, xustificación última da propia existencia da Administración Pública.

MANUEL FRAGA IRIBARNE
Presidente da Xunta de Galicia

REGAP

REVISTA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA • Nº 1 / 1992

SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	9
<i>Manuel Fraga Iribarne</i>	
ESTUDIOS	
<i>Juan Miguel de la Cuétara Martínez: Perspectivas dos servicios públicos españois para a década dos noventa.....</i>	17
<i>José Luís Meilán Gil: A Lei de Costas e as competencias das Comunidades Autónomas</i>	35
<i>Juan Jesús Raposo Arceo: Os montes. Montes comunais: réxime xurídico do seu aproveitamento. Xestión do patrimonio forestal. Os montes veciñais en man común</i>	47
<i>Jesús Martínez Girón: A xénese da Lei 7/1990, do 19 de xullo, sobre negociación colectiva e participación na determinación das condicións de traballo dos empregados publicos.....</i>	71
<i>Luís Blanco de Tella: Notas sobre a función de control.....</i>	81
NOTAS E COMENTARIOS	
<i>Félix A. Nigro: A administración de persoal no sector público.....</i>	93
<i>Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz: O factor tempo no proxecto de Lei de procedemento administrativo</i>	97
XURISPRUDENCIA	
<i>Manuel J. Sarmiento Acosta: A posición ordinamental dos regulamentos orgánicos das entidades locais despois da Sentencia 214/1989 do 21 de decembro, do Tribunal Constitucional</i>	103
<i>José María Gómez y Díaz-Castroverde: Problemas de interpretación da Lei de Costas desde a perspectiva xudicial</i>	117
CRÓNICAS	
<i>Seminario sobre negociación colectiva e participación na determinación das condicións de traballo dos empregados públicos. 30 e 31 de maio de 1991</i>	133

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

Manual de Linguaxe administrativa. EGAP, 1991	145
Estudios sobre o Estatuto Galego. EGAP, 1991.....	146
Xornadas sobre a Lei de Costas. IVAP, 1990	151
"Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas", Miguel Sánchez Morón, Tecnos, Madrid, 1990	153
"La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos", Moreno Pérez e Vida Soria, MAP, 1991.....	154

ESTUDIOS

Perspectivas dos servizos públicos españois para a década dos noventa (Un ensaio de prospectiva xurídica)*

Juan Miguel de la Cuétara Martínez**

1.- A DÉCADA DE 1990 VAI SE-LA DO “GRANDE DEBATE” SOBRE OS SERVIZOS PÚBLICOS.

1.1.- Ábrese cunha intensa preocupación en todo o mundo sobre uns servizos públicos que:

a) *Non conseguimos que funcionen ben.*

En 1990 a Fabian Society patrocinou e publicou un libro titulado “Consuming public services” (Routledge, London-New York, 1990). Os seus editores e responsables foron dous profesores da Universidade de Birmingham, no “curricula” dos cales figuran estudos previos sobre Asistencia Social¹ e sobre teoría e práctica do socialismo². En principio, pois, nin eles, nin, por suposto, a Fabian Society, poden ser tachados de malquerencia cara os servizos públicos, a pesar do cal no libro apréciase con toda claridade unha fonda preocupación polo funcionamento actual dos servizos públicos británicos.

No libro non se trata –ou non se trata tan só– de lamenta-la ruptura do consenso de posguerra sobre as nacionalizacións ou de respostar ó ataque da Nova Dereita da época Thatcher, ultra-liberal e privatizadora; o problema de fondo, o que realmente desexan os seus creadores é reendereita-lo rumbo dos servizos públicos cara a calidade perdida, extremo sobre o que non queda dúbida ningunha: os servizos públicos –constatan– non están a funcionar como deberan.

Non se debe de pensar que esta preocupación é exclusivamente un asunto local. Por esta mesma época, un profesor de Berkeley, California, editaba e publicaba un libro con este suxestivo título: “Deregulation or Re-regulation. Regulatory reform in Europe and the United States”³, obra que continúa a liña dos seus predecesores como “The politics of regulatory change”⁴ e tantas outras⁵ dedicadas as alteracións no réxime xurídico dos servizos públicos e actividades regula-

*O texto que segue é o da conferencia pronunciada polo seu autor o día 6 de Abril de 1992 no Salón de Actos da Consellería da Presidencia da Xunta de Galicia por invitación da Escola Galega de Administración Pública

** Catedrático de Dereito Administrativo na Universidade da Laguna

das a ámbolos lados do océano. En todas elas o punto de partida é o mesmo: o funcionamento dos servizos públicos debe de ser mellorado.

Nin o continente europeo, nin a mesma Francia, na que o concepto de servizo público asentouse na esencia mesma do seu Dereito Público, están libres desta preocupación. Por citar un só exemplo, pódese lembrar que á “crise” tradicional dos servizos nacionais únese, dende 1983, a preocupación polo futuro duns servizos locais con grandes dificultades presupostarias, das que dan conta obras como “Service Public Local: gestion publique, gestion privée”⁶. E en España foi Martín Mateo quen, como en tantas outras ocasións deu o tiro da saída destes estudos coa súa “Liberalización da Economía”⁷, onde se documentan e referencian ampliamente as actuais tendencias cara a redución do sector público e a desnacionalización, labor posteriormente continuado por Rodríguez-Arana e Villar Rojas no concreto tema das privatizacións⁸.

Nin que dicir ten, “o bo funcionamento dos servizos públicos” tamén preocupa entre nós, e de aí que este fora precisamente o título dunha recente monografía publicada por Tecnos⁹ que continúa a liña dos traballos, máis conceptuais, de Sala (1977), Ariño (1979), Villar Ezcurra (1980) ou Martín Rebollo, por citar algúns¹⁰. O libro de Serrano Triana sobre os “Fundamentos del servicio público”¹¹ é, polo momento, o único e máis comprensivo intento da doutrina xurídica española de se encarar con esta materia que, realmente, merece a súa atención.

A preocupación polo funcionamento dos servizos públicos, de tódalas maneiras, transcende ó home da rúa; calquera cidadán é consciente de que as esperas para obter unha liña telefónica ou atención sanitaria especializada, desgraciadamente xa non son noticia; e, por suposto, o colapso do servizo de correos, as enormes perdas económicas da RENFE ou IBERIA ou os problemas cotiáns dos transportes urbanos son de abondo coñecidos polos cidadáns españois. Sen catastrofismos e sen politiqueiría isto é así, e a nosa sociedade ven acumulando dende hai tempo presión para que “alguén faga algo” para mellora-los servizos que pagamos cos nosos impostos¹².

Reteñamos, pois, como primeiro paso da reflexión que vimos de emprender, que os servizos públicos constitúen un xusto obxecto de preocupación porque non están funcionando ben; a década que principiamos, unha vez pasados os fastos do 92, este é o momento adecuado para considerarmos este problema.

b) Non coñecemos-lo seu alcance e extensión óptimos.

A fronteira ideal definitiva entre o público e o privado aínda está por marcar. Ian Tinbergen, o primeiro premio Nobel de economía, díxoo hai máis de dúas décadas; e hoxe segue a ser certo que non coñecemos-lo punto exacto no que o particular debe de deixar paso ó colectivo e viceversa. Porque a organización e prestación colectiva de servizos é posible en moitos eidos, sen que saibamos exactamente cales, e por que a ampliación e extensión dos servizos públicos ven de se producir dende hai tempo entre as continuas crises e cambios do mundo occidental. Vexamos algúns exemplos:

– Nos Estados Unidos a pesar da súa recoñecida adhesión á liberdade comercial, a crise económica de 1929 levóu á famosa creación da famosa Tennessee Valley Authority na que a produción eléctrica e o reparto das augas organizáronse dun xeito absolutamente novo sobre a base do servizo público. Dende entón, os servizos públicos xestionados en man pública son algo cotián naquel país, como amosa calquera libro dedicado á súa organización política¹³.

– En España, as leis de subsistencia de 1917, dictados durante as excepciónais circunstancias da Primeira Guerra Mundial, trataron de loitar contra o desabastecemento organizando a Mariña mercante española baixo a forma de servizo público. Do mesmo xeito a recente Lei de Estiba e Desestiba de Buques acudiu á calificación de servizo público ó tratar de solucionar-los problemas desta actividade, liña que continúa no anteproyecto de Lei de Portos e Mariña Mercante recentemente dado a coñecer.

– E, naturalmente, nos períodos de guerra, a distribución colectiva de bens e servizos, así como á atención ós necesitados e damnificados, como é abondo coñecido, aumenta en grande medida como parte das responsabilidades dos poderes públicos.

Como se ve, as crises económicas, ou bélicas, incrementan, case automaticamente, as prestacións colectivas, en épocas de paz como a actual, o libre comercio, a interacción privada é o normal. O problema estriba en que a fluctuante situación das sociedades contemporáneas, obriga, dunha banda, a acepta-la esencial “mutabilidade dos servizos públicos”¹⁴ e, doutra, a asumi-la súa tendencia a se estender e ramificar a medida que as sociedades se fan máis complexas. Dito en termos simples, non resulta nada fácil dimensionar uns servizos públicos cambiantes e en crecemento constante.

Unha grande diversidade de concausas contribúen a escurece-lo problema do dimensionamento ideal dos servizos públicos. Dunha parte, a inercia das institucións sociais que impide desmontar facilmente os servizos innecesarios ou obsoletos; doutra parte as características propias da dinámica política que esixe esfera de influencias propias, sexan ou non estritamente necesarias; doutra parte aínda, as propias presións dos xestores, para os cales o crecemento é indicativo de éxito, e aínda cabe citar como causa coadjuvante a acción dos sindicatos máis fortes nos servizos públicos, por canto o patrón manexa diñeiro alleo e o usuario depende vitalmente do seu funcionamento. Nin que dicir ten, todas elas tenden ó sobredimensionamento dos servizos públicos.

O sobredimensionamento dos servizos públicos conduce á súa ineficacia e esta naturalmente é obxecto de preocupación polo conxunto da sociedade. Como corolario, pois, obtemo-la confirmación da formulación inicial segundo a cal os servizos públicos van preocuparnos vivamente ó longo dos anos vindeiros, e cada vez máis, en tanto non coñezamos exactamente o seu dimensionamento óptimo (sospeitamos que medraron con desmesura; cando a sospeita se fai abafante, veñen as privatizacións).

c) Non sabemos moi ben o que son.

Os autores que trataron conceptualmente o tema dos servizos públicos, comezan utilizando unha referencia xa clásica, segundo a cal “existen tantos conceptos de servizo público como tradadistas escribiron sobre el”. Eu mesmo no meu libro “La actividad de la Administración” inicio o apartado dedicado a esta institución referíndome ás polémicas existentes¹⁵; e tanto en Francia coma noutros países, a idea do que sexan ou deban de ser servizos públicos levanta asañados debates¹⁶.

Para uns, a educación é servizo público e, para outros, non o é, máis que na emisión e certificación de títulos académicos polo Estado; no sector transportes é difícil cualificar moitos deles (liñas regulares de mercadorías, servizos discrecionais, taxis, etc.) como servizo público ou non; a electricidade é, segundo se mire, servizo público en todo ou en parte; e moitos dos locais son servizos públicos tan só nun sentido amplo do termo. A cualificación dunhas e doutras actividades dista moito de ser pacífica.

Nin a lexislación nin a xurisprudencia son alleas a estas dificultades. Así cabe citar como paradigmático, para a lexislación, o caso da educación, nas sucesivas leis da cal a cualificación de servizo público aparece e desaparece¹⁷; e, para a Xurisprudencia, abonda menciona-lo caso das oficinas de Farmacia que son ou non son servizo público segundo o relator e a Sala do Tribunal Supremo actuante¹⁸.

A visión popular do tema é aparentemente simple, pero a Xurisprudencia dictaminou que se trata dunha actividade fortemente intervida e, en todo caso, un “servizo público virtual ou impropio”. E visualizamo-las novas “televisións privadas” como alleas ó servizo público cando lexislativamente está moi claro que forman parte do mesmo. En suma, non existe unha concien-

cia común do que son realmente os servicios públicos por máis que vivamos inmersos neles; non podemos deixar que pase unha década máis sen construíla.

1.2.- Ó longo da década, a preocupación polos servicios públicos será crecente.

a) *O debate sobre as prestacións públicas substituirá á vella polémica “liberdades formais, liberdades reais”.*

Nos anos iniciais da Primeira posguerra mundial produciuse un relativo consenso no mundo das democracias occidentais sobre a necesidade de ir cara liberdades “reais” e a validez para iso das ideas de nacionalización e planificación da Economía¹⁹. Certamente, non se trataba de elimina-lo postulado da liberdade de mercado (aínda que se falou moito de economía mixta) ou a democracia pluralista (cun certo predominio da socialdemocracia) pero non é menos certo que a vella polémica entre as liberdades formais e as liberdades reais (da que, entre outros, nos falou Raimond Aron)²⁰ foise decantando paseniñamente a prol das segundas, a medida que se ía constituíndo o “Welfare State”²¹. As empresas nacionalizadas foron en Europa un instrumento xeralmente aceptado²², ó que, no continente se engadiu a idea da planificación indicativa, cualificada como tal por oposición ós programas quinquenais soviéticos²³.

Hoxe as cousas cambiaron radicalmente. O Welfare State acadou teito e os seus grandes modelos bátense en retirada. O consenso, hoxe, favorece á libre iniciativa²⁴ e, con iso, os principios nos que se baseaban as empresas de prestación de servicios públicos (equidade, racionalidade e universalidade, a partir da propiedade –ou cando menos control– públicos e da conducción política da empresa) han ser revisados.

A revisión, nos tempos que corren –nos que predomina unha cultura de tipo comercial– debe de ser pragmática. Ata agora, os servicios públicos desempeñaban unha misión “sacralizadora” ou lexitimadora da acción do poder público, papel que foi especialmente notable en Francia²⁵ e do que aínda se poden atopar mostras na España dos oitenta²⁶. Este tipo de argumentos xa non é de recibo. A eficacia, os rendementos reais, o balance “custo-beneficio”²⁷, son os criterios a aplicar nunhas contas que cada vez se queren máis claras. Facer estas contas vai se-la preocupación fundamental dos anos noventa, nunha especie de obrigado balance “fin de século” que afectará na súa integridade ó tormentoso século XX.

Nos anos vinte e trinta houbo xa unha primeira etapa de preocupación polos rendementos dos servicios públicos no mundo anglo-saxón. O sector dos “public utilities” foi aillado e revisado, as súas empresas foron sopesadas, os desenvolvementos técnicos previstos, etc.²⁸.

A Guerra Mundial primeiro e o “desarrollismo”, despois, apagaron esta preocupación que volve a aparecer, novamente nos países anglosaxóns, nos oitenta coa privatización británica e desregulación americana²⁹. Na última década do século estenderase a todo o mundo desenvolvido, unido finalmente –segundo parece– baixo os postulados da economía de mercado. En suma, a Historia maila Economía lévannos a pensar que as prestacións públicas serán necesariamente revisadas nos anos vindeiros.

b) *O auxe das economías de mercado esixirá a delimitación dos servicios públicos.*

O un de Xaneiro de 1992 entrou en vigor a Acta Única Europea. A libre circulación de persoas, mercadorías e servicios no territorio comunitario deu con ela un paso de xigante³⁰. Naturalmente, os vínculos e limitacións derivados da idea de servicio público nacional, aínda en vigor, haberán ser reconsiderados. E iso sinxelamente porque os postulados de liberdade comercial do Tratado de Roma non favorecen ós servicios públicos, que só aceptan como excepción. A excepción, por suposto, debe de ser coidadosamente avaliada, delimitada, concretada e cinguida ós seus estritos termos, iguais para toda Europa. Este proceso xa comenzou³¹.

Non se debe de pensar en solucións simplistas, e moito menos, en privatizalo todo e esquece-los servicios públicos, baixo a inxenua presunción de que o mercado vaios suplir sobradamente³². Dunha banda porque a privatización supón tan só a “desnacionalización” pero, en tanto se trate de servicios públicos a ela segue unha inmediata regulación da actividade das empresas privatizadas³³. E, doutra banda, porque a simple interacción nas complexas sociedades contemporáneas produce de seu os servicios públicos, que serán todos aqueles nos que a prestación colectiva siga a ser máis rendible que a individual³⁴.

Ningunha sociedade contemporánea pode prescindir dos servicios públicos. Pódese prescindir dunha boa parte dos actuais servicios hipertrofiados; pódese prescindir incluso –aínda que resulta xa moi dubidoso– do control público estatal, situándoos baixo a dirección de corpos públicos realmente independentes; o que non pode desaparecer é a idea mesma de servico público. A iluminación das cidades, o abastecemento de augas ou a rede de sumidoiros son sistemas dos que non se poden desinteresar as colectividades locais; e o sistema sanitario ou de asistencia social –por non cita-lo mundo dos transportes ou telecomunicacións– non poden ser totalmente alleos ó Estado. As fórmulas de organización poden ser diversas ou os xestores poden ser totalmente privados, se se abomina definitivamente do capitalismo de Estado; pero os servicios deben de estar sempre aí, a dispor dos usuarios e baixo a garantía da colectividade.

O que temos que facer é corrixi-los erros do pasado. A década dos noventa está, na miña opinión, chamada a iluminar un importante movemento de identificación exacta do que son e do que non son auténticos servicios públicos, e do que significa esta cualificación. O auxe da economía de mercado así o impón.

E a miña intención contribuír, na medida das miñas posibilidades e dende o coñecemento xurídico ó debate que se aveciña.

2.- CARA UN ENTENDEMENTO XURÍDICO COMÚN DOS SERVICIOS PÚBLICOS.

2.1.- Exposición.

Para iso cómprenos, en primeiro lugar, entendernos, empregar unha linguaxe común. Non podemos revisa-lo alcance e contido das prestacións públicas sen un entendemento común sobre o que significa a expresión servico público. E isto non é fácil, porque hai –como se repetiu ata a saciedade– moitas formas de presentalos.

Hai, en primeiro lugar, unha visión política que presenta ó servico público como o apoio e xustificación do poder público, visión que estivo presente dende o mesmo momento en León Duguit e a súa Escola de Burdeos centraron a atención nesta figura³⁵ e que na España actual aparece con forza nunha boa parte da nosa Lexislación³⁶.

Tamén existe unha forma “economicista” de contempla-los servicios públicos, intimamente relacionada coa idea do “monopolio natural”, aquel que se produce cando as economías de escala aumentan indefinidamente (e os custos marxinais diminúen) coa consecuencia de que a situación óptima de produción dáse cando unha soa empresa fornece todo o mercado. Esta visión vese periodicamente sometida a reconsideración e hoxe está a recibir moi fortes ataques dende as tendencias privatizadoras en auxe³⁷.

E aínda se pode falar dunha visión empresarial, pragmática, que contempla os servicios públicos como un sector no que, se ben as regras do xogo son impostas pola Administración, cabe facer negocios. Esta visión estaría moi relacionada coa dos “managers” ou xestores públicos que ven ós servicios públicos como algo que hai que facer funcionar a pesar das cargas (servicio universal igual para todos) e inconvenientes (tarifas politicamente controladas) cos que se encontran. En fin, existe tamén –por suposto– unha visión xurídica que é na que agora debemos de centra-la atención.

A visión xurídica tradicional española defínese en dúas palabras: titularidade e monopolio dos servizos públicos. Cando menos dende que Villar Palasí acuñou o termo “publicatio”, por tal enténdese a asunción dunha actividade polo sector público, coa que se exclúe toda inmisión non consentida nel. Unha vez efectuada a “publicatio” só son válidos os títulos administrativos nun sector que se presentou tamén como de “regalía monopolística”³⁸. Os servizos públicos son así un monopolio legal, unha titularidade pública e un sector excluído á iniciativa privada salvo habilitación (por concesión ou autorización) expresa. Noutras palabras, o eido propio dos servizos públicos é o do artigo 128.2 da Constitución que, como se recordará, prevé a “reserva de servizos esenciais ó Estado”.

Algunhas definicións españolas do que é o servizo público nas que se trata de amplia-lo campo de visión son:

“E aquela actividade administrativa do Estado ou doutra Administración Pública, de prestación positiva, coa cal, mediante un procedemento de Dereito público, asegúrase a execución regular e continua, por organización pública ou por delegación dun servizo técnico indispensable para a vida social”³⁹.

Aquí as palabras clave son “procedemento de Dereito Público” e “servizo técnico indispensable”; non obstante, a titularidade regaliana mantense na expresión “actividade do Estado ou doutra Administración Pública”.

“É a resposta técnica do poder político que concreta o valor da solidariedade económica e social, convertendo ó seu destinatario en suxeito de dereitos e deberes perceptibles conxuntamente en forma de vantaxe no seo dunha actividade de interese público”⁴⁰.

As palabras clave son agora “solidariedade”, “vantaxe” e “interese público”. A idea de xuridicidade mantense (destinatario suxeito de dereitos e deberes) e a “titularidade” pública convértese en decisión política.

Non é cuestión de entrar agora en polémicas sobre as que me pronunciei⁴¹, nin entrar nun exame conceptual que nos levaría moi lonxe⁴²; o que agora interesa é salientar que, por detrás das diferentes formulacións, a visión xurídica dos servizos públicos obriga a pensar en termos de “dereito e deberes” ou, o que é o mesmo, das regras do xogo ó que se someten e dos equilibrios que se producen entre os distintos suxeitos que neles interveñen. Dado que é aquí onde o entendemento común pode e debe de se formar, permitireime por uns minutos centra-la atención nunhas e noutros.

2.2.- Formación das “regras do xogo” nos servizos públicos.

a) *Garantía de prestacións mediante regras de Dereito Público.*

Nos servizos públicos os gobernantes asumen a garantía e se responsabilizan dunha prestación útil para a sociedade que ha funcionar de forma regular e continua e á cal deben de acceder equitativamente os cidadáns en condicións previamente establecidas. Tal decisión adóptase por moi diversas razóns pero sempre cun mesmo efecto: exclusión das regras do mercado en todo aquilo que se estima necesario para conseguilo fin perseguido.

Non debemos de enganarnos: a cualificación de servizo público dunha actividade substraía a aplicación de todas ou algunha das regras do mercado. Nin a universalidade nin a permanencia identifican ó servizo público, porque mediante a economía de mercado pode tamén lograrse atende-la totalidade dunha demanda de forma permanente⁴³ senón que o fan as regras de dereito público que se aplican. Dito doutra maneira, a creación de servizos públicos ten como finalidade utilizar instrumentos de dereito público –como acertadamente sinalaba ARIÑO– para satisfacer unha necesidade colectiva.

Falar de normas de Dereito Público é falar de prerrogativas e garantías. Prerrogativas da Administración –neste caso a responsable do servizo– e garantías do particular que, nos servi-

cios públicos, e como veremos máis adiante, poden adoptar varias posicións e determinar diversos equilibrios. Por suposto, o esqueleto de tales prerrogativas e garantías debe de ser construído polas Cortes Xerais, e, por suposto, tamén a Administración só poderá actuar ó abeiro da Lei⁴⁴, pero coa remisión ó Parlamento resolvemos moi pouco; ¿Hai algunha guía que se poida aportar neste terreo?.

b) Elementos conformadores do Dereito dos servicios públicos.

Efectivamente, así é. Partamos da idea de que as prerrogativas da Administración convérten-se normalmente en restricións totais ou parciais á liberdade de empresa e á liberdade de contratación. A liberdade de empresa porque ou ben queda excluída totalmente (servicios monopolizados e xestionados directamente) ou ben se vincula á obtención dun título administrativo (autorización ou concesión) ou convenio específico coa Administración (concerto); e á liberdade de contratación porque con independencia de que a empresa xestora sexa pública ou privada, as súas relacións co usuario pasarán pola peneira pública verbo das tarifas, acceso ó servizo ou modalidades de prestación. Pois ben, para concretar e xustificar estas limitacións o Estado conta con tres elementos básicos, cada un dos cales nuclea unha acción diferente:

a) **Definir unha misión de servizo público.**- Utilizo esta referencia (misión de servizo público) que é xeralmente aceptada no Dereito comparado, para expresa-la constitución polo Estado dunha “autoobriga” pola que asume o deber de organizar, por si ou por outros, a prestación dun servizo determinado. Trátase, obviamente, do elemento teleolóxico, fundamental nunha decisión, como a que aquí se trata⁴⁵.

b) **Establece-los privilexios –regras de protección– do servizo público.**- Unha vez asumida a misión de servizo público, os atrancos que a impidan satisfacer deben de ser removidos. Nuns casos poden derivar da concurrencia doutras empresas, que se reduce ou elimina; noutros poden provir das regras do Dereito Civil (afectación de bens), Mercantil (quebras) ou laboral (folgas) que se declaran inaplicables ou se modifican; en todo caso, é importante reter que esta protección privilexiada está rexida polo principio de proporcionalidade, que non debe de afectar ó núcleo esencial de dereitos ou liberdades públicas e que está sometida ó control dos Tribunais. Non nos podemos deter nestas cuestións, polo que só cabe afirmar agora que a protección debe de ser medible e se establecer “more iuridico”.

c) **Impoñer cargas de servizo público.**- As “cargas de servizo público” son imposicións que se proxectan sobre tódolos suxeitos que, dunha ou doutra maneira se relacionan co servizo. Poden consistir na esixencia de habilitación ou na responsabilización dun conxunto de servizos determinado, para as empresas; poden consistir tamén, nun determinado comportamento dos usuarios. Tales cargas, ó igual que as limitacións a terceiros que xurdan dos privilexios que acabamos de ver, deben tamén de se rexer polo principio de proporcionalidade e ser controlables polos tribunais.

Os tres elementos reseñados dan forma ó ordenamento dos servizos públicos. Certamente, cada servizo é distinto dos demais, o que terá como resultado o establecemento de misións, proteccións ou cargas distintos para cada un deles. O conxunto dos tres, resumido na expresión “cualificación de servizo público” actúa como un título xustificativo do feixe de potestades que o poder público seleccionou –como quen as toma dunha panoplia– para cada servizo. E cada un deles xa é coñecido e empregado na lexislación e xurisprudencia dos diversos países da Comunidade Europea e incluso no propio Dereito Comunitario, sen que agora proceda a súa exposición. Concluamos logo, dicindo que é sobre estes tres elementos sobre os que cabe forxa-lo entendemento aquí perseguido e pasemos ó equilibrio que se establece entre os protagonistas do servizo público.

2.3.- Equilibrios que se forman entre os suxeitos que interveñen no servizo público.

a) O equilibrio “Lexislativo-Executivo”.

O primeiro suxeito a considerar é unha Entidade Pública, á que incumbirá a responsabilidade de que o servizo público estea en todo momento ó dispor dos seus usuarios. Pero na Entidade Pública da que se trate, á súa vez, haberá de distinguir un duplo aspecto: dun lado, a formación da vontade democrática de que a actividade se xestione como servizo público e, doutro, o exercicio de potestades executivas ó servizo de tal decisión. A súa vez, esta distinción proxéctase de distinto modo sobre as entidades dotadas de poder “político-xurídico” (Estado e Comunidades Autónomas) e as puramente investidas de poder “xurídico-administrativo” (Entidades Locais). Para simplificar a cuestión tomemos a máis antiga das primeiras, o Estado, e vexamos como actúa realmente nos servizos públicos.

A declaración de servizo público e a investidura de potestades á Administración corresponde ó Parlamento, que pode actuar obedecendo un mandato constitucional (por exemplo, para prover ós cidadáns de educación ou de asistencia social) ou por propia iniciativa (así na nacionalización da rede de alta tensión). Aínda que pareza innecesario lembralo, o Parlamento non é a Administración o cal implica un primeiro equilibrio xurídico entre dous órganos constitucionais. Non é certo que a Administración sexa o “custodio nato” dos intereses xerais: o Goberno, o Executivo, o partido no poder, teñen intereses propios, potencialmente diferentes dos da Nación no seu conxunto. E o órgano que detén a representación popular o que realmente “fala por todos”, e isto lévanos a desfacer un primeiro equívoco, moi común por outra parte, no eido dos servizos públicos: o órgano democrático debe de asumir un papel moito máis activo, adoptar moitas máis decisións que a pura “publicatio” formal ou simple cualificación dunha actividade como servizo público.

Un enfoque absolutamente formal do principio de legalidade⁴⁶ podería levarnos á conclusión precipitada de que este queda satisfeito coa declaración parlamentaria dunha actividade como servizo público e o mandato á Administración para que o desenvolva⁴⁷. Pero con iso esquecemos que o servizo público non se presume, que debe de ser creado en tódolos seus aspectos pola vontade humana, extraéndoo da libre iniciativa indiferenciada. Esquecemos tamén que a regra xeral é a liberdade e a “publicatio” de actividades a excepción –lexítima pero non por iso menos excepcional– á regra. Esquecemos, en fin, que non existen unhas potestades aplicables a tódolos servizos públicos, senón un verdadeiro arsenal, do que o lexislador debe de tomar as que coide convenientes para cada servizo. En fin, se entendemos mellor a relación Lexislador-Administración, a partir dun maior protagonismo necesario do primeiro na construción dos servizos públicos nacionais, teremos dado un paso de xigante para a comprensión do sistema xeral⁴⁸.

b) Combinacións posibles entre a Administración, a empresa e os usuarios.

Un segundo equilibrio, interno, prodúcese no mundo dos usuarios dos servizos públicos, onde se debe de distinguir o usuario que en cada momento recibe a prestación de que se trate, e o usuario en abstracto, o que inclúe tanto ós presentes como ós futuros, e ós reais como ós potenciais⁴⁹. Esta distinción é moi necesaria, porque os intereses respectivos son moi distintos como de seguido pasaremos a ver⁵⁰.

O usuario real ten como interese prioritario beneficiarse da prestación que se trate, en tanta cantidade como lle resulte útil, coa máxima calidade e ó mínimo custo. O usuario potencial, pola súa parte, convenlle a máxima dispoñibilidade do servizo para o momento que lle cómpre, con independencia dos custos que iso supoña para a colectividade. Tan só ó usuario en abstracto benefícialle o equilibrio económico da empresa xestora, do que á súa vez derivan a regularidade e continuidade indefinida do servizo en condicións razoables. Se os anteriores puidesen desequilibrala no seu propio favor, sen consecuencias negativas para eles, sen dúbida o farían.

O corolario das anteriores observacións é que as condicións reais existentes nos servizos públicos non tenden espontaneamente a unha asignación equitativa de recursos e tarifas. Se diriximo-la nosa mirada á realidade observaremos que efectivamente así é: Préstese atención ós seguintes desequilibrios:

Combinación Administración-usuarios actuais: a Administración, para beneficiar ós usuarios actuais da enerxía eléctrica situou durante moitos anos as subas de tarifas por debaixo dos custos. As empresas reaccionaron diminuindo os dividendos, o que á súa vez fai perde-lo atractivo ós potenciais accionistas; a estrutura financeira das empresas desequilibrase cara ós prestamos, o cal, á súa vez, as debilita aínda máis, pasándose dos préstamos a longo prazo ós de curto e medio prazo. A situación xerada é evidentemente moi perigosa para os usuarios de futuro.

Combinación Administración-empresas: no mesmo eido da enerxía eléctrica, o denominado “parón” ou “moratoria” nuclear foi decidido en execución do programa electoral do P.S.O.E. a pesar dos custos que supoñía o simple mantemento das instalacións inactivas. Iso foi compensado cunha suba do 4% nas tarifas que, por suposto, non redundou en beneficio ningún para o servizo ou para os usuarios⁵¹.

Combinación Parlamento-Administración: as leis de fraccionamento dos sistemas universitarios de distintas Comunidades Autónomas, notablemente Canarias e Galicia, son un bo exemplo de como os criterios políticos e a conveniencia de polo menos parte dos xestores levan a unha duplicación e dispersión de esforzos que de modo ningún están determinados por criterios obxectivos de calidade do servizo do ensino superior. Nesta combinación é moi habitual predicar un van criterio de “eficacia e rendibilidade social”, asumido como simple cobertura pacificamente por tódalas partes. Outra mostra pode verse na facilidade coa que o Parlamento acepta os déficit producidos –incluso anticipadamente– por moitos servizos, sendo o último e máis notorio caso o dos máis de 100.000 millóns de pts. de perdas presupostadas por T.V.E. para 1992.

Combinación usuarios-xestor: moitos cursos do INEM, xerados nun loable esforzo de formación ocupacional, están cubertos cunha certa cantidade de diñeiro destinada ós alumnos, como prestación substitutiva ou subsidiaria á do paro. Cando o interese dos inscritos é exclusivamente a percepción desta cantidade, xurde con toda facilidade a corruptela da non asistencia –ou do total desentendemento– cubertos formalmente coa conivencia dos profesores. O caso das “xeiras” asinadas en falso por moitos alcaldes andaluces responde á mesma dinámica. O réxime de auto-xestión de moitas residencias universitarias e a conseguinte non dotación de fondos de mantemento das súas instalacións é outra boa mostra desta específica combinación.

Cabería pensar que a solución para evita-las disfuncións, desequilibrios e desviacións apuntadas estriba en atopar bos xestores, políticos creativos, ou xerentes moi profesionalizados, capaces de dar co punto medio entre tódolos intereses en xogo. Isto, que pode ser bo para casos singulares no que as circunstancias o propicien, non pode ser elevado a regra xeral⁵². Se de desequilibrios socias trátase, a solución definitiva estriba en arbitrar un mecanismo equilibrador capaz de operar de seu. Sendo o Dereito o mecanismo equilibrador por excelencia, nada máis lóxico que aplicalo.

O vello “suum cuique tribuere”, a xustiza distributiva é absolutamente necesaria na organización dos servizos públicos contemporáneos. E, se non desexa acudir a unha virtude –a Xustiza– pénsese no sabio mecanismo de “freos e contrapesos” co que os fundadores dos EEUU de Norteamérica dotaron a un País chamado a se converter en douscentos anos en potencia mundial indiscutible: estes “freos e contrapesos” ou equilibrios institucionais son tamén necesarios nos servizos públicos e son, que dúbida cabe, Dereito Público.

Os políticos xurdidos da democracia representativa deben de te-lo control dos servizos públicos. Do acerto na súa xestión derivará naturalmente a súa reelección ou rexeitamento. Pero, para actuar rápida e directamente, deben de ter moi claro que é o que poden e o que non poden

facér, con quen van contar necesariamente e a que están obrigados. Isto é o que aporta o Dereito. Por suposto os usuarios do servicio deben de saber que é o que poden esixir, que parte ocupan no conxunto do servicio, con quen han relacionarse: de novo, as respostas están no Dereito.

O Dereito non o pode todo. A xestión de servicios públicos debe moito ós enxeñeiros que deseñan as máquinas, cada vez máis numerosas en tódolos servicios; ós tecnólogos que impulsan a renovación dos parques de maquinaria; ós científicos que iluminan novas opcións e formas de satisfacer antigas necesidades. O Dereito ten que asumir-lo progreso e así veu facéndoo ata agora, como recordou Meilán cando escribiu ese pequeno grande libro que é "La cláusula de progreso en los servicios públicos"⁵³. E ten que asumir tamén as conclusións da Estatística, da Psicoloxía social, do Urbanismo e de tantas outras disciplinas que contribúen a conformar-los complexos servicios públicos actuais, por non falar das grandes ramas do saber como a Economía ou a Socioloxía, tan próximas como distinta da Ciencia Xurídica. Pero todo iso, integrándoo coas súas específicas preocupacións que son, hoxe como sempre, conseguir ese equilibrio interpartes que simbolizamos tradicionalmente coa balanza da Xustiza.

A fin de non falar no baleiro, permitireime adiantar algunhas propostas de por onde debe de discorre-lo acordo entre os operadores xurídicos españois sobre o problema dos servicios públicos.

3.- PROPOSTAS CONCRETAS.

3.1.- Primeira proposta: os servicios deben de convivir necesariamente coas liberdades públicas.

Esta proposta pode parecer un simplismo e, certamente, encerra unha desas verdades obvias que son innegables de seu: ó esta-los dereitos fundamentais e liberdades públicas garantidos pola Constitución, calquera institución xurídica debe de convivir forzosamente con eles, incluído –¡como non!– o servicio público. Esta é unha desas verdades de Pero Grullo que á man pechado chamábaa puño.

Agora ben, o xeito concreto da convivencia entrambas institucións non resulta fácil de determinar⁵⁴. Dunha banda porque os gobernantes, cumprindo mandatos que están incluso no texto constitucional (facilitar educación, vivenda, acceso ós bens da cultura a tódolos cidadáns), poden promover-los servicios públicos de tal xeito que reduzan efectivamente importantes ámbitos de liberdade así mesmo constitucionais (liberdade de empresa, establecemento de centros docentes, de transmisión de ideas, etc.); e, doutro, porque a inhibición dos gobernantes pode facer ilusoria a liberdade constitucionalmente declarada ¿de que serve a liberdade de desplazamento sen transportes, o segredo das comunicacións sen comunicación, ou o dereito á educación sen prazas escolares?.

PÉREZ LUÑO sintetizou moi ben a situación, ó falar da necesaria continuidade entre as liberdades públicas e os dereitos sociais, con cita de BOBBIO, BORDEAU e outros autores⁵⁵. E el mesmo sinala un camiño polo que ten que discorre-la necesaria síntese, que merece ser recorrido porque o certo é que a afirmación inicial se mantén; por moi difícil que sexa, as liberdades públicas e os servicios públicos deben de convivir.

As derivacións desta formulación son realmente importantes. A máis notoria é a que impón o abandono da titularidade monopolística dos servicios públicos cando así resulta da existencia dunha liberdade pública. CHINCHILLA viu ben este problema ó estudia-la televisión e se preguntou directamente se o servicio público representa unha ameaza ou unha garantía para os dereitos fundamentais⁵⁶. Sen perxuízo de que cabe chegar a conclusións diverxentes, o interese da pregunta é indubidable, porque da resposta que se lle dea depende o modo de articulación de servicios e liberdades en cada caso concreto.

Outra derivación singularmente transcendental é a que nos impón considerar ó servicio público como un título xurídico limitado. Ata agora existía na doutrina unha idea difusa de que,

unha vez declarado un servizo público, se constituía unha relación especial de suxeición dentro da cal as potestades públicas eran netamente expansivas. O recordatorio da existencia de dereitos e liberdades, incluso dentro dos servizos públicos, fainos repensar o alcance deste título xurídico, no sentido de entendela máis limitada, o que representa, sen dúbida, un avance cara unha nova concepción das relacións internas, moito máis equilibradas.

En fin, non é cuestión de desenvolver aquí o que non é senón unha proposta, unha nota para comezar a pensar nestas materias. Vexamos algunhas outras.

3.2.- Segunda proposta: o servizo público é a excepción á regra xeral da liberdade de mercado.

Nas economías occidentais e no noso sistema constitucional a regra xeral da economía é a libre iniciativa. A liberdade de empresa no ámbito da economía de mercado non só está radicalmente afirmada no artigo 38 da Constitución Española senón tamén é a manifestación actual da vella liberdade de comercio e industria que puxo fin ás limitacións gremiais e de toda orde do Antigo Réxime. En poucas palabras, a libre iniciativa, o libre exercicio da profesión, a libre creación de empresas económicas, temos que convir, é unha das bases da nosa convivencia.

O servizo público restrinxe, como xa quedou dito, a liberdade de empresa. Na área así cualificada, o dereito de establecemento é limitado ou eliminado, a contratación queda sometida a regras de Dereito público e, en fin, a dirección da empresa queda sometida ós poderes externos de carácter xurídico. Sendo así que non pode haber dúas regras xerais distintas e incompatibles, unha ou outra ten que prevalecer, e o que aquí se sostén é que a regra xeral é a libre iniciativa dos particulares e o servizo público a excepción á mesma. Se iso parece fácil de aceptar en principio, non o son tanto as consecuencias que de isto se derivan.

Toda norma excepcional debe de interpretarse restrictivamente, ou, o que é o mesmo, non pode ser obxecto de interpretación analóxica ou expansiva. Non só porque a iso obriga o clásico principio "odiosa sunt restringenda", senón tamén porque é puro dereito positivo español, a partir da súa inclusión no título preliminar do Código Civil, o cal na súa actual redacción sinala que "as leis excepcionais non se aplicarán ós supostos nin en momentos distintos ós comprendidos expresamente nelas"⁷⁷. Iso ven significar que as potestades administrativas que se exercen nos servizos públicos teñen que estar expresamente habilitadas polas normas directamente aplicables e que, se estas potestades son limitadoras, tales normas han ter rango de lei formal⁷⁸. De novo atopamos co servizo público como un título xurídico limitado cun alcance que pode ser moito menor do que a primeira vista parece e, desde logo, do que o poder político desexaría.

Nos últimos tempos produciuse un certo rexurdimento na doutrina española do principio de subsidiariedade da actividade económica pública, a partir da idea de que unha extensión descomulgada do sector público vulneraría o contido esencial da nosa Constitución económica. Sen chegarmos a postularlo seu restablecemento, si cabe considera-la existencia dun principio "pro concurrencia" que podería substituílo, derivado do carácter excepcional dos servizos públicos que se acaba establecer e dos imperativos da nosa adhesión ás Comunidades Europeas. Obsérvase que se trata dun principio, que non pode chegar a impedir que, naqueles supostos nos que estea xustifico, a competencia económica sexa limitada, ordenada ou sometida a regras distintas das puramente mercantís; non obstante, a súa afirmación é importante porque obriga a explicar e xustifica-las decisións que se adopten e permite xurisdiccionais perante os Tribunais. Pero aquí atopamos outro punto do que, á súa vez, se deriva outra nova proposta.

3.3.- Terceira proposta: Dentro da C.E.E. as solucións xurídicas que se adopten para os servizos públicos tenderán a confluír.

Ata agora, nos países do denominado "sistema continental" ou seguidores do "Droit administratif" francés, as solucións dos países do "Common Law" eran pouco máis que unha curiosidade, a priori inaplicable ós problemas propios. Posiblemente por iso esquecemos con facilidade que

nos países nórdicos e anglosaxóns tamén hai servicios públicos e que os seus problemas de configuración e xestión son os mesmos que os nosos. E, aínda que a progresiva integración internacional da segunda metade do século XX está a lembrárnolo arreo, non percibímo-lo simple feito de que os servicios públicos de grande escala son cada vez menos un problema nacional ou unha cuestión de dereito interno. A Proposta aquí formulada consiste en romper esta óptica e recoñecer que a construción da Europa Comunitaria impide considera-los servicios públicos como un problema simplemente nacional e que o concepto de servicio público que formulemos en España deberá de ser compatible e homologable co dos restantes países comunitarios, incluída especialmente Gran Bretaña.

Poderíase obxectar que os servicios estrictamente locais quedan fóra do alcance do Dereito Comunitario e que neles cada Estado membro pode “facer o que lle peta”. Pero isto non é certo, dende o punto e hora en que estes servicios afectan a políticas comunitarias básicas como son a da libre prestación de servicios, a política rexional ou a do medio ambiente. Para citar algúns exemplos simples, débese lembrar que, nun tema como o da depuración de augas residuais (servicio que a lexislación local confía ós Concellos), as directivas europeas sinalaron xa as obrigas concretas ás que deben facer fronte tamén os concellos españois e que o Tribunal Europeo ocupouse xa de cuestións de tan escaso alcance territorial como o dunha liña marítima de comunicacións locais.

A Comunidade Económica Europea está certamente preocupada polos grandes servicios de transportes e comunicacións; polos fondos que cada Estado fai chegar ó seu propio sistema de ferrocarrís; polas restriccións que se imponen ós produtos e servicios telefónicos ou, por mellor dicir, telemáticos; e incluso pola competencia entre os correos oficiais e os “couriers” privados. Este é hoxe o mundo no que nos movemos e non podemos ignoralo. O concepto de servicio público que empreguemos en España ten de estar apoiado no de “servicios económicos de interese xeral” do Tratado de Roma e ser aceptable para tódolos nosos socios comunitarios. Pura e simplemente, os españois xa non estamos sós, como o estiveron –neste sentido– os deseñadores da grande maioría de servicios públicos que hoxe temos.

3.4.- Cuarta e última proposta: Debemos de ir a uns servicios públicos reducidos en número e extensión.

Unha compoñente fundamental da tese que veño a propoñer é que os Tribunais de Xustiza teñen moito que dicir no eido dos servicios públicos (por iso busco un concepto xurídico), pero que iso non significa que os nosos Maxistrados haxan romper co principio básico “o xuíz xulga, non administra”. O papel de xuíz é desvelar posicións xurídicas nidias nun equilibrio entre partes bastante máis complexo da presentación habitual “Administración-xestor-usuarios”. E establecer ou restablece-lo equilibrio que esixa a xustiza, e nada máis. As demais decisións tomarannas os Parlamentos, os Governos, os xerentes, os técnicos, os organizadores colectivos, os formadores da opinión pública, etc.

Unha grande parte da acción dos xuíces –á que tamén, por certo, contribúen outros interesados– desenvólvese no eido do control. Unha vez eliminada a “mano invisible” do mercado, debemos de, entre todos, conseguir que as decisións que se tomen nos servicios públicos sexan as correctas, o que esixe diversos e minuciosos controles. O “volenti non fit iniuria” que tantas cousas amaña no Dereito Mercantil, non funciona onde non hai liberdade de contratación, ó igual que a prohibición do embargo dos bens afectos ó servicio público non soluciona nin os problemas dos acredores nin a cuestión do financiamento do propio servicio; noutros términos, o control é inevitable alí onde acaba o mutuo acordo e empeza unha tarefa colectiva.

A medida que os servicios se fan máis complexos tecnicamente, os controis tamén o fan. E dado que os controis precisan regras, o peso do normativo faise máis gravoso. O sector dos servicios públicos, polo tanto, ve aumenta-la súa rixidez sen poder evitalo. As solucións propostas a partir das ideas de participación, autoxestión ou fórmulas similares fracasaron e é unha expe-

riencia común que as sociedades contemporáneas, como dicíamos ó principio, necesitan unha solución para os seus servicios públicos.

A última das bases de reflexión que quero suxerir agora é a seguinte: se o servicio público é unha excepción, se non se pode evitar nel a rixidez derivada dos necesarios mecanismos de control; e se necesitamos un acordo común a tódolos países da CEE debemos de pensar en termos duns servicios públicos reducidos no seu número e limitado no seu alcance; só así conseguiremos esa claridade que postulabamos hai pouco.

Non ignoro que esa proposta pode verse como unha máis das que se unen ó carro da privatización do sector público tan de plena actualidade. Non nego que este movemento me resulta particularmente interesante porque cara el sinala hoxe o péndulo da historia. Así e todo, coido que se trata dunha reflexión técnica e non política. Permítaseme explicar por que.

A resposta ó problema dos servicios públicos non pode consistir en continua-lo seu proceso de crecemento e incrementa-la complexidade das normas. Dunha banda porque existe un límite ó conxunto de recursos da sociedade que se han manexar con criterios xurídico-públicos; doutra porque o sistema xurídico, para funcionar eficientemente, require simplicidade: o xuíz medio debe de ser capaz de se entender co cidadán medio. E finalmente porque as normas e controles, por moito que se aumenten, permiten sempre a súa elusión, o que é tanto máis fácil canto máis numerosas sexan (resulta cada vez máis certo o vello adaxio "in pessima Republica plurimae leges"). Por iso, e porque os servicios públicos hipertrofiáronse ó longo dos séculos XIX e XX, penso que o razonamento técnico leva á súa reconsideración no sentido expresado. Se estou ou non no certo verase no debate que se ha producir.

4.- CONCLUSIONES

A formación do entendemento xurídico común dos servicios públicos levará tempo. O Dereito evoluciona lentamente, ten moitos matices e son moitos os operadores (lexisladores, maxistrados, políticos e funcionarios) que interveñen na súa xeración. Pero non podemos seguir sen el, non podemos chegar ó ano dous mil carecendo dunha visión clara neste eido. O principio da miña intervención explicaba que nos debemos de preocupar dos servicios públicos porque non conseguimos nin facelos funcionar ben, nin establece-las súas dimensións óptimas nin, en última instancia, sabemos moi ben o que son, aínda que si sabemos que dependemos vitalmente deles. Agora presentarei as razóns polas cales ha ser precisamente a década de 1990 a que abra o debate e produza a solución.

Nos anos vindeiros nacerán moitos servicios públicos novos. No eido das telecomunicacións, por exemplo, poñerase en funcionamento a televisión de alta definición, o HISPASAT e a televisión por cable; na educación producirase unha nova reforma do ensino e emerxerán con forza as universidades privadas; nos transportes, as novas centrais de reserva e novas modalidades de venda incidirán poderosamente sobre o tráfico aéreo que, ademais, probablemente se regule en Europa por un sistema centralizado de controladores aéreos; entrará en acción o novo gasoducto do Magreb e quedará unido o norte co sur de España mediante a rede de gasoductos; etc., etc.

E outros tantos servicios públicos haberán de se reestructurar. No mundo dos servicios locais haberá que redimensiona-los servicios de depuración de augas residuais por imposición europea e vanse incrementar necesariamente tódolos servicios de atención ó Medio Ambiente, da man das novas preocupacións ecolóxicas; e nos servicios nacionais, tamén haberá que prestar atención á mellora do Medio Ambiente, con novos servicios de xestión de residuos tóxicos ou radioactivos, aínda que os cambios serán máis notorios en servicios en rápida evolución: de novo as telecomunicacións asumen o protagonismo e xa está en preparación unha reforma da LOT pola que se incrementará en número de servicios de valor engadido liberalizados. O novo tren de alta velocidade, representa a innovación tecnolóxica dos transportes terrestres como o fai a tomografía

axial computerizada dos servizos sanitarios; en fin, haberá que dar solucións novas a problemas novos e é evidente que no eido dos servizos públicos van aparecer moitos deles.

Os problemas non son só tecnolóxicos, debe de dicirse claramente, tamén aparecen e son cada vez máis preocupantes os organizativos. A década dos oitenta dedicouse neste nivel en España á construción do Estado das Autonomías, pero a reestructuración administrativa, ou mellora a prestación de servizos ou non serve para nada. Pois ben, rematada a etapa das definicións básicas –que tanto traballo deu ó noso Tribunal Constitucional– debe de comeza-la revisión da calidade dos servizos que chegan ó cidadán e o axuste financeiro. E este axuste debe de facerse precisamente nos anos 90 porque os compromisos xurdidos en MAASTRICHT así o imponen, ó xerar un importante reexame de tódolos gastos financeiros públicos destinado a conseguir esa nidia cifra do 3% no déficit público esixida polo proceso de converxencia das economías europeas.

Algunhas das reformas organizativas están en marcha. O Goberno socialista está tratando de responder ó deterioro dos servizos públicos mediante a conversión en sociedades anónimas –persoas xurídico privadas– dos organismos xestores de moitos servizos públicos. Esta cuestión das entidades instrumentais posúe unha enorme transcendencia e está plenamente xustificada que se lle dedicara o último congreso de Sevilla, convocado en homenaxe a Clavero Arévalo. Velaquí unha boa proba de que a busca dun entendemento xurídico común das cuestións que afectan ós servizos públicos españois ocupará a década dos noventa: sinxelamente, xa comezou.

Aproveitarei un exemplo que vivín moi de preto para expoñe-la mensaxe que vin transmitir. En Canarias, como todos saben, os temas da auga preocupan enormemente e recentemente foi renovada alí a súa lexislación hidráulica específica. Unha das solucións que se incorporou á mesma é a de crear un novo servizo público, de transporte e distribución de auga en cada illa.

Unha parte do espectro político vía nesta creación a solución definitiva ós problemas de estrangulamento e encarecementos que ás veces xurden. Pero crear un servizo público é algo moi delicado, o simple voluntarismo non serve de nada. O novo servizo público, falto dunha base xurídica firme, dun estudio de novos equilibrios entre tódolos interesados na auga non chegou a se poñer en marcha. E engadirei que é bo que así sexa: de momento as augas distribúense eficientemente a través do sistema tradicional, o funcionamento do cal en ocasións chega a parecer un milagre.

Quen di un servizo de transporte da auga fala das novas televisións autonómicas, dos servizos de hemodonación e hemoterapia ou dos estibadores portuarios. Tódolos servizos que precisamos en canto dependan dos responsables políticos, son servizos públicos: ¿non é lóxico esixir un equilibrio neto e claro de dereitos e deberes para todos eles?

A realidade é que non existe e a miña proposta é que o construíamos entre todos nos próximos anos.

Algunhas das vantaxes da clarificación xurídica dos equilibrios internos dos servizos públicos son: a) redución do arbitrarismo político e da discrecionalidade técnica; b) equilibrios autoxerados, non baseados na –sempre falible– boa vontade dos xestores; c) fiabilidade duns servizos rexidos por normas obxectivas e esixibles perante os Tribunais; d) previsibilidade dos efectos da declaración de novos servizos públicos.

Persoalmente imaxino que do entendemento común aquí propugnado xurdirá unha redución do alcance dos servizos públicos. A idea é moi sinxela, reduzamo-la actividade do Estado para que poida funcionar mellor; reduzamo-las responsabilidades colectivas para que poidan ser eficazmente manexadas; pero isto é xa anticipar acontecementos polo que debo de rematar dicindo que, se conseguín poñer sobre o tapete a necesidade de que, de verdade, saibamos que dereitos e deberes están involucrados na operación de cada servizo público, e que este coñecemento debe de ser común a tódolos operadores xurídicos españois, e –no esencial– a tódolos xuristas da Comunidade Europea, terei cumprida a miña tarefa.

Nada máis, moitas grazas.

NOTAS:

- 1) DEAWIN, NICHOLAS "The politics of Welfare". Methuen, London, 1987.
- 2) WRIGHT "Socialisms. Theories and Practices". Oxford University Press, 1986.
- 3) Editado por Giandomenico MAJONE, e publicado por Printer publisher, London, and St. Martin's Press, New York, 1990.
- 4) De Richard A. Harris y Sidney M. Milkis, Oxford University Press, 1989.
- 5) Por exemplo Lawrence K. Finley (editor) "Public Sector Privatization" Quorum Books, New York Westport-London, 1989, ou Nowotony e outros (editores) "Public Utility Regulation" Kluwer Academic Publishers, Boston/Dordrecht/London, 1988, etc.
- 6) De Joseph CARLES y Jerome DUPUIS, Nouvelles Editions Fiduciaires, 1989. Por suposto, en Francia tamén preocupan os temas xerais dos que serve de mostra a obra colectiva dirixida por DEBBASCH "Les privatizations en Europe", Editios du CNRS, Paris, 1989.
- 7) Trivium, Madrid, 1988
- 8) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, JAIME "El fenómeno privatizador en el Reino Unido", La Actualidad Administrativa nº 43 y 44, 1990; estos traballos, ampliados, foron posteriormente publicados como libro (Montecorvo, Madrid, 1991). O traballo de Villar Rojas constitúe a súa tese de doutoramento, realizada sobre "privatización y regulación de servicios públicos", de próxima publicación pola editorial Tecnos.
- 9) A obra é de MARTÍNEZ MARÍN, está centrada sobre os principios de continuidade e regularidade e foi publicada en 1990.
- 10) SALA ARQUER "El principio de continuidad en los servicios públicos". INAP, Madrid, 1977. ARIÑO ORTIZ "El servicio público como alternativa" REDA 23, 1979 páxs. 527 é ss. VILLAR EZCURRA "Servicio público y técnicas de conexión" C.E.C. Madrid, 1980, MARTÍN REBOLLO "De nuevo sobre el servicio público. Planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica" RAP 100-102, páxs. 2471 e ss.
- 11) Servicio de Publicacións de Facultade de Dereito, Universidade Complutense, Madrid, 1990.
- 12) Calquera xornal, de calquer día, conerá alomenos unha noticia relacionada con algún servicio público. No que lin ó escribir estas liñas (27 de decembro de 1991) comentábanse estas tres: primeira, a suba de tarifas de electricidade, teléfonos e transporte; segunda o novo contrato ca compañía telefónica; e, terceira, as críticas de organización de consumidores e usuarios á decisións estatais, que non garantían, na súa opinión, a calidade dos servicios cuais tarifas subían. E, ó releas (2 de Marzal de 1992), a prensa daba noticia dos proxectos de Lei de Portos e Marina Mercante e de Regulación de Folga, na discusión da cal os sevcios públicos fan constante acto de presenza.
- 13) Vid, por exemplo, o clásico manual de MALGRUDER'S "American Government" Allyn and Bacon 1975, páxs. 424 e ss. ou REDFORD e outros "Politics and Government in the United States", 2ª ed. HARCOURT, BRACE and WORD, 1988, páxs 702-704.
- 14) Unha boa e recente exposición deste principio pode verse en LACHAUME "Grands Services Publics" (Masson, París 1989), baixo o epígrafe de "L'adaptation constante des services publics" (páxs. 262 e ss.)
- 15) DE LA CUÉTARA "La actividad de la Administración", Tecnos, Madrid 1983, páx. 120.
- 16) Para mostra un botón: a categoría dos "servicios sociais" manexada pola xurisprudencia francesa con certa asiduidade, é rexeitada, entre outros, por LECHAUME ("Grands services publics", Masson, París, 1989) nun rotundo epígrafe titulado: "Une categorie dispaure: les services publics socieux", no que da conta de división doctrinal ó respecto (páxs. 76 e ss.).
- 17) Así, na Lei Xeral de Educación de Agosto de 1970; o Estatuto de Centros Docentes de 19/xullo/80; a lei de Reforma Universitaria de 25/ago/83; e Lei orgánica do Dereito á Educación de 3/xullo/85; e a Lei Orgánica de Ordenación do Sistema Educativo de 3/outubro/90.
- 18) Vid. a xurisprudencia contradictoria recopilada en González Salinas "Oficinas de Farmacia" (xurisprudencia do Tribunal Supremo) Civitas, Madrid, 1991, paxs. 32-33.
- 19) "La Guerra había asestado un golpe devastador a la clásica desaprobación de la intervención del Estado en la Economía". GALBRAITH "Historia de la Economía", trad. esp. 4ª ed. Ariel, Barcelona 1990, páx. 273. Nestas verbas reúnese toda unha filosofía sustentada pola denominada "revolución keynesiana" que está presente tamén na coñecida obra do mesmo autor "El nuevo Estado industrial" trad. esp. 7ª ed. Ariel, Barcelona 1980.
- 20) Raymond ARON "Ensayo sobre las libertades", Trad. esp. Alianza Editorial 2ª ed., Madrid 1969 páxs. 71 e ss.
- 21) Un bo entendemento do tema xeral das libertades públicas e a súa evolución pode acharse en calquera manual francés desta materia; por exemplo, BURDEAU "Les libértés publiques" 4ª ed. L.G.D.J. Paris, 1972, ou ROBERT "Libértés publiques", 2ª ed. Montchrestien Paris 1977.
- 22) Para un enfoque xeral vid. KATZAROV "Teoría de la nacionalización (El Estado y la propiedad)" trad. esp. U.A.M. México, 1963; dende a perspectiva europea, por todos, ROBSON "Industria nacionalizada y propiedad pública" trad. esp. TECNOS, Madrid, 1964; é, para a perspectiva española MARTÍN MATEO "Ordenación del sector público en España", civitas Madrid, 1973, páxs. 94 e ss.

- 23) Para repasar éstas cuestións poden consultarse os diversos traballos e os estudos introductorios da obra de WAI-SER (director) "Planificación", traducida e presentado por ARIÑO ORTIZ e GALLEGO ANABITARTE, 2 vols., E.N.A.P., Madrid, 1974. Máis recentes son os ensaios de BASSOLS COMA "La planificación Económica" (en el "Modelo económico en la Constitución española", I.E.E., Madrid, 1981, vol 2º páxs. 233 e ss.) e "La Planificación y la intervención pública en la Economía" (en "la empresa en la Constitución Española", Aranzadi, Pamplona 1989, páxs. 137 e ss.) como obra xeral recente pode consultarse MARTIN-RETORTILLOS "Derecho Administrativo Económico", I, la Ley, Madrid 1988, páx. 326 e ss.
- 24) Os economistas característicos son como é ben sabido, FRIEDERIK VON HAYEK e MILTON FRIEDMAN, cuías obras "Camino de Servidumbre" y "Derecho, Legislación, Libertad" para o primeiro e "Libertade de elegir", para o segundo, foron obxecto de numerosísimas traducións e comentarios en todo o mundo.
- 25) "Le service public constitue à bien des égards, La légitimité contemporaine du pouvoir". Lachaume "Grands services publiques" Masson, Paris, 1989, páx. 17 (con cita de Belorgey "Le Gouvernement et l'Administration de la France", Colin, Paris, 1967, páx. 11).
- 26) Poden verse, por exemplo, SERRANO TRIANA "la utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del Bienestar" IELSS., Madrid, 1983, passim, o CHINCHILLA MARÍN "El servicio público: ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el uso de la televisión", no libro homenaxe a García de Enterría vol. II, Civitas Madrid 1991, páxs. 943 e ss. (ámbolos autores teñen outras publicacións sobre estes mesmos temas.)
- 27) Neste sentido, son de aplicación as técnicas anglosaxonas de "Decisión marking" e "Policy analysis and evaluation", que aparecen en calquera manual introductorio á Administración Pública inglesa ou americana. Ad exemplum: ROSENBLOOM "Public administration. Understanding Management, Politics and Law in the Public Sector" 2ª ed. Random House, New York, 1989, páxs. 287 e ss.
- 28) Sirva como mostra a publicación periódica "Public Utility Compendium", sección de Commercial and Financial Chronicle americano como número de 1/nov./24 ó enunciar o nome adaptado expoñía: "The Public Utility Compendium is indeed all-embracing. It is now truly representative of the public utility field. It covers public utilities of every kind and description. Light and power companies are now represented, as well as the electric railways, and in addition we include water and gas companies and telegraph, telephone, cable and radio corporations."
- 29) Tómesese como exemplo a nova revista "utilities policy" nacida na Inglaterra en 1990 da man de BUTTERWORDS/HEINEMANN.
- 30) Sen perxuízo de lembrar que existe unha abondosa bibliografía sobre os desenvolvementos europeos recentes, cabe recomendar, para quen desexe un libro explicativo e cómodo de ler, a COLCHESTER e BUCHAN "Europea relexada. Realidades e ilusións cara a 1982." Trad. esp. Plaza y Janés. Barcelona 1991.
- 31) Vid HANCHER "European Utilities Policy. The emerging legal framework" en "Utilities Policy" Abril de 1991, páxs. 255 e ss.
- 32) Vexáanse, ó respecto, as reflexións de Rivero sobre os límites da privatización no seu "Rapport de synthese" incluído en: Debbasch (Director) "Les privatisations en Europe", CNRS, Paris 1989. páxs. 229 u ss.
- 33) Esta é unha das constatacións fundamentais feitas por VILLAR ROJAS no seu estudio "La privatización de servicios públicos", de próxima publicación pola editorial TECNOS (cítase pola tese mecanografiada, Universidade da Laguna, 1991).
- 34) A este respecto, continúa a ser válida a frase de Adam Smith que persoalmente eu gusto de citar, segunda a cal existen actividades "de tal natureza que a utilidade nunca podería recompensar o seu custo a un individuo ou a curto número deles, e que, polo mesmo, non debe esperarse que se aventurasen nin a erixilos nin a mantelos. Estes son os servizos públicos, que, se eran admisibles en 1775, tamén o son hoxe en día, se ben valorados segundo unha contabilidade algo máis sofisticada. Vid. meu libro "La actividad de la Administración" (Tecnos, Madrid, 1983) páx. 128.
- 35) O tema hai que remiti-lo ós manuais franceses de Dereito Administrativo e ás monografías por eles citadas. Delas quizais sexa especialmente interesante o Traballo de PISIER-KOUCHNER "Le service public dans la theorie de l'Etat de Leon Duguit" (L.G.D.J. Paris, 1972).
- 36) Sirva de mostra A Lei de Ordenación das Telecomunicacións e a lexislación de radio e televisión. Concretamente, na lei nomeada "de las televisiones privadas", de 3/maio/88, a calificación de servizos público xustifica o conxunto de restricións nela introducidas, ó igual que xustifica a inexistencia en España da Televisión por cable, pendente da nova lei enunciada polo Goberno, pero impedida pola Lexislación vixente como confirmaron a xurisprudencia constitucional (vid., ó efecto, Boston /Dordrecht/London 1989, páxs. 213-214).
- 37) Visión que, de tódolos modos, nunca foi totalmente pacífica, por canto o balance de beneficios e custos entre o monopolio natural legalmente regulado e a introducción de competencia aínda que a base dunha ineficacia relativa, non supón un saldo neto en favor de ningunha das partes. Vid, para os aspectos técnicos e a reflexión política sobre eles, GEGAX, D. "Natural monopoly measures and regulatory policy", en NOWOTONY e outros (eds) "Public utilities regulation", Kluwer Academic pub., Boston/Dordrecht/London 1989, páxs. 213-214.
- 38) As regalías constituían, no Dereito Intermedio, áreas e decisións reservadas ó Rei, moitas das cales tiñan un contido económico. Existían regalías maiores (firmar tratados con outros reinos, declarar a guerra ou a paz etc.) e regalías menores (a das augas a dos metais preciosos, a de moitos "xeneros estancados" como o sal ou a pólvora, etc.). A idade de "titularidade regalística" utilízase no Dereito contemporáneo para definir un eido de potestades domésticas.

- cas exclusivas, o que, finalmente, constitúe unha simple cobertura do poder público. Vid. Villar Palasí "Apuntes de Derecho Administrativo", Tomo I, U.N.E.D. Madrid, 1974, páxs. 99-100.
- 39) ARIÑO "Concepto de servicio público y bases de su régimen jurídico". Prelección ó seu "Programa de Derecho Administrativo", Universidade Complutense, Madrid, 1975, páx. 40.
- 40) SERRANO TRIANA "Fundamentos del servicio público". Universidade Complutense. Madrid 1991, páx. 40.
- 41) Vid. o capítulo cuarto do meu libro "La actividad de la Administración", citado.
- 42) Están totalmente de acordo cas seguintes verbas de VILLAR PALASÍ, escritas fai 24 anos no prólogo á "La cláusula de progreso en los servicios públicos" de Meilán Gil (I.E.A., Madrid, 1968), e aínda válidas hoxe: "Como el Matías Pascal de Pirandello, el servicio público, una de las pocas cosas, tal vez lo único, que sabe de sí mismo, es que se llama servicio público". Quedou dito aquí que a clarificación xurídica deste concepto será un obxecto de preocupación doutrinal para os vindeiros anos, non ten obxecto ningún tentar de arranxala agora nuns párrafos mais ou menos afortunados.
- 43) Péñese na alimentación, necesidade universal, e sector donde o servicio público de acción directa é puntual, reducido ós mercados municipais e a algunhas cadeas nacionais (Mercados centrais, por exemplo) ou institucións agrícolas (FORPPA). Soamente as circunstancias da posguerra impulsaron a extensión do servicio público neste terreo, papel, que corresponden á extinguida Comisaría de Abastecementos e Transportes.
- 44) Sirva de exemplo o Dereito Local, donde a Lei Reguladora das Bases de Réxime Local e o texto Refundido das Disposicións do Réxime local conforman o armazón legal donde por forza haberá de moverse a actividade de servicio destas entidades (por mais que o Regulamento de Servicios siga a ser o de 1955). Para o meu entendemento persoal nesta materia, me remito ó exposto nos dous primeiros capítulos do libro "Introducción a los servicios locales". Tipos de prestación y modalidades de gestión. MAP, Madrid, 1991.
- 45) A idea de "autoobligación" debe de ser matizada, no sentido de que poden existir imperativos de diverso orden para a constitución dun determinado servicio, como o son os mandatos constitucionais para o Estado, ou os servicios mínimos obligatorios impostos na lexislación estatal ou autonómica para as entidades locais.
- 46) Este principio básico no noso ordenamento, é recollido nos artigos 9, 103, e 106 da Constitución. Sobre o seu contido, poden consultarse os diversos "Comentarios" á Constitución existente no mercado; para a explicación máis extendida na nosa doutrina vid. García de Enterría-Fernández Rodríguez "Curso de Derecho Administrativo" tomo I, en calquera das súas últimas edicións da editorial Civitas, capítulo "El principio de legalidad de la Administración"
- 47) A explicación convencional é a seguinte: declarado polo Parlamento un servicio público créase unha relación especial de suxeición, que afecte tanto ás empresas xestoras do servicio como ós usuarios do mesmo. A relación especial de suxeición permite a existencia da potestade regulamentaria autónoma e a de poderes "implicitos ou inherentes" á tarefa que confiase a Administración ca soa declaración de servicios público. Todo iso permite que a Administración concrete realmente en qué consiste o servicio sobre a única base dun mandato lexislativo que non ten porque definir todos os seus aspectos operativos.
- 48) Un modelo útil pode acharse nos servicios que se contratan. O artigo 127 do Regulamento de Servicios das Corporacións Locais define as potestades que sempre atentará a Entidade Local e o artigo 125 os extremos que deben precisarse en todo servicio concedido. Noutros termos, os equilibrios fundamentais do servicio xestionados por terceiros quedan previamente definidos. E o artigo 197 do Regulamento Xeral de Contratación esixe que antes de contratar deberá "haberse promulgado o réxime xurídico básico do servicio". Pois ben, como en todo servicio público existirá xunto á Administración ou Axencia Reguladora unha empresa pública ou privada e uns usuarios, este "régime básico" e eses "equilibrios" deben de estar presentes desde o seu mesmo nacemento, nacemento que, como sabemos, ten lugar no Parlamento. O propio Parlamento debe enmarcar a actividade administrativa subseguinte, de xeito todo o flexible que se quere, pero non por iso menos eficaz (lémbrese a flexibilización do principio de legalidade aplicado ós tributos, sobre a que se aplica ás condenas penais).
- 49) O tema dos usuarios dos servicios públicos tende, cada vez máis, a se enmarcar na lexislación xeral do consumo impulsado pola organización de "consumidores e usuarios". Deste xeito recoñécese a existencia de aspectos mercantís -comerciais- e administrativos -políticos- nesta materia e a substancial identidade da situación da "parte feble, que recibe un producto o unha prestación, frente a empresa proveedora. Para simplificar, esta distinción non se terá en conta no texto que segue.
- 50) Sobre a posición xurídica do usuario existen algúns estudos monográficos en España. Vid: ESCRIBANO "El usuario ante los servicios públicos." Precisiones acerca de su situación jurídica. (R.A.P. 82, 1977) e RIVERO ISERN "La protección del usuario en los servicios públicos" (R.A.P. 87, 1978).
- 51) Vid. DÍAZ LEMA "Sector Energético. Política y Derecho". Facultade de Dereito de Palma de Mallorca, 1984 páx. 180. Neste mesmo autor poden consultarse os problemas tarifarios nomeados antes en relación ca estrutura financeira das empresas eléctricas. (páx. 65 e ss.).
- 52) "Los vicios del sistema son siempre superiores a las virtudes de las personas que lo practican" Esta frase, que eu oín en repetidas ocasións a un dos máis contundentes críticos españois do sistema de empresas públicas, o prof. Ariño Ortíz, caracteriza asimesmo os servicios públicos e non esixe maior comentario.
- 53) Editado polo Instituto de Estudios Administrativos E.N.A.P., Madrid, 1968.
- 54) Unha polémica notoria é a producida en torno á televisión, onde enfréntanse ARIÑO ("El proyecto de ley sobre T.V. privada, IEE Madrid 1987) e Carmen CHINCHILLA ("La radiotelevisión como servicio público esencial" Tecnos, Madrid, 1988) e na que recentemente interviu GARCIA LLOVET ("El régimen jurídico de la radiodifusión"

Pons, Madrid, 1991). Para as cuestións de alcance xeral pode consultarse DEVOLVE "Service public et libertes publiques" (RFDA, nº 1 de 1985)

55) PÉREZ LUÑO "Los derechos fundamentales" Tecnos, Madrid 2ª ed. 1986, páx. 203 e ss.

56) No seu traballo, antes citado, publicado no libro homenaxe a García de Enterría (Civitas, Madrid 1991 vol II, páx. 943 e ss.) Este estudio continúa na liña do seu libro "La radio-televisión (...)" Tamén citado.

57) Art. 4.2. do código civil, na súa redacción aprobada polo Decreto Lexislativo 1836/1974, de 31 de Maio.

58) Me remito, para os aspectos xerais desta materia, ó exposto no meu libro "Las potestades administrativas" editado na colección "Temas clave na constitución española" de Tecnos (Madrid 1986).

A lei de costas e as competencias das Comunidades Autónomas

José Luis Meilán Gil*

I. INTRODUCCIÓN.

Este é un tema importante, apaixonante, controvertido, onde discrepamos e coincidimos, e que no momento actual ten como punto de referencia non só a Lei e o Regulamento, senón tamén a Sentencia do Tribunal Constitucional do 4 de Xullo de 1991. Algunhas das teses apuntadas anteriormente foron confirmadas, outras non o foron e isto dá lugar sempre á discusión e á investigación. Nunca foi máis adecuada ás sentencias do Tribunal Constitucional, concretamente a esta sentenza e sobre todo nalgúns puntos, aquela célebre frase do Xuíz Jackson “somos infalibles porque somos los últimos, non somos los últimos porque somos infalibles”. Fai uns días, en relación co tema de médicos especialistas, o Tribunal Supremo recoñecía que cambiou a orientación xurisprudencial. Tamén pode cambiar a doutrina do Tribunal Constitucional, como xa ocorreu nalgúns cuestións.

Dos diferentes aspectos da Lei de Costas, eu quixera salientar que por primeira vez se regula o dominio público marítimo-terrestre desde a realidade dun Estado Autónomo. Todo o que publicou a doutrina sobre este tema estaba falto desta perspectiva coa que se enfrenta a Lei e, de maneira moi especial, eu diría que predominantemente, a Sentencia do Tribunal Constitucional á que me acabo de referir. E unha novidade á que o lexislador obviamente non se puido substraer. Parece esta afirmación algo elemental pero estímola necesaria porque, como dixeran en máis dunha ocasión, un non se deita centralista e se ergue autónomo e hai unha certa inercia nunha longa historia dun Estado unitario e centralizado para o que poden constituir un obstáculo as novas formulacións que requiren a adaptación das esixencias do Estado composto.

Dúas son as cuestións fundamentais na Lei de Costas: unha relativa á concepción mesma do dominio público marítimo-terrestre e á súa afirmación como dominio público natural dunha determinada maneira, tema que me apasiona, e outro grande tema é o das Comunidades Autónomas.

O punto neuráxico e máis conflictivo do Estado composto, como moi ben se sabe, é a distribución das competencias, que se corresponde co pluricentrismo das fontes do dereito.

Os datos para situar-lo tema son ben coñecidos. En primeiro lugar o artigo 148.1.3 da Constitución que recoñece que as Comunidades Autónomas poden asumir competencias en materia de

* Catedrático de Dereito Administrativo na Universidade de A Coruña

ordenación do territorio, urbanismo e vivenda. ¿En que concepto se poden asumir as competencias?. Pois no que digan os Estatutos das Comunidades Autónomas a teor do artigo 149.3 da Constitución, xa que no artigo 149.1, onde se recolle esa longa enumeración de competencias exclusivas do Estado, non aparece referencia expresa ó urbanismo nin á ordenación do territorio nin do litoral.

Por iso, con toda coherencia, distintos Estatutos de Autonomía, por suposto o de Galicia, configuran como competencia exclusiva da Comunidade Autónoma, a materia de organización do territorio, do litoral, do urbanismo.

II. COMPETENCIAS EXCLUSIVAS E OS SEUS LÍMITES.

A análise do alcance desta concreta competencia exclusiva das Comunidades Autónomas obriga, como é evidente, a reformular, inda que non o vou facer en exceso, o problema teórico do alcance das chamadas competencias exclusivas da Comunidade Autónoma e, sobre todo, a súa relación coas competencias do Estado.

O concepto de competencia exclusiva, a pesar do enunciado, non é un concepto absoluto, senon que se ten que interpretar no bloque, no conxunto, da Constitución. Forma parte do bloque constitucional e hai que o poñer en relación con outras competencias que poida te-lo Estado en razón doutros títulos.

Na miña opinión –construída non ás costas da doutrina do Tribunal Constitucional e consciente que este realizou unha ampliación do concepto estricto, teoricamente correcto, de “competencia exclusiva das Comunidades Autónomas”, considerando que dentro delas están tamén as competencias de desenvolvemento lexislativo de bases estatais– tales competencias exclusivas non se poden negar sen desnaturaliza-la existencia do Estado Autonómico, houbo intentos e, evidentemente, a iso ía dirixida a LOAPA; e non sempre, nin necesariamente, as competencias exclusivas son desenvolvemento lexislativo de bases estatais; en teoría estas serían competencias compartidas.

Por último, inda que o recoñecemento de competencias exclusivas por parte das Comunidades Autónomas supón aplicación prevalente do dereito autonómico verbo do estatal, o cal non significa ausencia de límites no exercicio de competencias autonómicas, derivados precisamente das competencias estatais por outros títulos.

Nesta realidade explícase o porqué desta pluralidade de títulos competenciais diferentes e a necesidade de interpreta-los Estatutos no marco da Constitución. Non vou facer un exame detallado: pero si quero lembrar para o que logo nos interesará, que a solución do conflito depende do título competencial que se estime prevalente –e niso consiste a primordial tarefa do Tribunal Constitucional e por suposto de todo aplicador do dereito– así como determina-los límites que a competencia prevalente poida atopar no seu exercicio por razón doutros títulos.

É importante dende o primeiro momento, saber quen é o titular da competencia prevalente para ver despois cales son os límites desa competencia prevalente. Por outra banda, isto recoñécese tamén en diversas sentencias do Tribunal Constitucional, como a 227/1988, sobre a Lei de Augas, será necesario “resolva-los problemas de entrecruzamento ou prevalencia duns e outros títulos”.

III. A ORDENACIÓN DO LITORAL, COMPETENCIA AUTONÓMICA.

Aplicando esta aproximación teórica ó caso concreto de urbanismo e ordenación do territorio, cómpre aclarar de que tipo de competencia exclusiva da Comunidade Autónoma se trata, dada a escala desa exclusividade que terminou por acepta-la doutrina do Tribunal Constitucional. E, unha vez detectado, indagar despois os límites a que está sometida esa competencia prevalente da Comunidade Autónoma.

Canto á primeira cuestión, é claro que se trata dunha competencia exclusiva das Comunidades Autónomas que se podería denominar de primeiro grao. ¿Que se quere dicir con iso? Que na súa enunciación o Estatuto que recoñece esta competencia exclusiva non contén referencia ningunha a unha competencia estatal específica, como ocorre con outras materias ó emprega-la famosa expresión “sen prexuízo”, por exemplo no caso galego ou nos apartados 10, 12, 13, 14, 19, 29, 31 do artigo 149.1.17 da Constitución, ou expresións equivalentes (“de acordo con”, “de conformidade con”, “nos termos de”, etc.).

No tocante á segunda cuestión, faise imprescindible operar unha certa análise en certo modo a fisión do contido do concepto “urbanismo” e “ordenación do territorio”, no cal encaixa esta especificación do litoral.

Se collesemos –non vou a esgota-lo método–, como guía, o artigo 2 da aínda hoxe vixente Lei do Solo, pódense ver cales son os elementos que definen, por exemplo, o macroubanismo, onde podería entrar, incluso, a ordenación do territorio. Sería cuestión de analiza-las referencias ó dereito de propiedade, e ata que punto a Comunidade Autónoma pode defini-lo contido desa propiedade (O problema se suscita con outra Lei na que interviu moi decisivamente o meu colega Angel Menéndez Rexach, a Lei 8/90, buscándose distintos títulos no apartado 149.1 da Constitución para afirma-la posibilidade da exclusividade da competencia do Estado.

Non quero desenvolve-lo tema, pero si dicir que con base nas sentencias do Tribunal Constitucional, pódese admitir perfectamente que haxa unha regulación non uniforme do dereito de propiedade definido no C.C., e que esa adecuación ós distintos condicionamentos, non soamente sectoriais ou materiais, senon tamén físicos ou xeográficos permite unha definición do dereito de propiedade, en parte, polas propias Comunidades Autónomas.

A mesma conclusión pódese chegar na análise da función social da propiedade. Por exemplo, a Sentencia 37/87 afirma: “a función social de propiedade presupón a identificación dos fins de interese xeral que están chamados a satisfacer os bens de dominio privado”. Estes fins poden xustifica-lo emprego de distintos instrumentos xurídicos en atención á propia localización dos bens. Esta realidade de pluralidade da institución, que nun estado unitario se manifestaría –e non é unha sorpresa–, co recoñecemento dos dereitos forais, nun estado composto conduce con naturalidade a recoñece-la competencia das Comunidades Autónomas.

Polo tanto, se se recoñece que a Comunidade Autónoma ten competencia exclusiva en materia de urbanismo e ordenación do territorio, iso significa que o bloque constitucional quixo que sexa a Comunidade Autónoma quen defina o que sexa de interese xeral neste suposto, identifícase como interese autonómico, que é elemento por outra banda definidor da propia Autonomía segundo o artigo 137 da Constitución.

É interesante lembralo porque estas apelacións ó interese xeral na inercia á que me refería ó principio, dun Estado unitario, leva, dunha maneira insensible, no lexislador, nos administradores, nos xuristas que aplican o dereito, a identificar necesariamente interese xeral con Administración do Estado ou Administración centralizada.

A propia Constitución realizou unha opción de maneira que a propia Constitución, ou os propios constiúntes deixaron nalgunha medida a definición e a defensa de ese interese xeral ás Comunidades Autónomas que, obviamente, tamén forman parte do Estado

Por fortuna, o Tribunal Constitucional saiu ó paso, nalgunha ocasión, da apelación abusiva ó interese xeral para fundamenta-la competencia estatal xa que iso “podería terminar por vaciar o deseño constitucional do Estado das Autonomías” (STC 146/86). Os intereses propios das Comunidades Autónomas fronte a esa inercia, lóxica, de moitos anos de Estado centralizado, son tamén interese xeral, que a Constitución entendeu que se consegue mellor artelladamente, e non de modo unitario. Esta é a expresión dun voto particular do que foi relator da sentenza do Tribunal Constitucional sobre a Lei de Costas.

Por conseguinte, o artigo 149.1.1 da Constitución, relativo á competencia estatal sobre regulación das competencias básicas que garantan a igualdade de tódolos españois no exercicio dos seus dereitos e o cumprimento dos seus deberes constitucionais, non pode ou non debe de ser esgrimido como argumento para privar a priori da competencia á Comunidade Autónoma para regula-la materia de urbanismo ou ordenación do territorio, neste caso do litoral.

Outra cousa é que esa competencia autonómica exclusiva conte co límite do artigo 149.1 que non require un tratamento xurídico unitario, senón igualdade das posicións xurídicas fundamentais, que haberá ser examinada se se respecta en cada caso. Algo polo tanto moi distinto ó desaparimento da competencia autonómica.

En principio, polo tanto, a Comunidade Autónoma é competente para regula-lo urbanismo, a ordenación do territorio e litoral, sen que para iso sexa atranco a incidencia no dereito de propiedade, e sempre e cando se respecte a igualdade das posicións xurídicas fundamentais dos cidadáns.

Apelei ó 149.1 porque o Tribunal Constitucional, nesta Sentencia do 4 de Xullo de 1991, tivo que acudir ó artigo 149.1 da Constitución para adoptar unha posición fundamental de cara ós preceptos cuestionados da Lei de Costas, relacionándoo co artigo 45 da Constitución (“o dereito a un medio ambiente”) entendendo que o lexislador estatal ten competencia para regular, dunha maneira unitaria –aquí hai un esvaramento sutil das posicións–, as condicións do exercicio do dereito ó medio ambiente do artigo 45.

Tamén o Tribunal Constitucional nesta sentenza aludiu ó artigo 149.1.23, desenvolvendo esta relación do 149.1, esa igualdade de posicións xurídicas, co medio ambiente. É evidente, o Tribunal Constitucional non pode negalo, que a Comunidade Autónoma ten competencia exclusiva en materia de ordenación do territorio, urbanismo e litoral; pero ten que facerse forte para defender as súas posicións no artigo 149,1,23 que atribúe ó Estado competencias exclusivas sobre o medio ambiente, aínda que tamén reconece que as Comunidades Autónomas poden dictar normas adicionais.

A sentenza do Tribunal Constitucional fai unha serie de consideracións acerca da ordenación do territorio, non sendo o caso a desenvolver agora, concebida máis como unha política que como determinacións concretas. Isto unido á idea do medio ambiente fai que se estenda dunha maneira consciente o posible ámbito de competencia estatal. O litoral non é só dominio público nin só competencia económica: é medio ambiente.

IV. O TITULAR DO DOMINIO PÚBLICO.

Atopámonos polo tanto co problema da relación entre o dominio público e a distribución das competencias estatais e autonómicas.

A declaración de dominio público estatal, creo que consciente ou inconscientemente –quizais Angel Menéndez poderá revelarnos cal foi a vontade inicial do lexislador–, foi unha das varias vías que o Estado intentou, nalgúns casos sen éxito e noutros con máis éxito, para recuperar competencias respecto das Comunidades Autónomas. Un intento fracasado é o *spending power*: o Estado dá subvencións e como “o que paga manda”, por aí habería un medio de recoñecer que había unha competencia estatal, intento fracasado afortunadamente; e tamén foi fracasado este intento en relación coa Lei de Augas). En resúmen, o recoñecemento da titularidade do dominio público non implica ningún título competencial, e polo tanto non pode altera-la distribución das competencias estatais e autonómicas.

Isto suscitouse en relación coa Lei de Augas do 2 de Agosto de 1985, o artigo 1 da cal concebía o dominio público hidráulico como dominio público estatal. A sentenza do Tribunal Constitucional 227/1988 sobre a devandita Lei, acertadamente, na miña opinión, afástase da concepción ata

hai pouco dominante, da doutrina do dominio público como propiedade pública. O que ten importancia no tema que nos está a ocupar.

Cando se fala da titularidade do dominio público, hai unha certa tendencia a considera-lo como unha propiedade pública constituída "*more privato*": fronte a propiedade privada, con titular particular, o dominio público tería un titular público. Se se sostén a tese –que hoxe creo que está a gañar adeptos na propia doutrina–, de que o dominio público máis que unha propiedade pública é un título de intervención, estaremos en mellores condicións de aborda-lo tema do dominio público e a súa influencia na distribución de competencias estatais e autonómicas.

A incorporación dun ben ó dominio público supón non tanto unha maneira específica de apropiación por parte dos poderes públicos unha técnica dirixida primordialmente a excluí-lo ben afectado do tráfico xurídico privado. Baixo esta perspectiva, eu creo que hai que entende-lo que se denomina na Constitución "dominio público estatal", que é a cualificación que se lle dá ó dominio público marítimo-terrestre. (Recordo perfectamente o momento constitucional no que se introduciu esa determinación; foi por instancias dun avogado do Estado, que predominou máis aí a súa condición de avogado do Estado que de presidente autonómico, o Partido Aragonés Regionalista. Inicialmente non había ningunha referencia ó Estado, polo que parecía que quedaba o dominio público sen un titular, de acordo coa inercia da Lei de Patrimonio do Estado, "patrimonio" dos Avogados do Estado, se introduxo o adxetivo "estatal". Se concebimo-lo dominio público como unha técnica xurídica capaz de afastar do tráfico privado determinados bens, podemos limitar máis as competencias, as facultades, do pretendido titular dese dominio público.

Para o que aquí importa será abondo lembra-la doutrina sentada na importante STC 77/1984, do 3 de Xullo. O Tribunal Constitucional ten presentes as competencias estatais e autonómicas que coinciden nun mesmo espazo físico por diferentes títulos: o dominio público –referíase a un porto–. Esta concorrencia de competencias sobre o mesmo espazo físico pode suscitar dificultades en casos concretos, pero tales dificultades non obstan ó principio de que a concorrencia sexa posible, xa que non existen espazos exentos dentro da Comunidade Autónoma. O problema reproducíase en materia de Comunidades Autónomas pero o tema é vello: os portos, que poden ser contemplados baixo a perspectiva do Ministerio correspondente, formando parte do dominio público marítimo nacional.

Cómpre, por conseguinte, ver como poden xogar competencias estatais e autonómicas que coinciden nun mesmo territorio, operación á que o propio Tribunal Constitucional invita e que resolve, neste caso na sentenza do 3 de Xullo de 1984 a prol da Comunidade Autónoma.

A condición de dominio público non é un criterio empregado na nosa Constitución, nin no Estatuto do País Basco, neste caso, para delimitar competencias. É certo que o concepto de dominio público serve para cualificar unha categoría de bens, pero non para aillar unha porción do territorio do seu contorno e consideralo zona exenta das competencias dos diversos entes públicos que a posúen. A titularidade do dominio público estatal contida na Constitución –caso do dominio público marítimo-terrestre– ou realizada por Lei de acordo coa Constitución non altera pois a distribución das Competencias.

Na citada sentenza do Tribunal Constitucional sobre a Lei de Augas de 1988 resólvese a cuestión satisfactoriamente neste sentido, saíndo ó paso desa tendencia expansionista á que antes aludía das competencias estatais, con motivo da declaración previa, por suposto lexítima, como dominio público estatal, do dominio público hidráulico. Se lle reconece entón ó Estado a potestade de demanializar unha porción do dominio público natural, é dicir, excluír do tráfico xurídico privado uns bens con base no artigo 132.2, 149.1.8 e 149.1.1 da Constitución, pero a titularidade estatal do dominio público hidráulico non predetermina as competencias que o Estado e as Comunidades Autónomas teñen atribuídas en relación co mesmo. E esta é a tese que se volve recordar na sentenza 149/1991 do Tribunal Constitucional da que non lles vou falar.

V. PRELACIÓN DE TÍTULOS COMPETENCIAIS NA LEI DE COSTAS.

Na Lei de Costas, como pasou na Lei de Augas e despois na Lei 8/90 sobre Reforma do Réxime Urbanístico e Valoración do Solo, hai, de entrada, unhas declaracións formais en relación coas competencias autonómicas. O lexislador é consciente que está a legislar nun Estado Autonómico e de aí as complicacións que xurden. En diferentes artigos da Lei ésta límitase a respectar –respecto que eu podería cualificar de formal, de cortés, de obrigado pero non moi concreto– as competencias das Comunidades Autónomas. Véxase un exemplo no artigo 114, a teor do cal “as Comunidades Autónomas exercerán as competencias que nas materias de ordenación territorial e do litoral, portos, urbanismo, vertementos ó mar e demais relacionadas co ámbito da presente Lei teñan atribuídas en virtude dos seus respectivos Estatutos”. E unha declaración cortés, evidentemente, pero non di absolutamente nada, é innecesaria ou inexpresiva.

Outros preceptos conteñen formulacións equívocas e ata certo punto contradictorias. Que as formulacións que contén o artigo 21.3 son equívocas e incluso contradictorias tivo que recoñecelo o Tribunal Constitucional. “As disposicións deste Título teñen o carácter de regulación mínima e complementaria das que dicten as Comunidades Autónomas no ámbito das súas competencias”. Calquera pode entender que hai entre “mínima” e “complementaria” algunha contradicción. Isto é decatado polo Tribunal Constitucional: si é mínima, dado o concepto básico que atribúe a esta materia, pero evidentemente non pode ser complementaria. O carácter de mínimo fai reconducíble a expresión ó concepto de básico ou de base estatal, co que as competencias exclusivas das Comunidades Autónomas habería que as entender como de desenvolvemento lexislativo, o cal na miña opinión non é correcto. Porque a pesar de que outra cousa se parece deducir da aplicación da Lei de Costas, esta non é unha Lei Orgánica nin unha Lei Básica, é unha Lei Ordinaria das Cortes Xerais, que non en tódolas materias ten por que conter, polo menos a priori como razón xeral, unhas bases que poidan ser desenvolvidas polas Comunidades Autónomas.

Recoñece a Sentencia do Tribunal Constitucional, moi ó principio dos seus fundamentos xurídicos, que o obxecto da Lei de Costas non é a ordenación do territorio, e polo tanto aquí ten aplicación o que dicía ó principio. O que se trata é de ver cales son as limitacións ou os límites a que está sometida a competencia exclusiva sobre urbanismo, ordenación do territorio e litoral que corresponde ás Comunidades Autónomas. ¿Que criterios se utilizaron para xustificar a competencia estatal derivada do título do dominio público? Antes aludín ó 149.1.1 e ó 149.1.23 da Constitución. Nunha aproximación correcta, non polémica, neutral, antes de analiza-lo que di a sentenza do Tribunal Constitucional, parece razoable que a titularidade estatal dos bens do dominio público marítimo-terrestre, requira o exercicio dunha serie de facultades sobre os mesmos. Pero sempre, insisto, sen perder de vista, máis que a titularidade “a xeito de propietario”, a titularidade a xeito de exercicio dunha serie de intervencións para que os bens cumpran coa funcionalidade de formar parte do dominio público.

A actividade estatal quedará cinguida ó que poderíamos chamar xenericamente o réxime xurídico deses bens, que encontraría o seu fundamento no artigo 149.1.18 da Constitución –“bases do réxime xurídico das Administracións públicas”– aínda que non estea expresamente citado, e tamén no artigo 132.1 da Constitución, que se refire ó dominio público marítimo. Este artigo precisamente di que “a Lei regulará o réxime xurídico dos bens de dominio público”; é lóxico, é claro, tratándose de dominio público estatal non ofrece a menor dúbida que será unha Lei das Cortes Xerais a que regule tal réxime xurídico como fixo a Lei de Costas. Cal sexa o contido desta expresión non é posible determinalo con exactitude, pero sí caberá delimitalo en canto ó seus extremos.

Dentro da expresión ha comprenderse, lóxicamente, a determinación dos bens do dominio público (art.132.2 da Constitución que remite ó lexislador a competencia para delimitar, para dicir que bens son de dominio público, independentemente dos que xa figuran na Constitución). Esta determinación debe de entenderse referida, non só á súa enumeración (como efectivamente

realiza a Lei de Costas nos artigos terceiro, cuarto e quinto), senón tamén á súa delimitación física e xurídica.

Neste último sentido resulta lóxico, por exemplo, que o réxime xurídico de tales bens comprenda os deslindamentos (artigos 11 e 16 da Lei de Costas), a afectación e desafectación, etc., con apoio ademais no artigo 132.1 da Constitución. Tamén desde esa perspectiva resulta coherente que se regulen determinadas facultades da Administración que tenden a asegurala efectividade dos principios constitucionais de inalienabilidade, imprescriptibilidade, e inembargabilidade que deben de inspira-lo réxime xurídico destes bens, como di a propia Constitución e se recolle na Lei de Costas (artigos do 7 ó 10).

En principio, a protección do dominio ou a súa utilización poden entrar igualmente dentro do que se denomina “réxime xurídico de tales bens”. É precisamente aquí, sen embargo, onde se poden producir colisións coas competencias autonómicas sobre ordenación do territorio e do litoral e urbanismo. É razoable, na miña opinión, que a Lei Estatal se preocupe pola protección e o uso dos bens de dominio público estatal, pero esta preocupación debe de se articular debidamente coas competencias autonómicas e municipais, pola debida composición de intereses xerais en xogo, e sen que se atranquen mutuamente. Aquí teñen aplicación as referencias que fixen á articulación do interese xeral.

A protección do dominio público marítimo-terrestre non debe de impedi-lo exercicio real das competencias non estatais sobre o urbanismo, a ordenación do territorio e do litoral; á súa vez, estas han ter en conta o obxectivo necesario de protección sobre o dominio, sen o cal este desaparecería ou degradaría. O mesmo habería de se dicir verbo do emprego, aínda que neste caso se a regulación estatal é excesivamente concreta e detallada, podería facerse inútil ou ficticia a competencia municipal ou a competencia das Comunidades Autónomas.

A tese foi adiantada con motivo da Sentencia do Tribunal Constitucional sobre a Lei de Augas. A lexitimidade das normas do Estado provén de que determinan “o réxime de protección dos bens do dominio público hidráulico”. A propia Lei de Costas subministra base para esta tese: o que xustifica as limitacións da propiedade na denominada zona de servidume de protección é precisamente a protección dese dominio público; pero aquí empezan xa os problemas: ¿de que se protexe? da súa permanencia, do seu deterioro, da súa utilización.

Compréndese esa finalidade na servidume de tránsito que recae sobre unha franxa de 6 metros porque cómpre que quede expedita para os concretos fins de vixilancia e salvamento.

Na zona de servidume de protección compréndese tamén con claridade nos seus primeiros 20 metros (a distancia tradicional da servidume de salvamento), pero esa protección que se busca cos restantes metros, ¿está realmente xustificada? ¿non obedece esta zona tan ampla máis ben a determinación de carácter urbanístico?; e dicir, estaríamos ante a regulación do uso do solo que é característica dos planos de urbanismo.

A Sentencia do Tribunal Constitucional introduce un concepto, que eu creo que é discutido ou polo menos da lugar a discusións. Non hai dúbida ningunha sobre a titularidade do Estado para protexer *fisicamente* o dominio público, porque doutro xeito se pode degradar e ante todo –e iso é unha das consecuencias da opción que escolleu o lexislador da Lei de Costas–, ante todo o dominio público marítimo-terrestre é un concepto físico; é verdade que se superou o tradicional concepto do espazo que cubren e descubren as mareas, e é lícito que o lexislador poida ampliar este espazo físico que se define como dominio público natural. Pero tamén é verdade que tivo unha concepción do dominio público por natureza moi determinada, tan determinada que leva ás consecuencias da Disposición Transitoria Primeira que foi declarada constitucional: nunca podería deixar de ser dominio público porque o é por natureza.

A protección *xurídica* é xa un concepto moito máis lábil, moito máis inseguro, onde probablemente hai algunha petición de principio, hai un fenómeno de *feed-back*. E dicir, é verdade que o

Estado ten competencia para regular en virtude da protección, defensa e determinación do dominio público, sen que o réxime xurídico sea á súa vez o título para aumentalas súas propias competencias. Eu creo que aquí hai un fenómeno comercial de “pescadiña que se morde a cola”; esta apelación á protección xurídica, non só física, do ben do dominio público marítimo-terrestre, é o que vai xustificar a constitucionalidade dunha serie de preceptos da Lei de Costas de acordo co Tribunal Constitucional.

Na miña opinión esa competencia sobre o réxime xurídico debe de estar limitada á protección física, estrictamente condicionada a garantir, dunha banda, a conservación, en sentido físico, do dominio público marítimo-terrestre; e, doutra, a utilización do dominio público marítimo-terrestre que sexa estrictamente congruente con esa definición.

A Lei proporciona un criterio claro, ó meu ver, de cal ha de ser esa utilización. Este é outro eido no que se suscitaron grandes problemas e onde o Tribunal Constitucional aceptou a inconstitucionalidade dalgúns preceptos. O artigo 31.1. di que esta utilización será libre, pública e gratuita para os usos comunes e acordes coa natureza daquel, tales como pasear, estar, bañarse, navegar, embarcar, etc., etc., coller plantas ou mariscos ou outras actividades semellantes que non requiran obras nin instalacións de ningún tipo. Son estes usos comunes os que se han de protexer, que aínda que poden incidir nunha perspectiva urbanística non a esgotan. Desde esta perspectiva compréndese que se protexa, por exemplo, a utilización dunha praia como ben de dominio público, cando se impide, por dicilo dunha maneira gráfica, que os edificios próximos proxecten a súa sombra na mesma. E indubidable que a boa utilización, a axeitada utilización dunha praia como dominio público require que lle dea o sol; pero cando hai uns edificios permitidos por razóns urbanísticas que están proxectando sombra á praia, efectivamente hai unha colisión. En tales casos, o lexislador estatal, que ten que protexer-lo ben de dominio público, pode esixir que ese uso se garanta, influíndo nas determinacións urbanísticas que son competencia da Comunidade Autónoma ou do Concello. O uso da praia require unha específica forma de uso que ven dada pola propia natureza do ben e pola función social que desempeña. Pero calquera limitación que non garde relación directa co emprego e o disfrute do ben, non se xustifica no título de dominio público.

Por iso sostiven antes da publicación da sentenza do Tribunal Constitucional que a Lei de Costas se excede nalgúns aspectos, ó impoñer determinacións urbanísticas ás Comunidades Autónomas, sen se limitar a esixir que se garantan, mediante o exercicio das competencias autonómicas e locais en materia de urbanismo, a protección, conservación e uso do dominio público marítimo-terrestre, que máis que unha propiedade estatal, como dicía, é un ben destinado ó común.

VI. SUPOSTOS COMPETENCIAIS CONTROVERTIDOS NA LEI DE COSTAS.

Se o dominio público marítimo-terrestre é estatal, ninguén nega que o Estado ten competencia directa sobre el en materia de utilización, etc. Pero o que pode ser discutible é a competencia do Estado sobre bens que non son dominio público estatal, senón que forman parte, dunha maneira moi gráfica, da zona de servidume de protección, a xustificación da cal é protexer, pero non ordenar urbanisticamente esa zona.

a) O artigo 26.1 da Lei de Costas foi declarado inconstitucional: “os usos permitidos na zona de servidume de protección estarán suxeitos a autorización da Administración do Estado, que se outorgará con suxeición ó disposto na presente Lei e nas normas que se dicten, no seu caso, de conformidade co previsto no artigo 22”. O Tribunal Constitucional declarou inconstitucional este artigo, non en función do que eu estou a dicir, senón porque entende que esta competencia que a Lei de Costas atribúe ó Estado é unha competencia de execución. Por certo que, entre paréntese, isto vai suscitar problemas; eu topei con algún, en materia das sancións que lle impuxo o MOPU, porque se exercitaron usos nunha actividade para a que non se outorgara autorización pola

Demarcación de Costas, é dicir, pola Administración estatal. Se agora resulta que a autorización deses usos non é competencia da Administración do estado, senón das Comunidades Autónomas ou incluso dos Concellos, logo é evidente que se non é competente para outorga-la autorización, tampouco é competente para sanciona-lo uso non autorizado. Eu non sei como se formulou o tema a Administración Central para a execución desta sentenza, que vai pasar cos procedementos iniciados; témome que o traspaso dos expedientes do Ministerio á Comunidade Autónoma pode levar un tempo; pero entre tanto non sei que van face-los tribunais.

Xa que estamos nesta materia, convén reter unha cuestión interesante. O Tribunal establece que corresponde exercitar esta potestade autorizatoria ós pertinentes órganos das Comunidades Autónomas ou “no seu caso ós Concellos”. E unha afirmación que non se volve repetir, se non recordo mal, en todo o texto da Sentencia; ás veces marxínase ou esquece, cando abordamos esta cuestión da Lei de Costas, porque se contemplan dous contrincantes importantes, Estado versus Comunidades Autónomas, e esquece ese outro contrincante, ese outro terceiro interesado, que son os Concellos; vexamos un caso: obtense a licencia de urbanismo, pero cómpre a autorización do órgano competente en materia de dominio público marítimo-terrestre; polo tanto, haberá que ver se hai unha acumulación de autorizacións dos órganos competentes - neste caso o Autonómico e o Concello- ou se é abondo coa licencia municipal por razón do lugar. Deixo aquí suscitada a cuestión, para continuar co que estaba a expoñer, co fío da argumentación. A inconstitucionalidade do artigo 26.1 non deriva do seu exceso respecto da protección que xustificaría a competencia do Estado, senón que se reconece e se entende que é unha competencia de execución e polo tanto atribuíble á Comunidade Autónoma e non ó Estado. Pero entendo que o exceso en canto ás competencias en materia de protección é unha perspectiva que hai que ter en conta para ve-la constitucionalidade ou non das competencias estatais.

b) O artigo 25 tamén proporciona elementos para a reflexión. Uns elementos de carácter xeral e outros máis específicos. Ó longo de toda a Sentencia o Tribunal senta unha doutrina ampliadora do concepto de “bases”, é dicir, as bases non se derivan da súa formulación expresa senón que pola súa propia natureza, sen necesidade de que tal carácter sexa declarado. Neste caso a norma básica é a norma de protección do medio ambiente.

Pois ben, neste artigo 25 hai unha serie de prohibicións que están relacionadas directamente coa protección física do dominio público marítimo-terrestre –as actividades de destrución de depósitos de area–, polo tanto, competencia do Estado. Hai outros que son medioambientais, e neste sentido tamén poden ser de competencia estatal (art. 149.1.23 da Constitución).

Pero outras –por exemplo as edificacións destinadas a residencia ou habitación–, son claramente urbanísticas, e só moi indirectamente teñen que ver coa garantía segundo costume xeral que caracteriza o dominio público marítimo-terrestre. ¿Por qué o Tribunal Constitucional acepta que sexan competencia do Estado? Porque entende que se trata de protexe-lo medio ambiente. A Comunidade Autónoma pode proporcionar disposicións máis estrictas, pero en cambio a competencia é fundamentalmente estatal.

Eu entendo que aquí hai unha versión ampliadora das competencias do Estado. Ademais, unha observación adicional: A redacción do 149.1.1, “igualdade no exercicio dos dereitos”, relacionado co dereito ó medio ambiente do artigo 45 da Constitución, no sempre está de acordo coa realidade física; explícome, dicía que o artigo 149.1 está entendido dentro da Lei e tamén polo Tribunal Constitucional, como unha regulación homoxénea. Dá a casualidade de que esta materia do dominio público marítimo-terrestre ofrece unhas diferencias físicas notorias; critiquei noutra ocasión a regulación unitaria do espazo marítimo-terrestre, esquecendo a tradición cultural do dereito europeo e do propio dereito español desas dúas realidades: o Mediterráneo e o Océano Atlántico; evidentemente 100 metros de servidume de protección no Mediterráneo ten unha significación absolutamente distinta que aquí, nas rías, etc. etc.. Pois esa igualdade de condicións, configurado como un mínimo que se pode incluso aumentar, parécese que non está de acordo coa realidade e natureza das cousas; igualdade no exercicio das cousas xa é outra cousa, é dicir, todo

o mundo ten dereito ó uso público, a que non se degrade o ambiente, pero pode facerse de distinto xeito. Esa é a visión da Lei de Costas e a visión que tamén ten o Tribunal Constitucional.

c) Unha vocación urbanística, ó meu ver, pode advertirse na zona de influencia do dominio público marítimo-terrestre, esa zona de ancho mínimo de 500 metros medida a partir do límite interior da beiramar. ¿Que é o que acontece aquí? Non pode ser moito máis explícita, esta determinación da amplitude das zonas de servidume de protección ou de influencia que fai a Lei de Costas, é debedora da particular definición do dominio público marítimo-terrestre que se fai no artigo 3 da Lei, no que se prescinde desta diferenza física, indubidable, de tradición, da costa, onde hai mareas e onde non as hai.

O mesmo poderíamos dicir do artigo 30.1.b: “deberase evita-la formación de pantallas arquitectónicas ou acumulación de volúmenes”, xunto ó límite interior da zona de protección, “sen que, para estes efectos, a densidade de edificación poida ser superior á medida do solo urbanizable programado ou apto para urbanizar no concello respectivo”.

Desde o meu punto de vista estes son preceptos que entran de cheo dentro da planificación urbanística.

O Tribunal Constitucional entende que é correcto impoñer ós planos de acción territorial uns determinados criterios, como estes de evita-la formación de volúmenes; porque a protección do demanio non é só a protección física senón tamén a preservación das súas características naturais, e en particular as dos seus valores paisaxísticos. E dicir, aquí hai unha determinación, sen dúbida ben intencionada, que ten a súa xustificación nos desmandos feitos, pero que me parece que se excede desde este punto de vista e que a solución, como veremos despois, pode vir por outras técnicas moito máis correctas e respetuosas coas competencias das Comunidades Autónomas.

Este problema que acabo de denunciar ten a súa incidencia no condicionamento dos planos urbanísticos. Á luz destas consideracións, haberían analizarse os preceptos da Lei de Costas sobre planos e normas de relación urbanística, nos cales o artigo 112 reconece á Administración do Estado a competencia para emitir informes preceptivos e vinculantes. Ningunha obxección habería que impoñer a esta competencia se versase sobre estricta finalidade da protección e uso do dominio público marítimo-terrestre. Pero se, como se expuxo, cando a Lei de Costas vai alén desta finalidade ou interpreta dun xeito amplo esta protección estendéndoa á protección xurídica.

d) O Tribunal Constitucional neste sentido considerou inconstitucional algún precepto; son aportacións modestas, pero que revelan que a cuestión non estaba tan clara. No artigo 33.4, “a ocupación da praia por instalacións de calquera tipo, incluíndo as correspondentes de tempada, etc., distribuirase da forma homoxénea ó longo da mesma”, a distribución das instalacións debe de ser establecida pola Administración competente para a ordenación do territorio e como así non se reconeceu na Lei de Costas, debe reputarse inconstitucional ese inciso final. Non está claro esto relacionado de seu, insisto, coa determinación do ben integrante do dominio público marítimo-terrestre, senon que se chega á determinación concreta dos usos, que entendo é unha das finalidades típicas do urbanismo.

e) Outra extralimitación reconecida pola sentenza do Tribunal Constitucional é a contida no artigo 34: “A Administración do Estado, sen prexuízo das Comunidades Autónomas e Concellos dictará as normas xerais e as específicas para tramos de costas determinados sobre protección e utilización do dominio público marítimo-terrestre...”.

A análise que fai a propia sentenza do Tribunal Constitucional evidencia que se trata de normas de contido substantivo e neste sentido reconécese que está invadindo as competencias da Comunidade Autónoma, porque son instrumentos de ordenación do litoral e serán polo tanto as Comunidades Autónomas como competentes nesta materia as que deben de se-las titulares das mesmas.

“Unha cousa –di a sentenza do Tribunal Constitucional– é, sen embargo, que en virtude da aplicación de tales criterios, se tiñan nun ou máis casos, solicitudes de autorización inadmisibles de acordo coa ordenación territorial, e outra ben distinta que esas instrucións ou directrices convertidas en normas veñan a substituílo”.

Traio estes preceptos a título de exemplo, para ilustra-lo que dicía antes verbo da articulación das competencias do Estado e das Comunidades Autónomas. É dicir, a competencia exclusiva en materia de ordenación do territorio é da Comunidade Autónoma, que naturalmente se debe de exercer de acordo co título que o Estado ten sobre o dominio público marítimo-terrestre; unha cousa é que as normas que dicta a Comunidade Autónoma teñan que ter en conta esta competencia estatal, e outra cousa é que o propio Estado en función da titularidade do dominio público dicte unhas normas que en realidade son normas de ordenación urbanística. Isto é o que ven dicir a sentenza co artigo 34 que declara inconstitucional.

Vou facer referencia a algo que me parece fundamental, independentemente doutras cuestións litixiosas que poidan xurdir: a necesaria articulación das competencias estatais e autonómicas.

VII. ARTICULACIÓN NECESARIA DAS COMPETENCIAS.

As esixencias derivadas do título estatal sobre o dominio público marítimo-terrestre e das competencias autonómicas sobre o litoral e urbanismo, reclaman obviamente unha articulación axeitada e conforme á Constitución.

O Tribunal Constitucional recoñeceu a necesidade de buscar solucións de cooperación dentro do respecto ás respectivas competencias, aínda que é evidente que a decisión final corresponderá, e isto é importante subliñalo, ó titular da competencia prevalente (artigo da sentenza 77/84). Pois ben, esta doutrina non sempre se recoñeceu nesta posterior sentenza.

Dunha banda, a ordenación do litoral e urbanismo como competencia autonómica prevalente; e doutra, o título estatal como límite daquela nunha acción de influxo recíproco. E ámbalas partes son igualmente necesarias, sen que a afirmación dunha elimine ou desnaturalice á outra.

A ordenación do territorio e urbanismo ten por obxecto a actividade consistente na utilización dos diversos usos a que pode destinarse o solo ou espacio físico territorial; e esta delimitación dos diversos usos, segundo doutrina do Tribunal Constitucional, é competencia das Comunidades Autónomas; pero tal competencia non pode ser substraída polo Estado con ocasión do título do dominio público.

A natureza das cousas constituirá un límite ó exercicio da competencia autonómica, xa que non poderá regular usos que sexan incompatibles coa natureza do dominio público estatal, e á súa vez, o límite para aquela que constitúe este debe de comprender soamente o que eu entendo que é o específico título estatal sobre o dominio público: a protección e garantía do uso común.

Despois da sentenza do Tribunal Constitucional, que por certo tamén apela á necesidade da colaboración, no artigo 112 e nalgún outro, con esta concepción ampliadora que a protección, non só en sentido físico senón tamén en sentido xurídico, haberá moitos máis problemas que os que agora mesmo aquí eu veño de expoñer.

Así é como vexo, e xa remato, os principios que deberían orientar en forma-la articulación das competencias estatais, autonómicas e locais, sen que haxa ocasión para desenvolve-lo máis.

En todo caso quixera aludir ó papel que poderían xoga-los Planos Especiais dentro do exercicio das competencias locais e autonómicas co debido respecto a Administración do Estado e compartindo sen equívocos a preocupación pola defensa do dominio público marítimo-terrestre como ben destinado ó uso común, hei manifestar que esa defensa ten que se facer respectando tódolos postulados e esixencias do Estado de Dereito, dun Estado que se definiu como Autonómico.

O exercicio das competencias sobre a ordenación do territorio e litoral polas Comunidades Autónomas, e polas Entidades locais, non ten por que entrañar, en principio, perigo para a protección e uso dos bens nos que aquelas non teñen por que estar menos interesadas que a Administración do Estado, xa que forman parte do propio territorio e afectan ós seus propios intereses. É unha materia concreta de articular esas competencias é a técnica dos informes, non só preceptivos senón que poden ser perfectamente vinculantes.

As defensas contra os abusos e situacións insatisfactorias que afectaron negativamente ó dominio público marítimo-terrestre, non teñen por que se facer mellor desde unha formulación centralizada. É dicir, os abusos que condenou, e condenamos todos, a Lei de Costas realizáronse nun Estado Centralizado. É máis ben cuestión de sensibilidade social e en último termo de maior vivencia operativa do que denominamos Estado Social e Democrático de Dereito.

Os montes. Montes comunais: réxime xurídico do seu aproveitamento. Xestión do patrimonio forestal. Os montes veciñais en man común

Juan Jesús Raposo Arceo*

Dentro do conxunto de dereitos subxectivos patrimoniais dos que poden ser titulares os suxeitos xurídicos, considérase á propiedade como o dereito subxectivo fundamental, e iso, por dúas razóns:

1ª.- Porque a existencia mesma da propiedade mailo réxime xurídico ó que vai unido, determinan a organización social e política de cada comunidade nun momento histórico, isto é, como sinala Carl Schmitt, a forma de apropiación fixa o “nomos político”, isto é, a organización política dun pobo.

2ª.- Porque constitúe o soporte xurídico indispensable para a existencia de tódolos restantes dereitos subxectivos de contido patrimonial, o nacemento, vicisitudes e extinción daqueles están sempre directamente conectados a un previo dereito de propiedade.

O artigo 348 de C. Civil define a propiedade do modo seguinte:

“A propiedade é o dereito de gozar e dispoñer dunha cousa, sen máis limitacións que as establecidas nas leis. O propietario ten acción contra o tedor e o posuidor da cousa para reivindicala”

Esta concepción da propiedade, como o máis amplo dereito que se pode ostentar sobre unha cousa, é válido sempre e cando se teña en conta que hoxe xa non se configura como un dereito absoluto e ilimitado, senón que está condicionado pola función social que está chamada a cumprir (ex. artigo 33.3 da Constitución de 1978), e ven delimitada polo obxecto sobre o que recae, e neste sentido cómpre indicar que para certas categorías de bens, o ordenamento xurídico español articula réximes xurídicos singulares nos que a tutela outorgada ós intereses colectivos permite falar en tales casos dunha “propiedade vinculada” xa que o seu titular privado non é libre para fixa-lo destino que se lle ha dar ó ben da súa pertenza, nin para sinala-lo seu réxime de aproveitamento, senón que está condicionado pola Administración Pública como garante do interese xeral.

* Bolseiro de Investigación da EGAP

Pois ben, dentro da clasificación xeral dos bens e en razón do seu obxecto, cabe discernir, entre uns bens mobles e outros inmobles. Nestes últimos cómpre diferenciar unha propiedade urbana e outra rústica; e dentro desta, como unha categoría especial cabe incluír á propiedade forestal que constitúe unha das manifestacións da “propiedade vinculada” á que antes faciamos referencia.

I.- OS MONTES: O SEU RÉXIME XURÍDICO.

1.1.- Introdución.

Como sinala BARRACHINA¹, a acción administrativa en materia de montes é unha das mais antigas que existen, por causa da importante influencia que tiñan os aproveitamentos forestais para o mantemento duns pobos dos que a actividade primordial eran a agricultura e a gandería.

GUAITA² establece tres etapas no desenvolvemento da lexislación especial sobre montes:

A primeira, situada en torno ó ano 1.000, caracterízase pola ausencia total de produción lexislativa, a causa da abundancia dos bosques que poden fornecer as necesidades das poboacións.

A segunda chega ata o principio do século XIX e caracterízase polo aumento progresivo da acción de policía forestal. Nesta fase existe unha abundante produción lexislativa que tende á conservación e defensa dos bosques, á regulamentación da súa corta e á imposición de sancións ós infractores.

A terceira, que comenza no primeiro tercio do século XIX, caracterízase na opinión de GUAITA, por “unha ampla, sistemática e moderna visión da política forestal, preocupada non só da defensa do patrimonio forestal público senón tamén do seu aumento e repoboación”, debendo de destaca-las Ordenanzas Xerais de Montes de 1833 obra de JAVIER DE BURGOS, e que ven de culminar nos nosos días coa Lei de Montes de 1957.

A vixente Lei de Montes de 8 de Xunio de 1957 recolle os preceptos substantivos propios da materia constitutiva dun Código forestal, e para o seu desenvolvemento dictouse o decreto de 22 de Febreiro de 1962 que aproba o seu Regulamento.

1.2.- Concepto.

Aínda que nalgunhas disposicións se utiliza a palabra “bosque”. é máis frecuente o emprego dos termos “predio forestal”, “terreo forestal” e sobre todo “monte”. A Lei de Montes distingue entre “terreo forestal ou propiedade forestal” e “monte”, dando deste un concepto máis amplo que de terreo forestal:

Enténdese por terreo forestal ou propiedade forestal a terra na que xermolan especies arbóreas, arbustivas, de matagueira ou herbáceas, sexa espontaneamente ou procedan de sementeira ou plantación, sempre que non sexan características do cultivo agrícola ou foren obxecto do mesmo (art. 1. 2º Lei de Montes).

Considéranse montes tódolos terreos que cumpran as condicións que se especifican no apartado segundo e aqueloutros que, sen reunilas, foran ou sexan obxecto de resolución administrativa por aplicación das Leis que regulen esta materia e en virtude da cal quedaran ou queden adscritos á finalidade de seren repoboados ou transformados, polo tanto, en terreos forestais (Art. 1. 3º Lei de Montes).

Por contra, o Regulamento prescinde desta pretendida diferenza para declarar sinónimas ambas dúas expresións e dicir que “se entende por monte ou terreo forestal a terra na que xermolan especies arbóreas, arbustivas, de matagueira ou herbáceas, sexa espontaneamente ou proceda de sementeira ou plantación, sempre que non sexan características do cultivo agrícola ou foren obxecto do mesmo.” (Art. 4. 1 Regulamento de Montes).

Sen embargo, non se reputarán montes para efectos da lexislación forestal, os terreos que, formando parte dun eido fundamentalmente agrícola e sen estaren cubertos apreciablemente con especies arbóreas e arbustivas de carácter forestal, resultaren convenientes para atender á manutención do gando da propia explotación agrícola, así como os prados desprovistos sensiblemente de arboredo daquela natureza e as praderías situadas nas provincias do litoral cantábrico (Art. 4. 3 do Regulamento de Montes).

Sobre estas determinacións legais, GUAITA fai as seguintes precisións:

1º.- O monte é un terreo rústico, NON urbano, e por conseguinte non son montes: os parques e xardíns municipais ou os terreos.

2º.- A utilidade do monte radica na das mesmas especies forestais que os cobren ou poden cubrilos (madeira, leñas, cortiza, fixación do solo a fin de evita-la erosión etc.).

3º.- Non son montes os terreos poboados de froiteiros ou dedicados a fins científicos (por exemplo un xardín botánico), ou de ornato (por exemplo, os xardíns públicos).

En resumo: legalmente hai que entender por monte o terreo rústico provisto de especies forestais ou susceptibles de telas, e non destinado de modo permanente a un cultivo agrícola ou a prados nin a fins científicos.

1.3.- Clasificación.

Entre os diferentes parámetros que podemos empregar para realizar unha clasificación, un dos máis utilizados é o da titularidade; atendendo a ela podemos distinguir en sede de montes, entre montes públicos e particulares (Art. 8 do Regulamento de Montes).

Son montes públicos, para a Lei de Montes, os pertencentes ó Estado, ás Comunidades Autónomas, ás Entidades Locais e ás demais Corporacións ou Entidades de Dereito Público; nunha palabra, denomínanse públicos os montes propiedade dunha Administración pública, abstracción feita da súa natureza e réxime.

Habemos facer unhas breves precisións verbo dos montes públicos:

1ª.- Dentro dos montes das Corporacións Locais deben, á súa vez, de se distinguir os de propios, dunha banda, e os comunais, doutra, e aínda han de se diferenciar distintos grupos entre estes últimos, entre os comunais. En calquera caso a diferenciación fundamental entre os propios e os comunais e a caracterización destes baséase no seu disfrute e aproveitamento, cuestión sobre a que incidiremos posteriormente.

2ª.- Hai que advertir que os montes conservan a consideración de públicos sempre que algunha das citadas entidades teña sobre eles o dominio útil ou o dereito de voo, e aínda que os particulares posúan sobre eles o dominio directo.

3ª.- Os montes públicos teñen a consideración xurídica de bens patrimoniais e, por conseguinte, son de propiedade privada das Entidades que posúan a súa titularidade. Non obstante, tanto os montes do Estado como os das Provincias a que se refire o artigo 84 do R.D. Lexislativo 781/1986, de 18 de Abril, e os das demais Entidades Públicas (art. 74. 1º do R.D. lexislativo antedito), terán a consideración de bens de dominio público cando estean adscritos a algún uso público ou algún servizo público.

4ª.- Dentro dos montes públicos cabe unha importante distinción entre os montes de utilidade pública e os que non o son. Moi sucintamente indicaremos que, no primeiro caso, denomínanse catalogados.

Son montes catalogados, e en consecuencia deberán de obter previamente a declaración de utilidade pública, os que teñan merecida ou merezan a correspondente declaración polo procedemento especialmente establecido, sempre que se achen nalgúns dos casos establecidos no artigo 25 do Regulamento de Montes:

- Os existentes nas cabeceiras das concas hidrográficas.
- Os que no seu estado actual ou repoboados serven, para regular eficazmente as grandes alteracións do réxime das augas pluviais.
- Os que eviten desprendementos de terras ou rochas, formación de dunas, suxeiten ou firman os solos soltos, defendan poboados, cultivos, canalizacións ou vías de comunicación, impidan a erosión dos solos e de embazamentos das augas que fornecen poboacións.
- Os que saneen lugares pantanosos.
- Os que co seu aproveitamento sirvan para facer permanentes as condicións hixiénicas, económicas, e sociais de pobos comarcáns.
- Cando se trate de masas arbóreas ou terreos forestais que, dada-las súas condicións de situación ou área, sexa preciso conservar ou repoboar pola súa influencia económica ou física na nación ou comarca, a salubridade pública, o mellor réxime das augas, a seguridade dos terreos, a fertilidade das terras destinadas a agricultura ou pola súa utilidade para a defensa nacional, tras requerimento da Autoridade Militar.

Por outra banda, e abandonando xa os montes públicos, atopámonos cos montes particulares, que son os que individual ou colectivamente pertencen a particulares (art. 35, Regulamento de Montes). Estes montes poderán ter ou non carácter de protectores.

Son protectores os que se consideren de interese xeral, entendéndose por tales aqueles que, sendo de particulares, se achen nalgúns dos casos seguintes (art. 31 do Regulamento de Montes):

- Os situados nas concas alimentadoras dos encoros ós que se refire a Lei de 19 de Decembro de 1951.
- Os que teñan calquera das características sinaladas para os montes de utilidade pública.
- Os que figuraron no catálogo e pasaron ou pasan legalmente, por rectificación do mesmo, baseada en razóns de pertenza, ó dominio particular.
- Os que por lei especial reciban esta calificación.

Cómpre indicar que, como sinala RAMÓN PARADA³, os montes particulares constitúen unha verdadeira propiedade privada, pero especial, pois, aínda que o réxime básico de dereito privado se mantén, é unha propiedade suxeita a un forte réxime de intervención administrativa e que comprende dende aproveitamentos obrigatorios, á intervención sobre os disfrutes e aproveitamentos forestais.

Finalmente concluiremos este apartado cun resumo xeral sobre a clasificación legal dos montes, que podemos sintetizar distinguindo:

1) MONTES PÚBLICOS (aínda que só sexa público o voo ou dominio útil):

- Do Estado: ICONA⁴.
- Das CC.AA.
- Das Provincias
- Dos Concellos:
 - de propios
 - comunais
- Do patrimonio Nacional (de dominio público)
- Doutras Administración públicas.

2) MONTES DE PARTICULARES:

- Protectores
- Non protectores

OS MONTES COMUNAIS RÉXIME XURÍDICO DO SEU APROVEITAMENTO

1. ORIXE HISTÓRICA.

O ordenamento xurídico forestal sobreponse como lei especial, a outros ordenamentos substantivos, en especial a dous: á regulación civil da propiedade e á regulación xurídico-administrativa, e dentro desta á normativa local, na medida que a inmensa maioría dos montes públicos pertencen ás Entidades Locais.

Estes montes públicos son, como sinala GARCIA DE ENTERRIA⁵, a desembocadura dunha viva tradición de colectivismo agrario que se perde na noite dos tempos. Tratamos neste apartado de explicar sucintamente a orixe destes bens, na medida que tal orixe permite aclarar o porqué das grandes dificultades que suscitan e da súa enorme problemática no momento actual.

1.1 O inicio da confusión de titularidades.

O que hoxe coñecemos como montes comunais e de propios, non son senón un residuo de antigas titularidades colectivas. Orixinariamente son propiedades dos veciños, os cales ostentaban a titularidade destes bens como "communitas civium" e dos que se beneficiaban a través de formas de aproveitamento concretas.

O ente local, aparece inicialmente como un simple órgano de actuación desa comunidade de veciños; en realidade tales entidades locais xurden como un resultado e un instrumento destas situacións de propiedades colectivas. Como sinala GIERKE, o concello rural é unha organización esencialmente estruturada para a xestión das propiedades comunitarias.

Estamos ante a idea xermánica do concello como unha comunidade ou conxunto de veciños, como un "pobo", expresión frecuentemente utilizada no C.C. (arts.343, 344, 515, 602, 1875) que só excepcionalmente fala de concellos (arts. 345, 601, 1924); o pobo é, en síntese, a comunidade dos veciños, a "universalidade de individuos" como precisamente establece o artigo 600 do citado Código.

Pero a partir da recepción dos dogmas do dereito romano, que non esquezamos, é absolutamente contrario á comunidade, á que contempla sempre como unha situación transitoria e desvantaxosa, polo que concede accións para facela cesar ("actio communi dividundo", "actio familiae erciscundae"), prodúcese coas Partidas unha transmutación desa realidade substancial que era a titularidade colectiva dos montes, mediante a interposición dunha titularidade artificial entre a comunidade de veciños e as súas propiedades colectivas; esa titularidade é a "universitas" municipal, o concello considerado xa como entidade separada e substantiva e non como simple expresión ou órgano da comunidade veciñal.

Como sinala NIETO⁶ esta interposición é a raíz do grande equívoco no que nos movemos ó estudar estas formas de propiedade.

A partir do século XIX, a que ata entón era unha distinción simplemente instrumental entre bens de propios e bens comunais, convértese en básica. Como é ben sabido, son bens de propios aqueles que constituíndo unha propiedade do Concello⁷ están afectados a producir unha renda destinada a ser un ingreso do Concello para sufragar-las súas necesidades, desaparece, pois, neles, a titularidade colectiva. Tratábase en realidade de bens que os veciños, aínda explotándo-os "per se" revertían as súas rendas, en todo ou en parte, ó Concello; por conseguinte a intermediação municipal consistía nunha simple técnica de autodisposición veciñal, que subliña, máis que exclúe, a titularidade primaria dos veciños sobre estes bens así afectados. Pola contra, nos bens comunais, mantense a cualificación de propiedade común dos veciños.

Deste xeito se substantiva a distinción entre os bens de propios e os comunais, sobre a que se vai apoiar a desamortización civil do século XIX que condena a desaparecer ós bens de propios como bens de "mans mortas" e, en cambio, exime desa liquidación ós comunais.

Tal distinción, como sinala GARCÍA DE ENTERRÍA, é historicamente falsa, e froito dun lamentable equívoco, xa que tódalas propiedades dos pobos son propiedades colectivas dos veciños que eles mesmos explotan, ben directamente, mediante usos individuais xustapostos (uso común) ben afectaban, segundo a súa soa conveniencia, a nutri-la caixa común coa que sufragaren os seus propios servicios colectivos.

1.2.- A desamortización civil.

A desamortización, unha das cuestións que máis ocupou ós investigadores e que xerou unha copiosísima bibliografía, constitúe sen lugar a dúbidas un fito fundamental na nosa historia, e determina, sen lugar a dúbidas un dos máis importantes cambios no réxime de propiedade que se produciron en todo o mundo.

A lexislación desamortizadora, en especial a Lei Madoz, do 1 de Maio de 1855, que é a que pon en estado de venda os patrimonios das Corporacións civís, tivo unha destacada influencia no tema forestal.

O seu criterio básico, foi exceptuar da desamortización ós “terreos que son hoxe de aproveitamento común” (art. 2º, ap. 9º); e se ben é certo que nesta Lei autorizouse ó Goberno a exceptuar determinados “montes e bosques” na situación de estado de venda (art. 2º, ap.6º) –o cal supuxo a orixe do Catálogo de Montes– esta facultade non se concretou ata a Lei de Montes do 24 de Maio de 1863, a cal tampouco exceptuou da venda a tódolos montes senón só ós montes que tivesen máis de 100 hectáreas e que estivesen poboados nalgunha destas tres especies arbóreas: carballo, piñeiro e faia. En todo caso, transcurridos xa oito anos dende a Lei Madoz o estrago era xa irreparable.

En 1859, realízase, para estes efectos, a primeira clasificación xeral dos montes públicos e, posteriormente, verificanse varias clasificacións de bens alleables, por dúas causas básicas:

- A aparición e desenvolvemento do Catálogo de Montes exceptuados da desamortización, e
- O transvasamento paulatino de bens comunais á categoría de bens de propios (hoxe patrimoniais).

Hai que salientar que a situación no estado de venda permaneceu sen un só momento de respiro, con vendas constantes, dende 1855 ata o Estatuto Municipal de Calvo Sotelo do 1924, que é o que derroga para os pobos (art. 5) o principio desamortizador. Durante estes setenta e cinco anos, estiveron a se realizar vendas o que influíu decisivamente na situación actual.

1.3.- Factores determinantes da conversión dos bens comunais en bens de propios.

De xeito resumido, seguindo a GARCÍA DE ENTERRÍA, cabe cita-los seguintes:

1.3.1.- A Facenda Pública, cunha voracidade non só actual; e iso porque o criterio que se empregaba para determinar cando estamos nun ben comunal ou nun ben de propios, era o chamado da “arbitración”. A leira “arbitrada”, isto é, a que paga arbitrios, impostos, era a que se consideraba de propios.

Tendo en consideración os prazos fugaces de impugnación e a falta de coñecementos xurídicos das comunidades veciñais, tal cualificación dos montes como leira arbitrada determinaba o seu traslado de titularidade das comunidades ós Concellos.

1.3.2.- A escaseza de recursos dos concellos rurais que levaban ós Concellos a convertere-los bens comunais en de propios para se aseguraren deste xeito uns ingresos ben en capital, se o ben se alleaba, ben en renda.

1.3.3.- As apropiacións individuais dos veciños (os “apresamentos” dos montes veciñais galegos), ben a través do seu reparto entre todos eles, ben mediante un apoderamento que os caciques ou veciños prepotentes realizaban valéndose dos medios que dispoñían dada a corrupción da época.

1.3.4.- A lexislación de montes, (Lei de Montes de 1863), que se coloca nunha perspectiva de rendibilidade económica máis que nun criterio de rendibilidade social da integración das comunidades veciñais, así nos seus artigos 9 e 10 di que "... subsistirán os aproveitamentos veciñais que existían lexitimamente cando non sexan incompatibles coa conservación do arboredo"; a "sensu contrario" pois cando a Administración Forestal aprecie tal incompatibilidade prodúcese a extinción dos aproveitamentos (que xa non titularidades, pois esta trasládase xa ás Entidades Locais) comunais.

1.3.5.- Finalmente, o que GARCÍA DE ENTERRÍA considera maior inimigo dos bens comunais, a mutación socioeconómica, que implica a transformación dunha economía autárquica e de autoconsumo nunha economía de mercado que fai que os veciños perdan interese nestes aproveitamentos e que se facilite a súa liquidación.

Hai que reseñar que iso non é xa totalmente certo, pois como veremos, se ben os aproveitamentos tradicionais do monte (en Galicia estivadas, estrume, leñas, etc.) non teñen hoxe virtualidade, non é menos certo que o aproveitamento forestal ven de substituílos en grande medida e ten un interese económico certo para as comunidades campesiñas, polo menos no ámbito galego.

1.4.- Conclusión.

Terminaremos indicando que a conxunción de todas estas forzas produce a desaparición, en grande medida, dos patrimonios comunais e a súa sistemática conversión ou en bens de propios ou en simples propiedades privadas individuais.

Hai que salientar que a transformación de bens comunais en bens de propios prodúcese fundamentalmente naqueles concellos nos que coincide xeográfica e demograficamente o concello e o ámbito territorial das comunidades titulares dos bens comunais, e iso aínda que o Concello xa non é a organización instrumental de tales comunidades senón que é, a partir do século XIX, unha organización político-administrativa, rixidamente ordenada con funcións prescritas pola lei e que se incardina, orixinariamente, na concepción centralista da articulación do Estado, debedora dos principios da Revolución Francesa.

Naqueloutros lugares (especialmente en Galicia) onde a correlación entre concello e comunidade veciñal non existe, na medida que estas comunidades pertencen basicamente a pequenas entidades de poboación (aldeas, parroquias, etc) dáse unha maior pervivencia das formas da propiedade colectiva.

Para rematar este apartado debemos de indicar que esta cuestión está fortemente influenciada polas correntes ideolóxicas da época que eran fortemente liberais e individualistas, de xeito que a desamortización, como di MARTÍN-RETORTILLO BAQUER³, vai representa-lo fortalecemento do concepto burgués de propiedade, coherente coas necesidades dunhas clases e cunha serie de notas distintivas fronte ás vellas propiedades vinculadas, que ó superpoñerse á realidade histórica española tan maltreitos ía deixar, entre outros, ós usos comunais.

2.- CONCEPTO E CLASES.

Os montes comunais son unha especie do xénero máis amplo de bens comunais, tendo a consideración de tales aqueles que sendo de dominio público o seu aproveitamento corresponde ó común dos veciños (cfr. art. 79, Lei 7/1985 do 2 de Abril -LRBRL- e art. 213 RBEL).

Trátase de bens que teñen a consideración de bens de dominio público (art. 80.1 LRBRL) e só poden pertencer ós concellos e ás Entidades Locais menores (art. 2º.4 RBEL).

Hai que salienta-la incorporación dos bens comunais no texto constitucional (art.132.1) xunto cos bens de dominio público, que foi cualificado, non sen ironía por ALEJANDRO NIETO³, a raíz do que el denomina veta romántica da Constitución a fin de conseguila súa preservación, que non o seu desenvolvemento e operatividade.

Na regulación actual, a idea rectora constitúea o que o esencial destes bens é a “comunidade de aproveitamento e disfrute”, comunidade de tipo xermánico ou en man común, indivisible e inalienable, o disfrute da cal atribúese ós veciños, aínda que non sempre sexa suficiente a simple condición de tal, como logo veremos. O dereito dos veciños foi cualificado como un dereito real administrativo de gozo, non, en cambio de arrendamento rústico (S.TS -4ª- de 30 de Abril de 1987. Ar. 4768).

Dentro dos bens comunais, a maioría montes, cómpre facer, seguindo a SÁINZ MORENO¹⁰ unha distinción entre:

– Bens comunais típicos: son os regulados pola LBRL que só poderán pertencer ós concellos e ás Entidades locais menores; o seu aproveitamento atribúese ós veciños. Trataríase dunha especie de titularidade compartida entre o concello mailos veciños de natureza xurídico administrativa.

– Bens comunais atípicos: regulados por leis especiais ou polo costume, e dentro dos cales destacan os montes veciñais en man común.

3.- APROVEITAMENTOS DOS BENS COMUNAIS.

Como sinala NIETO¹¹, son escasa as modificacións que neste punto se introduciron na nova lexislación, o que sería indicativo de que para o lexislador constitúen os bens comunais un resto arqueolóxico que hai que respectar, pero sobre o que non paga a pena insistir, e iso reforzado pola preponderancia dos montes comunais, como forma máis destacada deste tipo de bens, e a prevalencia da lexislación sectorial (forestal) neste ámbito.

3.1 Titularidade do aproveitamento.

Sinala ÁNGEL BALLESTEROS¹², a quen imos seguir ó expor este tema, que a titularidade compartida á que fai referencia a doutrina e a xurisprudencia, leva a entender que os veciños son titulares dun dereito subxectivo ó aproveitamento, e así maniféstase o art. 18.1.c da LRBRLL.

Sinala o art. 103.1 do RBEL que:

“O dereito ó aproveitamento e disfrute dos bens comunais, en calquera das súas modalidades, corresponderá simultaneamente ós veciños sen distinción de sexo, estado civil ou idade. Os extranxeiros domiciliados no concello gozarán tamén destes dereitos”.

Cómpre facer aquí as seguintes precisións:

1ª.- Tal dereito ¿pertence a tódolos veciños ou só a algún deles?.

Di ELOY COLÓN¹³ que, da dicción do art. 18.1.c da LRBRLL cabe inferir que se atribúe a tódolos veciños, coa excepción determinada no art. 75.4 TRRL que inclúe a posibilidade de establecer como requisito previo determinadas condicións nun suposto especial de aproveitamento de bens comunais (concesións periódicas de sortes ou cortas de madeira ós veciños).

Para tal suposto, o art. 103.2 RBEL que reproduce case literalmente o artigo precitado, prevé a posibilidade de que os Concellos e Xuntas Veciñais poderán esixir ós veciños como condición previa “determinadas condicións de vinculación e arraigamento, ou de permanencia, segundo costume local, sempre que estas condicións singulares e a contía máxima das sortes ou lotes sexan fixadas en ordenanzas especiais que precisarán para a súa posta en vigor a aprobación do órgano competente da Comunidade Autónoma, o cal outorgaraa ou denegaraa, oído o Consello de Estado ou órgano consultivo superior do Consello de Goberno daquela, se existire”.

Por conseguinte tales condicións han de ser fixadas na correspondente ordenanza municipal, que haberá de ser aprobada pola Comunidade Autónoma e deberá de respecta-lo costume local.

Sobre esta cuestión, aínda que referida á lexislación anterior, existe unha copiosa Xurisprudencia, valiosa por canto é orientativa sobre este punto, e entre a cal cabe cita-las sentencias do T.S. do 11 de Maio de 1968 (Ar. 2598) sobre os antecedentes desta regulación legal e 29 de Maio de 1965 (Ar. 2932), entre outras –sobre a ordenanza especial–.

2º.- Omitiuse no Regulamento de Bens toda referencia ó cabeza de familia, como consecuencia da modificación da lexislación básica do Estado en tal sentido.

3º.- A referencia que ós extranxeiros domiciliados se contén no artigo 103.2 “in fine” do Regulamento de Bens, é conforme co artigo 18.2 LRBRL.

3.2.- Facultades dos Concellos a das Entidades Locales menores.

A decisión sobre a modalidade do aproveitamento dos bens comúns e a súa regulación corresponde ó Pleno do Concello (artigo 23.1.b TRRL, artigo 50.16 ROF), requíndose o voto favorable da maioría absoluta do número legal dos membros que o compoñen cando se opte pola cesión do aproveitamento (artigo 47.3.d) LRBRL, en conexión co artigo 22.2 e artigo 102 RB).

Tal decisión terá que se axustar, se é o caso, ós planos de ordenación e aproveitamento de bens comunais que se aprobaran de acordo coas normas dictadas polos órganos da Administración estatal e autonómica, competentes en materia de bosques, montes e terreos cultivables (artigos 42 e 101 RBEL).

De entre as normas supramunicipais que haberán ser tidas en conta e respectadas ó efectua-la elaboración e aprobación dos planos de ordenación e aproveitamento dos bens comunais cómpre salientar:

a) No ámbito estatal:

- Lei e Regulamento de Montes, xa citados.
- Lei 25/1982, do 30 de Xuño, de agricultura de montaña.
- Lei 4/1989, do 27 de Marzo, de conservación dos espazos naturais e da flora e fauna silvestre.

b) No ámbito autonómico galego¹⁴:

- Lei 13/1989 do 10 de Outubro, de montes en man común.
- Decreto 82/1989, do 11 de Maio, polo que se regula a figura do espazo natural en réxime de protección xeral.
- Decreto 227/1985, do 10 de Outubro, para o establecemento de convenios de cooperación con Administracións públicas, comunidades de veciños e sociedades agrarias de transformación, así como con fundacións ou calquera outro tipo de entidades non lucrativas, para a creación, rexeneración e mellora de zonas verdes.

Verbo das Entidades Locais menores, a LRBRL remítese á lexislación das CC.AA, respecto da regulación destas entidades, establecendo que os acordos que adopten os seus órganos de goberno sobre disposición de bens deben de ser ratificados polo Concello (artigo 45).

O Texto Refundido, despois de facer alusión ás entidades coñecidas como Mancomunidades ou Comunidades de Terra ou de Vila de Terra (Artigo 37), refírese ás competencias das Entidades Locais menores, asignándolle-la “simple administración e conservación do seu patrimonio, incluído o forestal, e a regulación do aproveitamento dos seus bens comunais” (Artigo 38.e), competencia de regulación que é atribuída a Xunta Veciñal (Artigo 41.b).

3.3.- Facultades das Comunidades Autónomas.

Hai que salienta-lo papel que a nova regulación local atribúe ás CC.AA., que teñen competencia nos seguintes aspectos:

– Aprobación das Ordenanzas locais de aproveitamento, con audiencia preceptiva do Consello de Estado ou do órgano consultivo superior do Consello de Goberno da Comunidade Autónoma, se existise (artigo 95 RBEL).

– Aprobación da modalidade de adxudicación de aproveitamentos mediante prezo.

– Aprobación das ordenanzas municipais que regulen os aproveitamentos de bens comunais mediante concesións periódicas de “sortes ou cortas de madeira” cando se esixan ós veciños condicións de vinculación e arraigamento ou permanencia (artigo 103.2 RBEL).

3.4.- Modalidades de aproveitamento.

Cabe distingui-las seguintes modalidades:

1ª).-*Regra xeral e básica*, constitúe a modalidade preferente de aproveitamento:

O aproveitamento e disfrute dos bens comunais efectuarase precisamente en réxime de explotación común ou cultivo colectivo (artigo 75.1 TRRL, e artigo 94.1 RBEL).

Tal explotación común ou cultivo colectivo implicará o disfrute xeral e simultáneo dos bens por quen ostenten en cada momento a calidade de veciño.

Cabe face-las seguintes precisións sobre este xeito de aproveitamento:

a) Tal aproveitamento presúmese gratuíto a “sensu contrario” da regulación que se fai nos artigos 75.3 TRRL e 98 e 99 RBEL.

b) A titularidade dos aproveitamentos exténdese tamén ós extranxeiros domiciliados maiores de idade (artigo 18.2 LRBRL e artigo 103.1 RBEL).

c) Non se precisa cal é a regulación de tal aproveitamento colectivo, e se ben tal aproveitamento é considerado pola Xurisprudencia (STS 31 de Decembro de 1986, Ar.1.696/87) de carácter administrativo e estritamente persoal, ó non existir unha normación explícita no ámbito administrativo sobre o tema, temos que acudir ó C.C. que por mor da dicción do artigo 4.3 ten carácter de “ius comune”.

O C.C. regula os aproveitamentos comunais nos seus artigos 600-604, ámbolos dous inclusive, seguindo a CUADRADO IGLESIAS¹⁵ cabe reseña-las seguintes particularidades dos aproveitamentos comunais:

1º. O problema relativo á natureza xurídica dos aproveitamentos comunais é sumamente discutido pola disparidade de opinións doutrinarias, pola existencia dunha xurisprudencia contraditoria e por unha regulación pouco diáfana que da institución fan os artigos 600-604 C.C.

2º. Partindo de que a variedade de aproveitamentos comunais en pastos e leñas é practicamente ilimitada, podemos distinguir dous grandes apartados que se corresponden coa titularidade dominical dos bens sobre os que os aproveitamentos se exercitan:

– dos particulares.

– dos entes públicos, rexidos polas leis administrativas (artigo 601).

3º. De entre as diversas solucións doutrinarias e xurisprudenciais sobre a natureza da institución cabe salienta-las seguintes:

3.1. *Usufructo*: é esencial para admitilo que as leiras sobre as que recae sexan alleas en canto á súa titularidade dominical ós que ostentan a calidade de usufructuarios. Dado o alleamento, e sempre que o usufructo xurda por vontade do propietario (é inadmisíbel que xurda por disposición legal e só excepcionalmente se poderá adquirir por prescripción), constituído a prol dunha pluralidade de persoas ós que non pertence a titularidade daquelas leiras, sería posible a configuración dos aproveitamentos comunais coma usufructo (pero é moi difícil que na praxe se configure así).

3.2. *Enfiteuse*: inadmisibile para CUADRADO IGLESIAS a articulación dos aproveitamentos comunais como enfiteuse.

3.3. *Superficie rústica*: constituíble ó abeiro do artigo 30.3, R.H., poderían configurarse os aproveitamentos como un dereito de superficie que, polo tanto, haberían de ser temporais, aínda que como reseña o autor citado, é moi pouco verosímil esta construción.

3.4. *Comunidade*: os aproveitamentos comunais, por propia definición de pastos e leñas, desenvólvense dentro da canle xurídica da comunidade. Nesta comunidade, a maioría dos autores esixen que a pluralidade dos titulares teñan dereitos cualitativamente iguais, adoptando a figura da comunidade "pro indiviso", aínda que certo sector doutrinal admite a existencia de comunidades con titularidades cualitativamente distintas, dando lugar á comunidade "pro diviso".

3.5. *Servidume*: supón un gravame que soporta pasivamente un predio en beneficio de persoas ou entidades que ostentan a propiedade dos aproveitamentos de leñas e pastos. Esta tese é sostida por autores como VALVERDE e BURÓN, que sinalan que os artigos 600-604 C.C. regulan exclusivamente unha servidume.

4º.- Conclusión

A xeneralidade da doutrina entende que os aproveitamentos comunais regulados nos artigos 600-604 do C.C. constitúen ben unha servidume, ben unha comunidade; pero como sinala CUADRADO IGLESIAS, hoxe a maioría da doutrina, representada entre outros por autores como DE DIEGO, MANRESA, CASTÁN, OSSORIO MORALES, B. DE HEREDIA e o mesmo CUADRADO, así como a Xurisprudencia do T. S., asumen unha postura dualista, isto é, considerar que nos precitados artigos se conteñen ámbalas dúas institucións: "comunidade" e "servidume", de modo que como sinala MANRESA, existirá "comunidade" cando son varios os titulares que poñen en común os aproveitamentos secundarios dos seus predios, e existirá "servidume" cando a reciprocidade dos predios non se dea.

A configuración destes aproveitamentos colectivos adoptando unha ou outra destas estruturas xurídicas incidirá de maneira substancial no réxime xurídico aplicable a estas explotacións colectivas.

2ª) *Modalidades de aproveitamento no caso de que o disfrute común fose impracticable:*

En tal caso haberá que se ater de modo subsidiario ás modalidades que o artigo 75.2 TRRL, en conexión co artigo 94.2 e concordantes do RBEL establecen; tales modalidades son, seguindo a relación establecida por aquela normativa as seguintes:

a) *Aproveitamento peculiar:*

Regulado polo costume ou regulamentación local (art. 94.1.a. RBEL) ou ben por normas sectoriais que lle sexan aplicables, segundo a natureza dos bens ou seu destino específico¹⁶, por exemplo:

- Polas normas reguladoras da reforma e o desenvolvemento agrario (art. 104 RBEL). A regulación sectorial nesta materia está constituída basicamente por LRYDA do 12 de Xaneiro de 1973. Hai que salientar que, a diferenza do que acontecía co RBEL de 1955, que regulaba polo miúdo a forma de adxudicación de leiras ós respectivos concellos e de satisfacer estas ó IRYDA, o actual artigo 104 do RBEL non di nada ó respecto, polo que haberá que estar ás formas de cooperación previstas de modo xeral no artigo 57 LRBRL, e que en cada caso concretaranse de modo paccionado e voluntario na elaboración dun convenio administrativo, que fixará as condicións da cesión.

- Polas normas relativas ó ensino, o recreo escolar, a caza, ou o auxilio dos veciños necesitados. (Artigo 106 RBEL).

– Polas normas relativas á restauración arbórea, cando sexa compatible con traballos de desarrraigamento e cavadura (Artigo 108 RBEL)

b) Adxudicación por lotes ou sortes ós veciños (artigo 94.1.b RBEL).

Tal adxudicación farase ós veciños en proporción directa ó número de persoas que teñan ó seu cargo e inversa á súa situación económica (artigo 75.3 TRRL e artigo 97 RBEL). Pero tal adxudicación non determina, malia non se tratar dunha explotación colectiva, que os bens deixen de ser comunais, en tal sentido cabe cita-la STS do 31 de Decembro de 1986 (Ar.1.696/87) que di ó respecto.

Que os veciños disfrutan os bens no nome do Concello como propietario, e posúenos ó xeito no que o fai un arrendatario ou precarista no nome do titular; e como non poden ser posuídos a título de dominio, os actos que poden exercitar sobre eles son de simple disfrute e o Concello só virá obrigado a cumprir coas condicións da norma reguladora do disfrute, sen necesidade para os recuperar de exercer accións de reivindicación, non podendo o que as disfruta acceder á súa propiedade nin a través dunha posesión, que non ten título de dono, nin do exercicio do dereito arrendaticio de accesión á propiedade incompatible coa natureza dos bens comunais que son inalienables, imprescriptibles e inembargables...(no mesmo sentido, a STS do 24 de Xaneiro de 1989. Ar. 430).

En casos extraordinarios e tralo previo acordo municipal adoptado pola maioría absoluta do número legal de membros da Corporación, poderá fixarse unha cota anual que deberán de aboalos veciños pola utilización dos lotes que se lles adxudiquen, para compensar estrictamente os gastos que se orixinen pola custodia, conservación e administración dos bens (artigo 99 RBEL).

O artigo 103.2 RBEL refírese, en especial, á regulación de concesións periódicas de “sortes ou cortas de madeira” ó que xa fixemos referencia.

c) Adxudicación do aproveitamento de bens comunais mediante prezo.

Esta é a última posibilidade que, nunha orde de prelación sucesiva prevé o artigo 75.3 TRRL, en relación cos artigos 94.3 e 98 RBEL. Para a súa utilización, que ten como indicamos un carácter subsidiario, e en defecto das demais formas de aproveitamento, requírese que a autorice o órgano competente da Comunidade Autónoma, e efectuarase por poxa pública na que teñan preferencia sobre os non residentes, en igualdade de condicións, os ofertantes veciños. A falta de ofertantes, a licitación poderá facerse de forma directa. O produto destinarase a servizos en utilidade dos que tiveran dereito ó aproveitamento, sen que se poida detraer pola Corporación máis de un 5 por 100 do importe (artigo 98 RBEL).

En todo caso as Corporacións Locais poderán exercer-lo dereito de tento e nas poxas de pastos sobrantes de pasteiros e de montes comunais e patrimoniais, dentro dos cinco días seguintes ó de se celebra-la licitación, sempre que acorden a licitación na máxima postura ofrecida polos concurrentes, e que se suxeiten a derrama ou reparto veciñal a distribución do disfrute e pagamento do remate (artigo 107 RBEL).

Para concluír esta cuestión mencionar simplemente que no artigo 83 LRBRLL faise unha referencia explícita ós montes veciñais en man común, remitíndonos á súa normativa específica, e que no artigo 100 RBEL, régúlase a transformación de bens comunais non aproveitados coma tales para a súa cualificación de patrimoniais, estipulando que o seu non emprego durante dez anos permitirá a súa desafectación, que en todo caso, e a diferenza da regulación anterior, esixirá un acto expreso, de modo que se elimina a posibilidade que anteriormente se contemplaba no anterior artigo 8.5 do RBEL dunha desafectación tácita.

O PATRIMONIO FORESTAL: A SÚA XESTIÓN

Ó falarmos de patrimonio forestal cómpre facer dúas precisións relativas á conceptualización do patrimonio e á súa cualificación polo seu destino forestal.

Debemos de indicar que o patrimonio configúrase, seguindo a DE CASTRO, como a situación unitaria que toma un conxunto de relacións xurídicas de carácter económico, ó asignarlle-lo dereito unha determinada titularidade que constitúe un ámbito de poder sobre esas relacións e un ámbito de responsabilidade dos mesmos.

Entre os diferentes tipos de patrimonios, que basicamente podemos reducir a dous: xeral e especiais, en canto afectados a un fin, dentro destes últimos caben incluí-lo patrimonio forestal, que a súa especificidade radica no aproveitamento ó que foi destinado, entendendo o forestal nun sentido amplo e non restrictivo, de conformidade coa lexislación sectorial, xa analizada ó inicio desta exposición sobre a materia.

Cómpre tamén indicar, que no ámbito local, superada e derogada a lexislación desamortizadora¹⁷, as Entidades locais teñen capacidade xurídica plena para adquirir e posuir bens de todas clases e exerce-las accións e recursos procedentes na defensa do seu patrimonio (art.140 e 141 CE. e art. 9 RBEL), de conformidade co disposto no artigo 38 do C.Civil.

Neste ámbito local, o “patrimonio” das Entidades Locais está constituído “polo conxunto de bens, dereitos e accións que lles pertencen” (artigo 79 LRBRL) distinguíndose tal patrimonio da “facenda” das Entidades locais formada polo “producto dos recursos recoñecidos polas leis” (artigos 178 e ss. TRRL), isto é polo conxunto dos ingresos que perciben.

Feitas estas precisións ocuparémonos da xestión do patrimonio forestal, patrimonio do que cabe dicir que se encontra nunha situación bastante preocupante, froito dos ataques de todo tipo ós que se ve sometido. Ataques que non se limitan á cavadura e deforestación produto da voraz actuación humana, senón que, consecuencia indirecta desta, sofren hoxe os resultados dunha contaminación, que en forma de chuvia ácida está a acabar con boa parte dos bosques do planeta, polo tanto, é perfectamente aplicable aquí a frase de GUNTER GRASS, que verbo diso sinala “Disque cos bosques se extinguen os homes. Non o creo. Estes son máis pertinaces e poden aguantar máis dano do que se inflíxen”.

Imos pois, como dicíamos, a falar da xestión do patrimonio forestal, tendo en conta dous aspectos na cuestión, a utilidade do patrimonio forestal, ou se se quere, de maneira máis simplificada, do bosque, e a regulación xurídica da xestión do mesmo.

1.- UTILIDADE.

Na Comunicación da Comisión das Comunidades Europeas do 30 de Abril de 1986¹⁸ sinaláanse as tres funcións esenciais que os bosques han cumprir na Comunidade e que, polo tanto, son aplicables ó caso español e, daquela, ó galego. Estas funcións son tres:

– Unha función económica: esta función oriéntase hoxe basicamente cara á produción de madeira da que é deficitaria, se ben o bosque é fonte doutros produtos de gama moi ampla: resina, cortiza, esencias, plantas medicinais, cogumelos, caza, etc.

– Unha función ecolóxica: de protección do medio ambiente en xeral, e da agricultura en particular. Tal función exerceuse especialmente pola súa acción na:

- regulación do réxime das augas
- protección e estabilidade dos solos.
- conservación da flora e da fauna propias.
- protección dos patrimonios naturais, especialmente as paisaxes.
- produción de osíxeno e filtración do aire.
- control dos ciclos do óxido de carbono e consecuentemente regulación da temperatura.

– Unha función social: pola súa contribución á saúde das poboacións cada vez máis urbanizadas. Constitúe un lugar de descanso e lecer, que desempeña un papel que incrementará progresivamente a súa importancia no equilibrio da nosa sociedade contemporánea.

Mediante o exercicio desas tres funcións o bosque asume un papel económico e estratéxico determinante:

- De tipo económico: ó contribuír simultaneamente ó desenvolvemento da economía e a materialización dun equilibrio máis harmónico na comunidade.

- De tipo estratéxico: porque mediante o mantemento de reservas técnicas o bosque garantiza a seguridade e o abastecemento de materias primas á Comunidade.

2.- XESTIÓN.

Debemos de diferenciar neste ámbito a normativa local e a sectorial.

2.1.- Normativa local.

Cínguese basicamente ó aspecto da REPOBOACIÓN, ó respecto sinalase que constitúe unha obriga para os Concellos cando aqueles estean despoados en superficie igual ou superior a 100 hectáreas (artigo 84.4 TR)

A repoboación poderá facerse pola entidade Local cos seus medios propios ou co auxilio e a colaboración das Administracións estatal ou autonómica¹⁹. Senón o fai a Entidade Local poden efectuar a repoboación aquelas administracións pola súa conta, concedendo ó Concello:

a) opción para adquirirla propiedade do monte formado mediante reintegro con ou sen interese do capital investido, deducción feita da parte concedida coma subvención.

b) reserva dunha participación nas masas arbóreas creadas, de acordo co valor do solo (artigo 84.5 TR).

Pero a repoboación pode realizarse pola Entidade Local, tamén mediante Consorcio con particulares, foren ou non do Concello, e actúen individualmente ou asociados (art. 40.1 RB). O consorcio debe de se formalizar en escritura pública e se inscribir no Rexistro da Propiedade, sen o requisito do cal carece de eficacia (artigo 40.5 RB).

Tamén pódese concede-lo uso de montes, non catalogados, a veciños para plantar arboredo, mediante acordo do pleno, co voto favorable da maioría absoluta e polo prazo máximo de dez anos. Estas cesións non implican alleamento nin gravame, son polo tanto, un arrendamento "ad meliorandum" suxeito á lexislación civil e á normativa administrativa que dispón que os veciños cesionarios se farán donos do arboredo que cultiven (artigo 82 TR)

Sobre o tema da repoboación cabe facer dúas breves consideracións:

1º As súas repercusións ecolóxicas: non podemos entrar nelas, e sobre a significación do piñeiro mailo eucalipto no ecosistema galego remitímonos á bibliografía sobre a materia²⁰.

2º Dende o punto de vista económico: a repoboación tivo unha incidencia fundamental na reordenación do sistema forestal galego, así XESÚS BALBOA²¹ di ó respecto:

"Trala Guerra Civil, como dixemos, a gran novidade vai se-lo inicio dunha repoboación forestal masiva auspiciada polo Patrimonio Forestal do Estado, constituído o 10 de Marzo de 1941. A empresa repoboadora asentárase precisamente na indefinición legal e na municipalización dos montes veciñais, e contaría dende 1946 cun novo e poderoso instrumento legal: a Lei Hipotecaria. Esta Lei posibilitaba que os concellos inscribieran no inventario de bens municipais previsto pola Lei de Réxime Local tódolos montes da súa demarcación, sen necesidade de aportar probas documentais, unicamente coa certificación do secretario do concello".

E posteriormente explica que as repoboacións debidas á iniciativa pública, xunto coas privadas, afectaron segundo o censo agrario a un total de 751.971 hectáreas.

Se temos en conta que, segundo o Mapa Forestal de Galicia, de 1986, o número total de montes e terreos forestados ascende a 935.129 hectáreas podemos calibra-lo enorme impacto do labor repoboador. E de aquí cabe inferir que o mito de que as repoboacións acabaron co monte galego é só iso, un mito, dado que antes das mesmas, tal monte, entendido no sentido forestal de bosque, era practicamente inexistente.

2.2.- Normativa sectorial.

Incide, ademais de no tema da repoboación, no das MELLORAS, cabendo distinguir, seguindo a BALLESTEROS²² entre:

– Montes catalogados: onde é obrigatorio un plano de melloras, vindo obrigados os entes locais a destinar a este fin o 10 por 100 do importe dos aproveitamentos dos seus montes (artigos 332 e 333 Regulamento de Montes), cumprindo, ó solicitar licencia da Administración Forestal para realizar aproveitamentos de montes catalogados, acreditar, previamente, ter feito o pagamento desa porcentaxe (artigo 216 do Regulamento de Montes).

– Montes non catalogados: onde as melloras poden ser auxiliadas pola Administración Forestal sempre que a mellora consista en repoboacións auxiliares do tratamento de masa principal ou de claros e rasos existentes no monte ou que as obras se refiran a camiños de saca ou mellora de pasteiros (artigo 340 Regulamento de Montes).

II.- OS MONTES VECIÑAIS EN MAN COMÚN.

A problemática dos Montes Veciñais en Man Común (en adiante MVMC) é enormemente árdua, e caracterizada pola existencia dunha lexislación insuficiente, cando non inexistente durante a maior parte da historia desta institución, por unha Xurisprudencia non sempre unívoca e por unha doutrina contradictoria, que se na case unanimidade dos casos esforzase por lograla pervivencia destes montes, diverxe canto ás solucións a adoptar.

Observamos no ámbito doutrinal que tódolos autores, sen excepción ven na institución algo favorable, positivo, pero que ó analizala non deixa de reflecti-lo enorme estado de degradación no que se atopan estes montes, en grande número abandonados, e en que a súa explotación é difícil, de moi difícil realización.

En realidade consideramos que a problemática básica desta figura, céntrase en dúas cuestións:

1ª. A superposición dunha, e iso é, adiantar conceptos, figura que unanimemente se considera como comunidade xermánica, nun sistema xurídico coma o noso, que se ten influencias doutras culturas é basicamente debedor do sistema romano, no que como vimos, a idea de “colectividade” ou “comunidade” é absolutamente rexeitable.

2ª. Porque responde a un sistema socioeconómico autárquico e de subsistencia, hoxe xa periclitado. En efecto, como sinala FERNÁNDEZ LEICEAGA²³ podemos distinguir coa xeneralidade dos autores, catro funcións básicas do monte que para o citado autor son:

"a) Servir de pasto para o gando, tanto para o menor como para o maior. A isto adicariáanse os portos e brañas.

b) Producción de leña para o fogar e de madeira para a venda. Tería lugar nas ladeiras.

c) Ser un alongamento de terreo cerealífero, de xeito temporal: rozas, searas, cabas, estivadas, practicadas no “manso” de forma individual. O espacio preferido sería o menos accidentado.

d) Constituí-lo lugar de obtención de materia prima para o estercado, base do mantemento da fertilidade das terras de labranza.”

Trátase, por conseguinte, de aproveitamentos que ou ben son inexistentes (leña para o fogar substituída por outras enerxías: electricidade, butano, etc.) ou ben teñen unha entidade moi limitada (o esterco, foi substituído en grande parte polos abonos químicos).

Sentada esta problemática, á que haberá que engadí-la plural normativa concurrente sobre o tema pertencente a estratos tan diversos coma o comunitario, o estatal, o autonómico e aínda o local (como vimos), e incluso normas de dereito non escrito (o costume, tal como se recolle na lei configúrase como unha fonte normativa de primeira orde), e a distintos sectores do ordenamento, non só o forestal senón o de ordenación do solo e o medioambiental concorren neste ámbito; enfrontarémonos á cuestión intentando só unha simple aproximación á mesma, esbozando os problemas existentes e sinalando a necesidade de alternativas ós mesmos.

1.1.- Orixe e evolución histórica.

Sen pretender, evidentemente, sermos exhaustivos, e tendo en conta que cando falamos de MVMC estamos a referirnos a unha forma de propiedade colectiva, utilizada consuetudinariamente polos seus titulares, podemos reseñar que, verbo da súa orixe, que é enormemente debatida e que na realidade non foi determinada con exactitude, pois pérdese, en frase tópica, na noite dos tempos²⁴, caben tres orientacións principais, segundo ÁLVAREZ-LINERA y URÍA²⁵:

1º. O reparto de bens que se realizou entre godos e hispano-romanos ó se producí-la conquista de España por aqueles.

2º. As cartas de poboamento e foros agrarios da Baixa Idade Media.

3º. Os foros propiamente ditos, constituídos en réxime de dereito privado, con transmisión de dominio útil ó foratario e que acabaron por ser perpetuos. O mesmo cabe dicir da enfiteuse do que o foro e especie.

Esta terceira tese é a máis estendida, e así, FERNÁNDEZ GARCÍA²⁶ di que “a súa orixe máis recente é foral, a través das cartas forais o propietario dun couto ou termo fai a cesión do dominio útil das terras comprendidas no termo redondo a prol de determinadas persoas, alcanzando a cesión ás terras de cultivo, pasteiros, prados, bosques, devesas e montes en xeral...” montes et fontes”.

Seguindo a BOCANEGRA SIERRA²⁷, cabe resumi-la evolución normativa dos MVMC do xeito seguinte:

Inicialmente non existe unha regulación positiva dos MVMC, o recoñecemento dos cales non se verifica xurisprudencialmente a través das sentencias do T.S., tanto nas súas salas do civil como nas do contencioso, e sobre todo a partir da xurisprudencia da A.T. de A Coruña, constituíndo por conseguinte, unha manifestación da operatividade do costume coma fonte do dereito. Trataríase dunha “creación xurisprudencial” pero entendida tal creación no sentido de simple constatación e xuridificación dunha realidade preexistente.

O primeiro recoñecemento normativo desta clase de montes prodúcese coa Lei de Montes de 1957, que no seu artigo 4.3 (xa derogado) recoñecía a existencia nas catro provincias galegas de “montes pertencentes en man común ós veciños das consuetudinarias demarcacións parroquiais...”, e no mesmo sentido o artigo 23 do Regulamento da citada Lei, se ben establecía unha “vinculación” ós concellos respectivos os cales debían de regula-lo disfrute dos seus aproveitamentos dando unha xusta participación ós veciños.

Aínda que constituía un avance, limitaba a súa existencia ós MVMC, radicados en Galicia (excluía, por exemplo á Comunidade Asturiana, onde tamén atopamos manifestacións desta peculiar forma de propiedade) e vinculaba a súa propiedade ós concellos, realizando unha forte administrativización da figura.

A Compilación de Galicia do 2 de Decembro de 1963, regula esta Institución no seu título V, capítulo I, baixo o epígrafe de “Comunidade en materia de montes”, artigos 88 a 89, mantendo a administrativización da figura (“os montes veciñais están vinculados ós concellos respectivos...” artigo 89, par. 1º) e cinguíndose obviamente ó ámbito galego.

A Lei de MVMC do 27 de Xullo de 1968 constitúe a súa primeira regulación específica, aínda que se mantén na liña anteriormente reseñada, se ben extendendo o ámbito territorial de aplicación que xa non se limita a Galicia.

As duras críticas que suscitou esta Lei²⁸ posibilitaron un clima de reforma, que fomentado polo I Congreso de Dereito Civil Galego²⁹ concretáronse na Lei do 11 de Novembro de 1980, hoxe vixente, que mereceu unha resposta positiva, na que se lle atribúe á comunidade de veciños a titularidade dos montes sen as restricións administrativas antes existentes.

Por último, na Comunidade Autónoma Galega promúlgase a Lei 13/1989, do 10 de Outubro, de Montes Veciñais en Man Común, que xunto co costume constitúen o dereito propio de Galicia nesta materia e será aplicable preferentemente no seu ámbito territorial.

1.2.- Situación actual na Comunidade Autónoma Galega.

É plenamente aplicable a frase de J. SENADOR³⁰:

“A árbore pagou coa súa vida tódalas miserias dos pobres, que sempre foron moitas e tódalas imbecilidades dos ricos, que nunca foron poucas”.

Se substituímos “árbore” por “montes veciñais en man común” e aínda sendo a frase de 1933, observamos que ten toda a súa vixencia, e iso polas seguintes razóns:

1ª. Porque como a frase indica, o ámbito forestal sufriu historicamente as agresións humanas ben das clases economicamente máis elevadas, que realizaron escudándose nos resortes do poder que ostentaban, unha actuación que non menos cabe cualificar de rapina, apropiándose os montes, ben dos menos podentes que ante a súa carencia de recursos adoitaban explotar de xeito exhaustivo os montes ata deixalos practicamente exánimes.

2ª. Pola absoluta indeterminación na que se atopan, non só en canto á súa titularidade, senón tamén incluso en canto á súa existencia. Non sabemos en realidade cantos montes veciñais existen; sirva de exemplo os seguintes datos:

– FERNÁNDEZ OCA³¹: “Ocupan unha superficie de máis de 800.000 Has. e están clasificados como tales 2.616 cunha superficie de 637.677 Has. (estos datos correspóndense ó ano 1987).

– ARIAS VEIRA³²: Cita como cifra total de superficie ocupada polos MVMC a de 574.450 Has.

– PLAN FORESTAL GALEGO³³: 193.654 Has. se ven referidas ós montes forestados.

Se, como vemos, non se sabe de certo cantos montes veciñais existen, a determinación dos seus propietarios é tarefa absolutamente imposible, á que contribúen non só as carencias de censos adecuados, senón, tamén a ambigüidade xurídica en torno ó concepto de propietario.

1.3.- Réxime Xurídico dos MVMC na Comunidade Autónoma Galega.

1.3.1.- Normativa aplicable.

A Comunidade Autónoma de Galicia asumiu no seu Estatuto de Autonomía competencias “exclusivas” sobre réxime xurídico de montes veciñais en man común, sen prexuízo da observancia da lexislación básica estatal nos termos do artigo 149.1.23º da C.E. (art. 27. 11º. E.A.G.).

En virtude de tales competencias dictou as seguintes disposicións sobre a materia (ademais da precitada Lei):

- D. 221/1983, do 24 de Novembro, da Consellería de Agricultura, Pesca e Alimentación, polo que se determina a composición dos Xurados Provinciais de Montes Veciñais en Man Común nas catro provincias galegas.

- D. 97/1985, do 25 de Marzo, da Consellería de Agricultura, Pesca e Alimentación, sobre creación de Comités Provinciais de Montes.

- Orde do 16 de Abril de 1985 da Consellería de Agricultura, Pesca e Alimentación, polo que se desenvolve o programa de axudas á explotación de montes veciñais en man común.

1.3.2.- *Análise da normativa rectora.*

A Lei 13/1989 de MVMC, consta de 30 artigos, estruturados en cinco títulos, con título preliminar, 6 disposicións adicionais, 4 disposicións transitorias e 2 disposicións finais, precedida dunha Exposición de Motivos, que xustifica a necesidade da Lei e sinala os obxectivos que con ela se perseguen.

Pasamos a facer unha análise sucinta da mesma seguindo a orde do seu articulado:

A) TÍTULO PRELIMINAR: DISPOSICIÓNS XERAIS: ARTIGOS 1-3.

Dásenos no mesmo o concepto, caracteres e natureza da institución.

Da análise dos mesmos cabe inferi-lo seguinte:

1º.- A caracterización dun monte como veciñal ven determinado por dous parámetros básicos³⁴: a titularidade colectiva (“agrupacións veciñais na súa cualidade de grupos sociais” Cfr. artigo 1.1) e aproveitamentos consuetudinarios (“víñanse aproveitando consuetudinariamente en réxime de comunidade” art. 1.1), e iso independentemente de:

– A súa orixe.

– O seu destino, que pode ser agrario, como sinala a Lei sen que iso obste á súa cualificación como veciñais.

No relativo á titularidade diremos que existe unha indeterminación fáctica, xa que a Lei no seu artigo 3.2 sinala que:

“A Comunidade veciñal a que se refire o apartado anterior entenderase composta polos veciños que a integran en cada momento”.

Pero o concepto de veciño é aquí difuso, porque se ben o artigo 3.1 fala de “veciños titulares de unidades económicas, con casa aberta e residencia habitual nas entidades de poboación ás que tradicionalmente estivese adscrito o seu aproveitamento, e que veñan exercendo, segundo os usos e costumes da comunidade, algunha actividade relacionada con aqueles”, non se fixa o criterio de veciñanza, que como sinala DÍAZ FUENTES³⁵ pode te-las seguintes acepcións:

– Veciñanza administrativa: a lexislación local concíbea como o vínculo que liga entre si ós habitantes dun concello.

– Veciñanza civil: relativa á adscrición das persoas ó réximen foral en materia de dereito privado tal como recolle o C.C.

Pero, neste caso, como sinala o citado autor, a veciñanza fai referencia a unha situación de feito (de aí a referencia á “residencia habitual”) o que suscita á súa vez dúas cuestións:

1.- ¿Cómpre a vinculación durante un determinado período de tempo?.

A Lei non distingue e se ben e certo que o artigo 16.1.a), sinala que os Estatutos poden fixa-la “atribución da condición de comuneiro” non é menos certo que remata dicindo “... conforme ó disposto no artigo 3.1 desta Lei”, o cal non contribúe a aclarar moito o problema.

2.- ¿Cómpre a profesionalidade agraria do titular do monte?.

Creemos que se debe de contestar negativamente a este extremo, pola participación consuetudinaria de persoas pertencentes a profesións alleas a este ámbito nos mesmos, servíndonos para apoiar esta tese o rexeitamento da enmenda do Grupo Parlamentario Comunista na tramitación da Lei 55/1980 do 11 de Novembro que propuña engadir ó seu artigo 1º, cando alude á condición de veciños a expresión “que se dediquen de forma directa á actividade agraria”.

Respecto do aproveitamento, só cabe dicir como fan MEILÁN GIL e RODRÍGUEZ ARANA⁸⁶ que:

“En todo caso, e dende o punto de vista positivo, resulta claro que o monte veciñal en man común vai ligado a un aproveitamento consuetudinario que se pode entender, materialmente, como esencialmente vinculado á vida da comunidade veciñal tal como se desenvolveu de acordo cos usos tradicionais”.

2º.- O monte concíbese como unha comunidade xermánica en man común (Gesammte Hand), da que son características básicas:

- Os titulares adoitan estar unidos por un vínculo de carácter persoal.
- O número de titulares é indeterminado e variable de modo que o disfrute ou aproveitamento faise sen delimitación precisa faltando a idea de cota, como porción fixa pertencente a un suxeito de modo exclusivo.
- Esta ausencia de cotas como porcións económicas concretas e determinadas, determina a inalienabilidade dos dereitos que ó comuneiro corresponden.
- Tal indisponibilidade determina a súa intransmisibilidade de modo que a morte do titular, supón que a súa parte non pasa ós herdeiros, senón que acrecenta ós copartícipes.
- O especial carácter destes aproveitamentos determina a súa indivisibilidade, isto é, non cabe exercita-la “actio communi dividundo”.

Tales caracteres recóllense xunto coa imprescriptibilidade e inembargabilidade e a súa subtracción a toda tributación no artigo 2 da Lei galega.

B) TÍTULO I: RÉXIME XURÍDICO: ARTIGOS 4-8

Simplemente indicar que neste título se analiza a capacidade da comunidade, as consecuencias da extinción e os actos de disposición que sobre os montes veciñais cabe realizar.

Cómpre salientar aquí:

1º.- O tema da extinción, ó que se refire o artigo 4.2. e no que inciden os artigos 6.3, 20 e 27.

A diferenza do que acontece na Lei 55/1980 do 11 de Novembro, que no seu artigo 8 “in fine” estipula que no caso de se extinguir: “se ó cabo de 30 anos non se restaura a agrupación veciñal, o ben pasará definitivamente ó patrimonio da entidade local administradora co carácter de comunal”; na Lei galega iso non acontece e establécese unha situación de tutela durante a situación de pendencia a prol da comunidade de forma indefinida “... transitoriamente e atá que non se reconstitúa a Comunidade”.

2º.- A admisibilidade da permuta de terreos (artigo 8º) que entendemos bate co carácter inalienable destes bens.

3º.- A fixación dun dereito de superficie que se na Lei 55/1980 fíxase por un prazo máximo de 30 anos, sen distinguir en función do destino do ben (artigo 3º.3), na Lei galega, conservando a duración máxima dese dereito de 30 anos con carácter xeral, precisa que se se destina a cultivos agrícolas non excederá de 10 anos, e no caso de aproveitamentos forestais de arboredo non se poderán concertar prazos superiores “ós correspondentes a unha única quenda da especie plantada, nin para outra clase de aproveitamento que é o da corta do arboredo plantado”

C) TÍTULO II: DA CLASIFICACIÓN E OS SEUS EFECTOS: ARTIGOS 9-13.

Regula como sinala o seu epígrafe a clasificación dos MVMC e os efectos da mesma, así como a composición dos Xurados Provinciais de Clasificación de Montes.

Hai que salientar neste título:

1º.- A composición dos Xurados cun protagonismo casi decisivo da Consellería de Agricultura que, como reseña algún autor, actuou con manifesta voracidade na materia (véxase para tal efecto o artigo 10 que esixe catro membros daquela Consellería no Xurado).

2º.- A eficacia da resolución firme de clasificación que, a teor do disposto no artigo 13:

– É atributiva da propiedade, en tanto non exista sentenza firme en contra, pronunciada pola xurisdicción ordinaria.

– Serve de título inmatriculador e a exclusión do Catálogo de montes de utilidade pública ou do Inventario de bens municipais, se os montes sobre os que recaen estivesen inscritos neles.

– Está exento do I.T.P.A.X.D. sendo gratuítas a primeira inscrición do monte e as cancelacións que se produzan por este motivo.

3º.- Se poñemos en relación o apartado b) do artigo 13, parágrafo 2º e a disposición adicional 1ª (transcrición da D.T. 1ª da Lei 55/1980, só que substituíndo o prazo de cinco anos desta polo de un ano), atopámonos cun grande problema de tipo rexistral, pois se se concibe a inmatriculación da que fala dita disposición como sinónimo de primeira inscrición e non de asento, iso deixaría inermes ás comunidades diante do terceiro hipotecario protexido pola fe pública rexistral polo cal para evitar este atranco cómpre identifica-lo concepto de “inmatriculación” co de “asento rexistral”. De tódolos xeitos é moi discutible, á luz do artigo 40 da L.H. que unha resolución dun Xurado de Montes rectifique “per se”, e sen recaer resolución xudicial asine un asento do Rexistro.

D) TÍTULO III: DA ORGANIZACIÓN DAS COMUNIDADES: ARTIGOS 14-20.

Refírese este título ós diversos órganos da Comunidade, regulando a Asemblea Xeral, a Xunta Rectora, os Estatutos da Comunidade e o procedemento de aprobación e reforma, a representación da mesma, a Xunta Provisional e as situacións de pendencia.

Mereceu eloxio unánime a redución dos “quorumes” de constitución, xa que en primeira convocatoria se esixe a presenza da metade dos comeneiros e en segunda o 25% dos mesmos (artigo 14.2), e para a realización dos actos de disposición, aprobación, reforma e revogación dos Estatutos require a maioría dos presentes que representen cando menos o 50% do censo en primeira convocatoria, e o 30% na segunda (artigo 18.1) fronte ós da Lei 55/1980 (tres cuartas partes para a realización dos mesmos actos: art. 5º.2).

Non se regula, sen embargo, por exemplo, como se organizará a Xunta Provisional, xa que se fai unha mención pouco detallada a que estará composta “...como mínimo, por un Presidente e dous vocais, elexidos de entre os comeneiros...” (artigo 19.1).

E) TÍTULO IV: DOS APROVEITAMENTOS. ARTIGOS 21-23.

Regula os aproveitamentos, a vinculación de cando menos o 15% dos rendementos económicos derivados dos aproveitamentos para “investimentos en mellora, protección, acceso e servizos derivados do uso social ó que o monte poida estar destinado” (artigo 23) e o, absolutamente deostado, e cremos que con razón, por estar en absoluta contradicción coa propia esencia da institución, reparto en lotes, sortes ou parcelas, do artigo 22, que en realidade abre o camiño a unha apropiación individualizada do monte, a pesar de que se estruturan certas garantías que tratan de evitalo, como son a fixación dunha duración non superior a 11 anos e que se renovan as adxudicacións, os lotes que de novo se entreguen ós comeneiros non poden coincidir cos que se aproveitaron no período anterior.

F) TÍTULO V: PROTECCIÓN E XESTIÓN PREVENTIVA: ARTIGOS 24-30.

Regúlanse aquí as competencias da Comunidade Autónoma na materia, a necesaria creación dun Rexistro de MVMC, a xestión preventiva da Comunidade nos supostos de extinción ou desaparición da mesma (que non é tal, pois dada a súa regulación atoparíase nunha especie de limbo, pero non deixaría de existir) ou no de grave abandono, estipulando cando e como se procedería a tal declaración de abandono.

Para rematar, cabe mencionar simplemente:

A Disposición Adicional 2ª : que se refire ó tema dos consorcios e convenios, e que condona as posibles débedas que para o efecto tiver a Comunidade.

A Disposición Adicional 3ª : que establece que os procedementos que para o efecto se substancien sobre estes bens, agás a clasificación, o serán polo trámite de incidentes perante o Xulgado de Primeira Instancia.

A Disposición Adicional 4ª : que sinala que as mencións feitas á parroquia o serán nos termos establecidos polo E.A.G. nos seus artigos 40.3 e 27.2.

A Disposición Adicional 5ª : que prevé a creación no prazo de tres anos a partir da promulgación da Lei dun inventario xeral dos MVMC.

A D.T. 1ª : verbo dos expedientes, canto á normativa aplicable á súa tramitación.

A D.T. 2ª : establece o prazo dun ano para a adaptación dos Estatutos xa aprobados e as Xuntas de Comunidade constituídas ás prescricións desta Lei, a partir da súa promulgación.

A D.T. 3ª : establece o prazo dun ano a partir da súa entrada en vigor, para poder declarar un monte en estado de grave abandono.

A D.T. 4ª : establece a intervención do M.F. en defensa da propiedade das Comunidades.

A D.F. 1ª : sinala a necesaria promulgación dun Regulamento nun prazo hoxe xa vencido³⁷.

A D.F. 2ª : como indicamos, establece o costume como fonte normativa de primeiro grao na materia, o cal foi obxecto de discusión.

2.- CONCLUSIÓNS.

Diante da situación actual de grave abandono³⁸ destes montes, caben tres solucións:

– O mantemento do réxime xurídico actual, pero cunha necesaria adaptación á situación socioeconómica de hoxe en día, co fin de obter unha maior rendabilidade dos mesmos, e conseguirla súa plena inserción no tráfico xurídico.

– A súa incorporación ó demanio ou ó patrimonio público (a creación dun Patrimonio Forestal da Comunidade parécenos, tal como recolle o plan Forestal de Galicia, positiva).

– A súa división e incorporación ó dominio dos particulares.

Todas estas solucións suscitan problemas dos que non nos podemos estender na súa análise, pero, se temos en conta que o sector forestal é un dos de máis prósperos da CEE, que Galicia é excedentaria en determinados produtos forestais e que outros sectores da economía galega atópanse en grave crise, cómpre unha reforma que dinamice esta institución e que poña en circulación a riqueza que leva ínsita, co fin de obter uns montes que respondan ás expectativas e necesidades actuais³⁹.

NOTAS:

- 1) BARRACHINA JUAN, Eduardo. Derecho Administrativo Especial. Tomo I. Barcelona. PPU.
- 2) GUAITA, Aurelio. Derecho Administrativo. Aguas, Montes, Minas, CIVITAS. 2ª Edición. Madrid. 1986.
- 3) PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Tomo III. MARCIAL PONS, Ediciones Jurídicas, S.A. 3ª Edición. Madrid. 1990.
- 4) Estes montes rixense, ademais de pola Lmt. e o seu Regulamento, pola lexislación do PFE, pola LPE e o regulamento desta de 5 de novembro de 1964, segundo sinalan a disposición 4ª de excepción de unha e outra.
- 5) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Las Formas Comunitarias de Propiedad Forestal y su posible proyección futuras. Editorial STUDIO. Santander. 1986.
- 6) NIETO GARCÍA, A. Los bienes comunales. Editorial de Derecho Privado. Madrid. 1964.
- 7) As Partidas os definen na lei 10, título 28, partida 3ª da seguinte forma:
"Campos, e viñas e huertas e olivares e outras heredades, e ganados, e siervos, e outras cousas semejantes que dan fruto de si, o renta, pueden auer las cibdades".
- 8) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. En torno a los bienes comunales. RAP. 84. Septiembre-diciembre. 1977.
- 9) NIETO, Alejandro. La nueva regulación de los bienes comunales. REALA. nº 233. Enero-Marzo 1987.
- 10) SANZ MORENO, F "Bienes de las Entidades Locales". Publicado no tratado de Dereito Municipal II. Dirixido por Muñoz Machado, S. CIVITAS, S.A. Madrid, 1988.
- 11) NIETO, A. op. cit. "La nueva regulación de los bienes comunales".
- 12) BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. Manual de Bienes de las Entidades Locales. MAP. Madrid. 1990.
- 13) COLOM PLAZUEL, Eloy. Algunas reflexiones en torno a los bienes comunales. REALA. nº 237. Enero-Marzo 1988.
- 14) ALVARELLOS GALVE, Constantino. Compilación de Dereito Galego. CONSELLERÍA DE PRESIDENCIA E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 1990.
- 15) CUADRADO IGLESIAS, M. Aprovechamiento en común de pastos y leñas. SERVICIO DE PUBLICACIONES AGRARIAS. Ministerio de Agricultura. Secretaría General Técnica. 1980.
- 16) A exposición das formas de aproveitamento subsidiarias, realízase seguindo a obra "Reglamento de Bienes de las Entidades Locales". Pola redacción de EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS. EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS. Madrid, 1989.
- 17) O artigo 5 do Estatuto Municipal aprobado polo R. D. de 8 de Marzal de 1924 dispuxo:
"Quedan derogadas las leyes desamortizadoras en cuanto se refieren a los bienes de los municipios y de las Entidades Locales Menores."
E a LPE de 15 de Abril de 1964, inclúe na súa tabla de disposicións derogadas a Lei de 1 de Maio de 1955, "en cuanto trata de la desamortización de los bienes del Estado".
- 18) Con (86) 26 final. Bruselas, 30 de Abril de 1986. Acción da Comunidade no sector forestal constitúe un memorandun complementario ó documento de consulta da Comisión COM (85) 792.
- 19) É de subliñar que estas funcións dos Concellos na materia están subordinadas ás competencias asumidas polas CC.AA., e que en materia de MVMC, no ámbito galego, por causa da súa lei reguladora, atribúense á Xunta de Galicia.
- 20) Cómpre citar a título meramente enunciativo a obra de PÉREZ MOREIRA, Roxelio. Ecoloxía e ordenación Forestal. Concellería de Agricultura. A Coruña, 1990.
- 21) BALBOA, X. O monte en Galicia. XERAIS, Vigo, 1990.
- 22) Opus. cit. pág. 67.
- 23) FERNÁNDEZ LEICEAGA, Xaquín. Economía (Política) do monte galego. UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA. Servicio de Publicacións e intercambio científico. Santiago de Compostela. 1990.
- 24) Ó respecto PAZ ARES, J.C. na primeira monografía, e que aínda hoxe ten validez, sobre o tema "Régimen de los llamados montes de vecinos de Galicia". Editorial GALAXIA, 1966, cita documentos o primeiro deles do ano 963, en que fanse referencias a estas formas de propiedade, utilizando a clásica expresión "...a montes et a fontes".
- 25) ÁLVAREZ-LINERA Y URÍA, César. "Los Montes Vecinales en Mano Común", en I Jornadas sobre Montes Comunales. CONSEJERÍA DE AGRICULTURA Y PESCA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS. OVIEDO. 1984.
- 26) FERNÁNDEZ GARCÍA, J. Montes vecinais en mano común. REDA nº 44 outubro-dецembro de 1984.
- 27) BOCANEGRA SIERRA, Raúl. "Los montes vecinales en Mano Común. Naturaleza y régimen jurídico". IEAL. Madrid. 1986. Constitúe súa obra a máis importante e extensa monografía xurídica, hoxe existente na materia.
- 28) Vid ó efecto as críticas realizadas por gran número dos máis importantes xuristas galegos do momento en FORO GALEGO nº 137. Ano 1968.
- 29) Vid. I CONGRESO DE DERECHO GALLEGO. Sección III González Besada. A Coruña, 1972. Onde postúlase unha necesaria reforma na materia dada a insuficiencia da normativa entóns vixente.
- 30) SENADOR, J. El problema de las repoblaciones forestales. Rivadeneyra S.A. Madrid. 1933. Citado por Groome, H., en Historia de la política forestal española. Madrid. 1990.
- 31) FERNÁNDEZ OCA, A. Os montes veciñais en man común. Cooperativismo e Economía Social, nº 3 (1991). Universidade de Vigo.

- 32) ARIAS VEIRA, Pedro. Artigo publicado na Voz de Galicia, domingo, 26 de marzal de 1981. Acompañase un cadro estatístico no que se recolle a cifra citada.
- 33) Anexo III. El sector Forestal Gallego: objetivos del Plan Forestal.
- 34) Vid. nese sentido, a STS (Sala 3ª) de 18 de xuño de 1991.
- 35) "PROBLEMAS HISTÓRICOS, XURÍDICOS E ESTRUCTURAIIS DO MONTE EN GALICIA", nas II Xornadas de estudo sobre "os usos do monte en Galicia". Lourizán (Pontevedra) 1983.
- 36) MEILÁN GIL J.L. y RODRÍGUEZ-ARANA, J.F. "Algunas reflexiones sobre el régimen jurídico de los montes vecinales en mano común. R.D. PÚBLICO nº 116-117 Xullo-Decembro 1989.
- 37) Esta situación ven amosada, por exemplo, pola maior incidencia dos incendios forestais en montes que teñen esta configuración xurídica, tal como demostra unha investigación realizada polo Departamento de Sicoloxía Social e Básica da Universidade de Santiago de Compostela, recollida no libro "El régimen de propiedad e os incendios forestais en Galicia" GONZALO SERRANO (Coordinador). Universidade de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela 1990.
- 38) Entre as solucións máis orixinaís e innovadoras, cabe subliñar a de CASTRO SOMOZA, un dos maiores expertos sobre este tema, que postula a configuración da Comunidade Veciñal como un consorcio. Vid: "A LEXISLACIÓN DE MONTES VECIÑAIS EN MAN COMÚN: UNHA TAREFA NON REMATADA" I Xornada sobre o Estatuto de Autonomía de Galicia. EGAP. Santiago, 1991.

A xénese da Lei 7/1990 de 19 de xullo, sobre negociación colectiva e participación na determinación das condicións de traballo dos empregados públicos

Jesús Martínez Girón*

SUMARIO:

I.- PRESENTACIÓN. II.- O PERÍODO ANTERIOR Á PROMULGACIÓN DA LEI 30/1984, DE 2 DE AGOSTO. III.- A PROMULGACIÓN DA LEI 9/1987, DE 12 DE XUÑO. IV.- O ACORDO GOBERNO-SINDICATOS DO 6 DE ABRIL DE 1990, SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

I.- PRESENTACIÓN

1. A promulgación da lei 7/1990, do 19 de xullo, sobre negociación colectiva e participación na determinación das condicións de traballo dos empregados públicos, foi o froito dun complexo proceso que se inicia en xullo de 1976 e que durou, polo tanto, quince anos. Conceptualmente, trátase dun proceso que se pode dividir en tres períodos perfectamente diferenciados.

No primeiro deles¹, que comprende dende este ano 1976 ata a promulgación da lei 30/1984, do 2 de Agosto, de medidas de reforma da función pública, sentáronse as bases para que resultase facticamente operativa a negociación colectiva dos funcionarios. O segundo período², comprende, pola súa banda, dende agosto de 1984 ata a promulgación da lei 9/1987, do 12 de Xuño, de órganos de representación, determinación das condicións de traballo e participación do persoal ó servizo das Administracións públicas, e caracterízase por unha regulación legal limitada do dereito de negociación colectiva dos funcionarios. O terceiro período³, en fin, está marcado pola estipulación entre Goberno e Sindicatos, en Abril de 1990, dun chamado "Acordo sobre negociación colectiva de funcionarios públicos", do que trae causa a lei da que este traballo pretende esclarece-la xénese.

* Catedrático de Dereito do Traballo da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña

II.- O PERÍODO ANTERIOR Á LEI 30/1984, DO 2 DE AGOSTO

2. Como é sabido, o primeiro dos presupostos sobre os que se asenta todo o sistema de negociación colectiva é a existencia de axentes negociadores de convenios, isto é, no caso que nos ocupa, a existencia de sindicatos de funcionarios.

A posibilidade de constitución destes últimos foi contemplada, por vez primeira tralo franquismo⁴ polo Real Decreto 1839/1976, do 16 de Xullo⁵, regulador das chamadas “asociacións profesionais” de funcionarios públicos. Pero as limitacións derivadas desta normativa eran moitas e sinaladamente: 1) a esixencia de autorización administrativa previa para poder constituir lícitamente asociacións de funcionarios⁶, e 2) a concreción do ámbito de actuación das mesmas, en principio, a un só Departamento Ministerial, organismo autónomo ou corpo ou escala de funcionarios⁷. Dado que estas normas conculcaban os máis elementais principios en materia de liberdade sindical, este Real Decreto foi derogado, só un ano despois da súa promulgación⁸, polo Real Decreto 1522/1977, do 17 de xuño⁹, regulador do dereito de asociación sindical dos funcionarios públicos, no cal xa se afirmaba sen ambaxes, dunha banda, que “os funcionarios públicos e o persoal en réxime de dereito administrativo ó servizo da Administración civil do Estado, Administración local, organismos autónomos dependentes dunha ou da outra e Entidades Xestoras da Seguridade Social” poderían “constituír, sen autorización previa, as asociacións ou organizacións que estimen conveniente para a defensa dos seus intereses, así como afiliárense ás mesmas coa soa condición de observaren os seus Estatutos¹⁰; e, doutra banda, que “as organizacións de funcionarios públicos” podían, á súa vez, “constituír Federacións e Confederacións, así como afiliarse ás mesmas¹¹”. En fin, esta nova normativa, que viña a dar cumprimento anticipado ó xenérico mandato constitucional (*ex art.* 28.1 CE) sobre liberdade sindical dos funcionarios¹², foi logo completada por cadansúa resolución administrativa do 7 de Xuño de 1979¹³ e 29 de Xaneiro de 1981¹⁴; a primeira, dando directrices provisionais para a acción sindical na Administración pública¹⁵, e a segunda, regulando o exercicio dos dereitos de representación colectiva e de reunión dos funcionarios da Administración local¹⁶.

3. Pola súa parte, o segundo dos presupostos no que usualmente, aínda que non necesariamente¹⁷, adoita apoiarse todo sistema de negociación colectiva é a posibilidade de apelar á “forza”, isto é, no caso que nos ocupa, a posibilidade de que os funcionarios, na axuda das súas concretas pretensións negociadoras puidesen declararse en folga. Malia tódalas ambigüidades da nosa Constitución sobre este punto, o certo é que se trata dunha posibilidade que indubidablemente favoreceu a coñecida STC 11/1981, do 8 abril, ó configurar como delicto “de tendencia” ou que requiría dun “dolo específico¹⁸” o delicto de sedición tipificado no artigo 222, 1º do Código Penal e relativo ós “funcionarios, encargados da prestación de todo xénero de servizos públicos... que, suspendendo a súa actividade ocasionen trastornos ós mesmos ou, de calquera xeito, alteren a súa regularidade²⁰”, pois –sempre segundo o TC.– este “tipo delictuoso... non se pode considerar como inconstitucional se se ten en conta que o que se penaliza é un ataque contra a Seguridade do Estado²¹”. Todo isto explica que os nosos funcionarios públicos se animasen, dentro sempre do período anterior á Lei 30/1984 e, por suposto, sen aquel dolo específico, a se declararen en folga; a falta de ilexitimidade administrativa destas folgas sancionou unha inmensa masa de, cando menos, cento oitenta e oito sentencias, todas da Sala 5ª do TS, decididas entre 22 de Maio de 1982 e 6 de Xunio de 1984²², segundo as cales a Administración non podía descontar ós funcionarios folguistas os seus haberes correspondentes ós días non traballados, pois –sobre a base da inexistencia de “norma adecuada que apodere especificamente á Administración neste particular²³– este tipo de descontos –segundo elas– podería “incidir gravemente nun dereito de folga que non aparece (no caso dos funcionarios) prohibido pola Constitución²⁴”.

4. Loxicamente, a concorrencia destes dous presupostos determinou, con toda naturalidade, que os sindicatos de funcionarios e a Administración comezasen a negociar e concluísen concretos acordos, entre os cales –dentro sempre do período anterior á promulgación da Lei 30/1984–

cóntanse os seguintes: 1) o de marzo de 1982, asinado entre a Administración Pública e as Centrais CSIF, FETAP-UGT e CCOO, sobre eficacia e produtividade da función pública²⁵; 2) o do 26 de febreiro de 1983, asinado en Madrid entre representantes da Administración Pública e as Centrais UGT, CSIF e CCOO, sobre retribucións do persoal ó servizo da Administración do Estado e os seus organismos autónomos para 1983²⁶; e 3) o do 10 de marzo de 1983, tamén asinado en Madrid entre os representantes da Administración da Seguridade Social e certas representacións sindicais integradas na Xunta Estatal de Representantes dos Funcionarios da Administración da Seguridade Social, sobre retribucións para o exercicio 1983 e outras condicións de traballo²⁷.

5. Agora ben, esta negociación colectiva dos funcionarios carecía de toda cobertura xurídica, malia tratarse dun feito notorio. E así o puxo de relevo a STC 57/1982 do 27 de xullo, declarando nulo o Decreto autonómico 83/1981, do 15 de xullo, do Goberno Basco, sobre negociación colectiva das condicións de traballo na Administración Local basca²⁸, segundo a cal “na actualidade a negociación colectiva das condicións de traballo do persoal vinculado a calquera das Administracións públicas só é posible legalmente cando se trate de persoal sometido ó dereito laboral, pero non en cambio, en relación co persoal vinculado ó dereito administrativo, sexa funcionario... ou asimilado³⁰; e iso: 1) dada a falta de cobertura constitucional do dereito á negociación colectiva dos funcionarios, xa que –á parte o feito de que o artigo 37.1 CE refírese unicamente á “negociación colectiva laboral”³¹– “do dereito de sindicación dos funcionarios non deriva como consecuencia necesaria a negociación colectiva”³² e de aí a conclusión do TC relativa a que “a Constitución non reconece ós funcionarios públicos o dereito á negociación colectiva das súas condicións de emprego”³³; e, dada, ademais, a súa falta de cobertura no plano da lexislación ordinaria estatal³⁴ e supranacional³⁵, pois “da lexislación vixente examinada racionalmente dedúcese que os funcionarios públicos e asimilados das Administracións Públicas, entre eles os funcionarios das Administracións Locais, están sometidos ás condicións de emprego determinadas pola Lei e os Regulamentos, con exclusión do sistema de negociación colectiva”³⁶.

III.- A PROMULGACIÓN DA LEI 9/1987, DO 12 DE XUÑO

6. Esta falta de cobertura xurídica da negociación colectiva dos funcionarios foi, sen embargo, corrixida coa promulgación da Lei 30/1984 do 2 de Agosto, de medidas para a reforma da función pública, a cal reconece expresamente a licitude do fenómeno ó declarar que “corresponde en particular ó Goberno... determina-las instrucións ás que se deberán de ate-los representantes da Administración do Estado cando proceda a negociación coa representación dos funcionarios públicos das súas condicións de emprego, así como dar validez e eficacia ós Acordos acadados mediante a súa aprobación expresa e formal, establecendo as condicións de emprego para os casos nos que non se produza acordo na negociación”³⁷.

Tratábase, sen dúbida, dunha declaración legal que pretendía dar cumprimento anticipado ó Convenio nº 151 da OIT, sobre protección do dereito de sindicación e procedementos para determina-las condicións de emprego na Administración Pública, ratificado en España por Instrumento do 22 de xuño de 1984³⁸ e que entrou en vigor o 18 de Setembro de 1985³⁹, segundo o cal adoptaríanse “medidas ... para estimular e fomenta-lo pleno desenvolvemento e utilización de procedementos de negociación entre as autoridades públicas competentes e as organizacións de empregados públicos verbo das condicións de emprego ou calquera outros métodos que permitan ós representantes dos empregados públicos participar na determinación desas condicións”...⁴⁰

7. Débese de indicar, ademais, que este recoñecemento legal da negociación colectiva dos funcionarios viuse reforzada, en primeiro termo, polo recoñecemento –tamén ó nivel da lexislación estatal ordinaria– do dereito de folga dos funcionarios. Este recoñecemento expreso foi operado pola propia Lei 30/1984, do 2 de agosto; a súa Disposición adicional 12ª –constitucionalmente

convalidada pola STC 99/1987, do 11 de Xullo⁴¹– ordenou, fronte a reiterada xurisprudencia contencioso-administrativa anteriormente mencionada⁴², que “os funcionarios que exerciten o dereito de folga non percibirán nin cobrarán as retribucións correspondentes ó tempo en que permaneceran nesa situación, sen que a dedución de haberes que se efectúe teña, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria nin afecte ó réxime respectivo das súas prestacións sociais”⁴³; declaración esta, completada por outros preceptos da Lei 30/1984, relativos a que se considerarían faltas “moi graves” dos funcionarios, entre outras, “a realización de actos encamiñados a coarta-lo libre exercicio do dereito de folga”⁴⁴, “a participación en folgas, ós que a teñan expresamente prohibida pola Lei”⁴⁵, ou “o incumprimento da obriga de atender os servizos esenciais en caso de folga”⁴⁶.

8. Pero tamén reforzouno, sobre todo, a promulgación en 1.985 da LOLS –dictada en desenvolvemento do citado artigo 28.1 CE⁴⁷–, a cal –sobre a base de que “tódolos traballadores teñen dereito a se syndicar libremente para a promoción e defensa dos seus intereses económicos e sociais”⁴⁸, e de que, para os efectos da mesma, “se consideran traballadores tanto aqueles que sexan suxeitos dunha relación laboral como aqueles que o sexan dunha relación de carácter administrativo ou estatutario ó servizo das Administracións Públicas”⁴⁹– declarou que a “liberdade sindical abrangue... o dereito á actividade sindical”⁵⁰ e, ademais, que “o exercicio da actividade sindical... comprenderá, en todo caso, o dereito á negociación colectiva”⁵¹.

9. Agora ben, a pesar do seu recoñecemento expreso, o dereito á negociación colectiva dos funcionarios –que estes últimos seguían a exercitar sistematicamente⁵²– aínda carecía de regulamentación específica. E este baleiro, que de ningún xeito cubría a Lei 30/1984⁵³ e moito menos o Título III do ET⁵⁴, fíxose especialmente evidente trala promulgación da LOLS, que contiña tres preceptos que remitían, a propósito do exercicio polos funcionarios do seu dereito de negociación colectiva, ós “oportunos procedementos de consulta ou negociación”⁵⁵, ós “termos establecidos nas normas correspondentes”⁵⁶ e ós “termos establecidos na súa lexislación específica”⁵⁷.

10. Trala superación de certas complicacións parlamentarias⁵⁸, este baleiro foi colmado, sen embargo, coa promulgación da Lei 9/1987, do 12 de xuño⁵⁹, de órganos de representación, determinación das condicións de traballo e participación do persoal ó servizo das administracións públicas; o cap. III desta Lei (arts. 30 ó 40) regulaba a negociación colectiva dos funcionarios baixo o rótulo “participación na determinación das condicións de traballo”⁶⁰.

Formalmente, tratábase dunha lei dictada en execución da disposición adicional 2ª.2 da LOLS, segundo a cal “no prazo de un ano e en desenvolvemento do previsto no art. 103. 3ª da Constitución, o Goberno remitirá ás Cortes un proxecto de lei no que se regulen os órganos de representación dos funcionarios das administracións públicas”⁶¹.

Materialmente, e respecto da negociación colectiva dos funcionarios, as notas máis saíntes da Lei eran as tres seguintes: 1) a súa acusada “sindicalización”, dado que os únicos suxeitos con capacidade negocial eran as organizacións sindicais (de funcionarios) máis representativas a nivel estatal e de comunidade autónoma, así como os sindicatos que obtiveran o 10 por 100 ou máis dos representantes nas eleccións para Delegados e Xuntas de Persoal⁶², pero non, en cambio, estes Delegados e Xuntas⁶³; 2) A súa distinción entre “pactos” e “acordos”, sobre a base de que os primeiros “celebráranse sobre materias que se correspondan estrictamente co ámbito competencial do órgano administrativo que o subscriba e vincularán directamente ás partes”⁶⁴, mentres que os segundos “versarán sobre materias competencia do Consello de Ministros, Consellos de Goberno de Comunidades Autónomas ou Pleno das Entidades Locais”⁶⁵, cumprindo “para a súa validez e eficacia... a aprobación expresa e formal destes órganos no seu ámbito respectivo”⁶⁶, e 3) a súa distinción entre “negociación” e “consulta”, resultando procedente a segunda “cando se trate de materias reservadas á lei ou que supoñan incremento de disponibilidades presupostarias e que a súa autorización corresponda ás Cortes Xerais ou Asembleas Lexislativas das Comunidades Autónomas”⁶⁷.

IV. O ACORDO GOBERNO-SINDICATOS DE 6 DE ABRIL 1990, SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

11. Como era previsible, o contido do capítulo III da lei 9/1987 non satisfizo ós sindicatos de funcionarios; elo foi, fundamentalmente por tres razóns: 1) limitaba profundamente a “negociación”, en beneficio da “consulta”, ó excluír da mesma o asunto das retribucións dos funcionarios⁶⁸; 2) deixaba practicamente inédito o asunto dos trámites do procedemento negociador, silenciando toda referencia expresa a un eventual deber de negociar cos sindicatos por parte da Administración⁶⁹, e 3) limitaba igualmente a autonomía colectiva, en caso de fracaso das negociacións, ó dispór –en liña coa lei 30/1984– que “corresponderá ó Goberno..., e ós órganos de goberno das demais Administracións Públicas nos seus respectivos ámbitos, establece-las condicións de traballo dos funcionarios públicos nos casos en que non se produza acordo na súa negociación ou non se acade a aprobación expresa e formal do tal acordo”⁷⁰. Por todo elo, as centrais sindicais UXT e CC.OO., tras diversas peripecias inmediatamente subseguintes á folga xeral do 14 de decembro 1989, a chamada “Proposta Sindical Prioritaria”⁷², por medio da cal reclamaban en substancia, “negociar un protocolo, entre os sindicatos máis representativos e o Goberno, no que se establezcan os principios básicos do dereito pleno á negociación colectiva dos empregados públicos”⁷³; protocolo que, sempre segundo a devandita proposta, habería de ser “vinculante desde a súa sinatura, mentras se elabora a correspondente lei”⁷⁴, e no cal, ademais, haberían de incluírse os prazos, formas de procedemento e as materias obxecto de negociación, que incluírán, entre outras, a determinación e aplicación das retribucións”⁷⁵.

12. Tralase eleccións xerais de 29 de outubro 1989, e polas razóns que levaron a falar da existencia dunha “lúa de mel” entre os sindicatos e o Goberno⁷⁶, este último decidiu atende-las demandas da recién citada “proposta sindical prioritaria”. E a tal efecto, suscribiu en Madrid, o 6 de abril 1990, coas centrais UXT e CC.OO. un chamado “Acordo sobre negociación colectiva dos funcionarios públicos”⁷⁷, que o Goberno comprometéase expresamente a transformar “en Proxecto de Lei”⁷⁸, e no contido do cal –frente ó do capítulo III da Lei 9/1987– destacan, entre outros aspectos⁷⁹, os seguintes: 1) a inclusión como materia negociable do “incremento de retribucións dos funcionarios e persoal estatutario da Administración do Estado... que proceda incluír no Proxecto de Lei de Presupostos Xerais de cada ano”⁸⁰, e, en todo caso, “a determinación e aplicación das retribucións e de todas aquelas cuestións que dependan, nalgún sentido, dos presupostos Xerais do Estado”, do deber de convocar “ás partes cando menos con catro meses de antelación á entrada do Proxecto de Lei... no Parlamento e nos demais casos coa suficiente antelación para garantir unha negociación exenta de precipitación”⁸²; e 3) mitigar, en fin, a imposición unilateral de condicións pola Administración, no caso de frustración das negociacións, a cuio efecto as partes se comprometían –“unha vez foran esgotadas tódalas posibilidades de negociación”– a “nomear un mediador ou mediadores de mutuo acordo”⁸³, e igualmente, á “negociación dun Protocolo no que se desenvolva un procedemento específico de mediación... que complete e desenrole as previsións... da lei 9/1987”⁸⁴. Este “acordo” completábase, por último, cun “anexo”, que tería “vixencia indefinida”⁸⁵, por virtude do cal o Goberno comprometéase a operar “a partir de 1990... unha revisión salarial ós empregados públicos, no caso de que o IPC previsto sexa superado polo IPC rexistrado no exercicio”⁸⁶.

13. E foi precisamente en cumprimento deste acordo, que se dictou a lei 7/1990, de 19 de xullo⁸⁷, sobre negociación colectiva e participación na determinación das condicións de traballo dos empregados públicos, a cal dou nova redacción ó capítulo III da lei 9/1987⁸⁸. Trátase dun extremo sobre o que monotonamente insiste a seu preámbulo, ó indicar que “o Goberno e as Centrais Sindicais máis representativas a nivel estatal iniciaron, ó comezo da presente Lexislatura, un proceso de diálogo social que culminou na sinatura dun importante conxunto de acordos”⁸⁹, entre os que “se encontra o asinado no seo da Mesa Xeral de Negociación, prevista na lei 9/1987, que contén o establecemento dunha importante capacidade de negociación das condicións de traballo para funcionarios e persoal estatutario da Seguridade Social”⁹⁰; acordo –sempre segundo o preámbulo– no que “se pactou tamén que, dada a natureza da materia abordada, o Goberno

transformaría o pactado nun Proxecto de Lei⁷⁹¹. Como se ve, afirmacións cunha gran dose de retoricismo, pois resulta sorprendente afirmar negociado ó abeiro da lei 9/1987 un acordo que pretendía unicamente operar unha modificación da propia lei⁹².

Abreviaturas frecuentemente utilizadas:

Ar. (Repertorio de Xurisprudencia de Aranzadi);

BXC (Boletín de Xurisprudencia Constitucional);

CE (Constitución Española);

ET (Lei 8/1980, de 10 marzo, encomendada, aprobando o Estatuto dos Traballadores);

LOLS (Lei 11/1985, de 2 agosto, Lei orgánica de liberdade sindical);

RL (Revista Relacións Laborais);

STS ou SSTs (Sentencia ou Sentencias do Tribunal Supremo);

STCo (Sentencia do Tribunal Constitucional);

TCo (Tribunal Constitucional);

TS (Tribunal Supremo).

NOTAS:

- 1) Véase *infra*, II:
- 2) Véase *infra*, III.
- 3) Véase *infra*, IV:
- 4) "Es cierto que ya en la II República aparecieron algunas disposiciones sobre asociación profesional de los funcionarios (Orden de 11 de enero de 1936), pero en el fondo venían a consagrar la tradicional separación, a estos efectos, entre la función pública y el resto de los sectores de actividad, declarando que no era de aplicación en aquel sector público la Ley de Asociaciones Profesionales de 1932, sino únicamente las normas sobre asociación incluidas en el Estatuto de la Función Pública y de la legislación general (ley de 1887)" (cfr. J. GARCIA MURCIA, "Libertad sindical y representatividad de los sindicatos en la función pública", no vol. *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Instituto Andaluz de la Función Pública (Sevilla, 1990), pp. 155).
- 5) "BOE" de 31 xullo.
- 6) Cfr., especialmente, art. 4.1. En efecto, segundo este precepto "correspondía a la Presidencia del Gobierno, previo informe del Ministerio correspondiente, la autorización de la constitución del grupo, por mucho que... (tratase) de precisar los casos en que dicha autorización puede ser denegada" (cfr. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ e J. CRUZ VILLALÓN "Los sindicatos de la función pública: régimenes jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo", vol. *Seminarios sobre relaciones colectivas na función pública*, 1 cit., páx. 203.) Vid. tamén no referente a suspensión da actividade da asociación por decisión administrativa, no artigo 7 do Real Decreto.
- 7) Cfr. especialmente, art. 2.1. En realidade, esta normativa "prohibía expresamente -se ben a través de circunloquios- a federación ou confederación con outras organizacións que non pertencieran ás macrocategorías previamente determinadas". (cfr. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ e J. CRUZ VILLALÓN, op. cit. páxs. 202-203)
- 8) Téñase en conta que, entre tanto, España ratificou o convenio núm. 87 de O.I.T., e, ademais, que promulgárase a lei 19/1977, reguladora do dereito de asociación sindical.
- 9) "BOE" de 2 xullo.
- 10) Art. 1.1.
- 11) Art. 2. A disp. final do mesmo afirmaba, pola súa parte, que "en todo lo no establecido por el presente R.D. será aplicable la ley 19/77; de 1 de Abril, y en relación con el procedimiento de constitución de organizaciones, las disposiciones que la desarrollen".
- 12) Segundo dito precepto "Todos tienen derecho a sindicarse libremente (inciso 1º) aunque la ley... regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos".
- 13) "BOE" de 16 xuño.
- 14) "BOE" de 4 febreiro.
- 15) Cfr., especialmente, as súas directrices 1ª (sobre que el "centro de trabajo" sería el "marco inmediato de la acción sindical en la Administración"), 3ª (sobre reuniones), 4ª (sobre locales) y 5ª (sobre propaganda). Sobre o tema, véxase F. J. PRADOS DE REYES, "El derecho de reunión en la función pública", no vol. *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, cit., páxs. 135 ss.
- 16) Trátábase dunha resolución reguladora dos delegados de personal (art. 2), comités de personal. (art.3) secciones sindicais (art.4), as súas garantías e facultades (art. 6), competencias (art. 8) procedementos electoral, (arts. 9 a 14) e dereito de reunión (artx. 15 a 17). Sobre o tema cfr. F.J. PRADOS DE REYES, op. e loc. últ., cit.
- 17) Lémbrese, a estes efectos, o caso paradigmático dos EE.UU., país no que os empregados públicos (public employees) posúen (desde 1962) o dereito de negociación colectiva pero non o de folga, dereito, este último expresamente prohibido a nivel federal pola sección 305 do título III da chamada lei Taft-Hartley de 1947. Sobre o tema, vid. H. T. EDWARDS, R. T. CLARK, jr., y C.B. CRAVER, *Labor Relations Law in the Public Sector. Cases and Materials*, 3ª ed., The Michiel Co. (Charlottes-ville-Virginia, 1985), páxs. 153 e ss.
- 18) "BOE" de 25 de abril (BJC, nº 2, 1981, páxs. 83-105).
- 19) Cfr. su f. j. 26, párr. 2º
- 20) Cfr. art. 222-1º do Código Penal, tal e como foi redactado pola disp. adc. 4ª do Real Decreto-Lei 17/1977, de 4 de marzo, sobre relacións de traballo.
- 21) Cfr. su f. j. 26, párr. 2º
- 22) fr. SSTS (Sala 5ª) de 22 maio 1982 (Ar. 2984), 1 xullo (oito) 1982 (Ar. 4258 a 4265), 2 xullo (oito) 1982 (Ar. 4266 a 4273), 8 xullo (sete) 1982 (Ar. 4321 a 4323 e 4327 a 4330), 12 xullo (tres) 1982 (Ar. 4342 a 4344), 15 xullo (dez) 1982 (Ar. 4383 a 4392), 15 setembro 1982 (Ar. 5105), 16 setembro (oito) 1982 (Ar. 5157 a 5169), 30 setembro (vinte) 1982 (Ar. 5211 a 5229 e 5238), 1 outubro 1982 (Ar. 5848), 4 outubro 1982 (Ar. 5858), 7 outubro (oito) 1982 (Ar. 5889 e 5893 a 5899), 4 novembro (dez) 1982 (Ar. 6590 a 6599), 11 novembro (nove) 1982 (Ar. 6644 a 6652), 16 decembro (tres) 1982 (Ar. 7595 a 7597), 23 decembro (dous) 1982 (Ar. 7658 e 7659), 2 decembro 1983 (Ar. 6458), 5 decembro 1983 (Ar. 6871), 6 decembro 1983 (Ar. 6467), 9 decembro (doce) 1983 (Ar. 6479 a 6483 e 6872 a 6878), 12 decembro 1983 (Ar. 6544), 15 decembro (cinco) 1983 (Ar. 6558 a 6561 e 6882), 22 decembro (vinte) 1983 (Ar. 6640 a 6647 e 6899 a 6910), 12 xaneiro (vinte) 1984 (Ar. 250 a 269), 19 xaneiro (dez) 1984 (Ar. 285 a 294), 15 febreiro (seis) 1984 (Ar. 545 a 549 e 628), 23 febreiro 1984 (Ar. 666) e 6 xuño 1984 (Ar. 3484).

- 23) Cfr., por todas, STS (Sala 5ª) de 22 maio 1982 (cit.), considerando 3º
- 24) *Ibid.*
- 25) Pode consultarse en L.E. DE LA VILLA GIL, "Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-Centro de Publicaciones (Madrid, 1985) páxs. 354-358.
- 26) *Ibid.*, pgs. 358-363.
- 27) *Ibid.*, pgs. 363-366.
- 28) "BOE" de 18 agosto (BJC, nº 18, 1982, pgs. 821-832).
- 29) Tratábase dun Decreto dictado en execución do "primeiro acordo", firmado en Bilbao ó 28 de Febreiro, entre a Administración do País Basco e as centrais sindicais ELA-STV e CCOO, por virtude do cal adoptábase "como criterio..., el de homologación (de los funcionarios locales de Euskadi)... con el resto de los trabajadores y sus derechos sindicales elementales", e, ademáis, "el reconocimiento del principio de negociación colectiva, adaptado a la Función Pública" (cfr. su texto en L.E. DE LA VILLA GIL, op. cit. pfs. 336-354). A STCO que é comentada, anulou, ademais, o "Segundo Convenio de la Administración Local de Euskadi para el año 1981..., junto a dicho Decreto, pues la disposición transitoria única, uno, se remite a él, manteniendo relación de causa a efecto con aquél, por lo que, decayendo su validez, decae la del Convenio".
- 30) F. j. 4, párr. último.
- 31) F. j. 9, párr. 2º
- 32) F. j. 9, párr. 2º Todo ello porque "no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias..., ya que el legislador puede optar... por diferentes medidas... que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo, como lo demuestra el Derecho comparado, en que existen diversos sistemas determinados por: las negociaciones informales no previstas en la ley, que representen meros consejos sin fuerza de obligar; la presentación de sugerencias o recomendaciones; las consultas oficiales a organismos paritarios creados por la ley, que sólo asesoran o dictaminan sin vinculación alguna, o la participación en acuerdos negociados regulados por la ley y que... necesitan de una norma estatal o de una autoridad superior que apruebe el convenio, que en todo caso sufre la exclusión en mayor o menor medida en materias importantes, sustrayéndolas del ámbito de la negociación" (*ibid.*).
- 33) F. j. 12, párr. 1º
- 34) Con exclusión, polo tanto, da lexislación autonómica, pois -segundo o TCO- corresponde ó "Estado (ex art. 149. 1.18º CE) la determinación de las bases en materia de función pública y, por consiguiente, en las condiciones aplicables a los funcionarios de las corporaciones locales."
- 35) "Ya que el convenio 151 de la... OIT ... no ha sido ratificado por España" (f. j. 10, PARR. 2º). Sobre o tema, véxase *infra* núm. 6, nota 38.
- 36) F. j. 6.
- 37) Art. 3.2.B.)
- 38) "BOE" de 12 decembro de 1984.
- 39) Sobre o tema, véxase A. OJEDA AVILES, "La negociación colectiva de los funcionarios publicos y la entrada en vigor del convenio internacional núm. 151 de la OIT", RL, 1985, II, pxs. 329 ss.
- 40) Art. 7. Téñese en conta, ademais que o Convenio nº 154 de O.I.T., sobre fomento de negociación colectiva (ratificado por instrumento de 26 de xullo de 1985 (BOE de 9 de novembro de 1985) e a entrada en vigor do cal prodúxose o 11 de setembro de 1986) afirma que "en lo que se refiera a la Administración Pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de éste Convenio" (Art. 1.3.)
- 41) "BOE" de 26 de xuño (BJC, nº 74, 1987, pax. 717-739); cfr. especialmente su f. 5.a). Esta doutrina sobre o carácter ordinario (esto é non constitucional) do dereito de folga dos funcionarios foi anticipada xa pola STCo 90/1984 de 5 de outubro ("BOE" de 31 de outubro BJC, nº 42, 1984 paxs. 1229-1232). Sobre esta derradeira sentenza vid. M. ALONSO OLEA, "Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social, vol II", civitas (Madrid, 1985) páxs. 193 e ss.
- 42) Véxase *supra*, núm. 3, notas 22 a 24.
- 43) Véxase A. MARTIN VALVERDE, "La huelga en las Administraciones públicas: titularidad, límites y procedimientto", no vol. *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, cit., pgs. 361 ss.
- 44) Art. 31.1.j.).
- 45) Art. 31.1.k.).
- 46) Art. 31. 1. l). Ó abeiro deste precepto, dictouse, p. ex., o Real Decreto 1479/1988, de 9 de decembro ("BOE" de 10 de decembro) sobre garantía de mantemento dos servizos esenciais da Administración do Estado en situación de folga, segundo o cal "los Departamentos Ministeriales, organismos, y servicios formarán las medidas precisas pra garantizar el mantenimiento de los servicios mínimos contemplados en éste Real Decreto, determinando, oídos los Sindicatos convocantes de la huelga, el personal al que se considere estrictamente necesario para la prestación de los servicios mínimos."
- 47) Cfr. *supra*, nota 12.
- 48) Art. 1.1.

- 49) Art. 1.2.
- 50) Art. 2.1.d.)
- 51) Art. 2.2.d.).
- 52) Vid., p. ex., o acordo asinado en Madrid, en 11 de xaneiro de 1985, entre a Administración Pública e as centrais VXI, CSIF e CCOO, sobre contratados administrativos en colaboración temporal non docentes (en L.E DE LA VILLA GIL, op. cit., páxs. 367-369), e o acordo asinado en Madrid en 27 de maio de 1985, entre a Administración pública e idénticas centrais sindicais, sobre contratados administrativos de colaboración temporal con destino no estranxeiro (ibid, páxs. 369-370).
- 53) Véxase *supra*, nota 37.
- 54) Véxase M. ALONSO OLEA e M.E. CASAS BAAMONDE "Derecho del trabajo". Actualización da undécima edición, Facultade de Dereito – Universidade Complutense (Madrid, 1990), páxs. 88-89.
- 55) Art. 6.3.c.).
- 56) Art. 2.2.d.).
- 57) Art. 8.2.b.).
- 58) Véase *infra*, nota 61.
- 59) "BOE" de 17 e 18 xuño.
- 60) Véxase S. DEL REY GUANTER, *Comentarios a la ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas*, MAP (Madrid, 1988), páxs. 175 ss.
- 61) Como afirma S. DEL REY GUANTER (op. cit. páx. 26) "El Gobierno presentó un proyecto de ley en plazo BOCG de 28 de decembro de 1985 –pero su tramitación se veía interrumpida por la disolución de las cámaras –abril de 1986–. De ahí que hubiera una nueva remisión –BOCG de 13 de diciembre de 1986– de proyecto que, ésta vez sí, y de forma rápida, ha visto culminar sus trámites parlamentarios".
- 62) Cfr. art. 30.
- 63) Uns e outras, doutra beira abondosamente "sindicalizados", posúen somentes competencias de información, consulta e fiscalización (cfr. art. 9)
- 64) Cfr. art. 35, párr. 2º
- 65) Cfr. art. 35, párr. 3º, inciso 1º
- 66) *Ibid.*, inciso 2º
- 67) Art. 33. A "consulta" procedería do mesmo xeito "cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización pueden tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos".
- 68) Efectivamente, fronte á aparente amplitude do artigo 32.e) relativo a que poderían negociarse "las materias de índole económica", o art. 32a) só entendía materia negociable "la aplicación de las retribuciones de los funcionarios". Por outra beira, xa se sinalou que o artigo 33 remitía á consulta aquelas "materias reservadas a la Ley o que supongan incremento de disponibilidades presupuestarias".
- 69) Vid. comentando os artigos 31.3 e 37.2, S. DEL REY GUANTER, op. cit. páxs. 194 e 243-244.
- 70) Art. 37.2.
- 71) Véxase *infra*, nota 76.
- 72) Consulteina en RL, 1989, II, páxs. 1223-1236.
- 73) Cfr. Título IV ("Derechos de participación de los trabajadores"); apartado 15 ("Reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos"), núm. 1.
- 74) *Ibid.*, núm. 2.
- 75) *Ibid.*, núm. 3.
- 76) Como salientou F. MÁRQUEZ (dir) "La luna de miel Gobierno-sindicatos"; R.L; 1990, I, páx. 1236 tras dita folga xeral "CCOO y UGT trataron... de negociar con el Gobierno determinadas reivindicaciones, cuantificadas económicamente en cifras distintas, a tenor de las diversas valoraciones efectuadas por unos y por otros. Ello impidió que ambas partes suscribieron un acuerdo... Pero los sindicatos insistieron durante la campaña electoral que precedió al pasado 29 de octubre en la necesidad de que el Gobierno afrontara la deuda social que, a su juicio, tenía con algunos colectivos: pensionistas y funcionarios. Es evidente que el resultado electoral y la pérdida de votos que el P.S.O.E. ha cosechado, traducido en una mayoría absoluta en discusión, ha obligado al Gobierno que preside Felipe González a producir una ligerísima inflexión hacia la izquierda."
- 77) A publicación da cal no "BOE" de 18 de xuño de 1990 ordenouse pola resolución da Dirección Xeral de traballo de 5 de xuño do propio ano.
- 78) Cfr. a súa cláusula 1ª, parr. 2º; tamén, a súa cláusula 9ª
- 79) Cfr. por exemplo, a súa cláusula 4ª, párr. 1º relativa a que "ambas partes estiman precisa la creación de una Mesa Sectorial de Negociación que cubra el ámbito de la llamada Administración Central o Institucional y de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social".

- 80) Cfr. a súa cláusula 5ª, parr. 1º
- 81) Cfr. a súa cláusula 5ª, parr. 2º
- 82) Cfr., a súa cláusula 6ª, párr. 1º. O párrafo 2º desta mesma cláusula afirmaba pola súa parte que "en todo caso, el Gobierno pondrá en conocimiento de los Sindicatos la información necesaria y les proporcionará la información suficiente para desarrollar la negociación de que se trate y la ampliará en la medida en que éstos lo soliciten". Todo iso, finalmente porque "los procesos de negociación y los acuerdos resultantes se efectuarán de acuerdo con los principios de buena fé, mutua lealtad, y con respecto y sometimiento a la constitución".
- 83) Cláusula 7ª, parr. 1º
- 84) Cláusula 7ª, párr. 2º
- 85) Cfr. o seu núm. 3.
- 86) Cfr. o seu nº 1. Para unha anticipación, aínda que limitada, de satisfacción desta esixencia sindical, vid. o título IV (Art. 17 a 19) do Real-Decreto-Lei 3/1989, de 31 de marzo, de medidas adicionais de carácter social. Sobre o tema, insistía do mesmo xeito, o título IV, ap. 12 núm. 1 da citada "propuesta sindical prioritaria".
- 87) "BOE" de 20 de xullo.
- 88) Cfr. os novos arts. 30 a 38 da lei 9/1987.
- 89) Parr. 1º, inciso 1º. Entre estos acordos cóntanse, p. ex., os que deron lugar á promulgación das leis de prestacións no contributivas de seguridade social (de 22 de decembro de 1990) e de dereitos de información dos representantes dos traballadores en materia de contratación (de 7 de xaneiro de 1991)
- 90) Parr. 1º, inciso 2º
- 91) Parr. 2º
- 92) No propio acordo, na mesma liña, tamén afirmaba no seu preámbulo que era a "culminación del proceso de negociación realizado en el marco regulado en la Ley 9/1987" (parr. 1º).

Notas sobre a función de control

Luís Blanco de Tella*

1.- CONCEPTO E CARACTERÍSTICAS

Nun sentido amplo, o termo *control* adoita ser entendido como a facultade de examinar ou investigar actuacións alleas ou, á luz do noso dicionario oficial, coma sinónimo de “inspección, fiscalización ou, intervención”. Máis amplamente aínda, o devandito termo emprégase tamén con frecuencia para designa-la actividade directiva global e non unha función concreta. Esta segunda acepción aparece igualmente recollida no citado dicionario ó contempla-lo control como “dominio, mando ou preponderancia”. Sen embargo é evidente que dende un punto de vista técnico, cómpre limita-lo alcance de tal concepto, excluíndo, por unha banda, a súa equiparación á idea de dirección, tomada en bloque, e prescindindo tamén de considerar aquelas manifestacións do control que operan dende o exterior da organización administrativa, xa sexa por vía formal (control parlamentario, control xudicial), xa de modo inorgánico (controis sociais).

En consecuencia, entendemos neste lugar baixo este termo a función directiva consistente en someter a exame e valoración o desenvolvemento das actividades ou os resultados das mesmas, sobre a base de termos de referencia ou criterios preestablecidos. Así concibido, as notas fundamentais do control resultan se-las seguintes:

a) *O seu carácter de función directiva.* Tódolos controles internos, en sentido estricto, tanto se permanecen indiferenciados no contido das posicións de xefatura, como se se exercen a través de elementos *ad hoc* (controles internos institucionalizados), participan da natureza común das funcións directivas. Isto equivale a dicir que, nunha organización calquera, un control interno de ámbito xeral só poderá corresponder ó vértice (como establece, por exemplo, o artigo 14 da Lei de Réxime Xurídico verbo dos Ministros), que obviamente se poderá servir para o levar a cabo, de un ou máis órganos específicos de control ou dunha posición interposta (como dispón o artigo 13 da mesma Lei con respecto ós Subsecretarios). E, da mesma maneira, no tocante a unidades ou sectores concretos, o control interno só pode ser exercido dende unha posición supraordinada a aqueles, aínda que sexa funcionalmente, ou por alguén que actúe no seu nome. Cando esta condición básica non se cumpre, a atribución a un órgano de funcións de “control” interno (impropio), termina por superpoñelo, dalgunha forma, ós elementos controlados creando relacións adicionais de dependencia de feito que afectan negativamente á estrutura e ó funcionamento da organización.

E, do mesmo modo, a natureza directiva do control interno descarta a posibilidade de que o fiscalizador se faga depender directa ou indirectamente do órgano fiscalizado. O exame de certos actos do superior levado a cabo por un subordinado, poderá ter lugar en forma de asesoramento,

* Doutor en Dereito. Profesor de Organización e Dirección

pero non pola vía de control *stricto sensu*. Cualificar deste modo o exercicio dunha actividade semellante desnaturaliza a idea de control e non pasa de ser un artificio xurídico², sendo evidente, por outra banda, que os controles configurados desta forma poden chegar a se converter nunha función puramente nominal ou deixar exposto ó funcionario “fiscalizador” a consecuencias facilmente previsibles. A condición de fiscalizador, en definitiva, coa subordinación ó órgano fiscalizado. E con respecto a iso non só cómpre evita-la vinculación xerárquica senón tamén outras formas de dependencia menos aparentes, pero non menos efectivas.

b) A súa natureza valorativa. O control non se pode entender como función limitada ó simple rexistro de actividades, senón que leva consigo necesariamente a formación dun xuízo de valor. Este xuízo xurdirá ó compara-la actuación desenvolvida cun termo de referencia que poderá ser, segundo os casos, unha disposición legal ou regulamentaria, as previsións dun proxecto, un presuposto, un programa, unha orde, unha autorización, un estándar, etc. O control, pois, valora a actuación examinada en función dunha actuación prevista, poñendo de manifesto as eventuais desviacións entrámbalas dúas e determinando normalmente as súas causas. Como paso final, o control pode desembocar na adopción de medidas de corrección ou axuste, cando o órgano que controla posúe poder de decisión, ou na proposta das mesmas, cando non o posúe.

Non é preciso dicir que a valoración, esencial ó control, poderá revestir natureza tan variada como diversos poden se-los términos de referencia empregados, os órganos ós que se encomenda, a materia sobre a que recae, o carácter das estimacións e a maneira ou o momento en que se leva a cabo. Esta circunstancia, que da motivo ás múltiples modalidades que o control adopta e que permitiu cualificalo como función “omnipresente e multiforme”, aconsella reseñar máis adiante as principais clasificacións que se poden facer da mesma.

c) A súa finalidade preparatoria da adopción de decisións. Normalmente, o control adoita concibirse como un *complemento* necesario do exercicio das demais funcións directivas. Non tería sentido ningún, en efecto, a aprobación de plans, orzamentos e programas, a aprobación de normas, a emanación de ordes ou, en xeral, a adopción de decisións, se o seu cumprimento non houbera de se someter a exame e valoración. Dunha ou doutra forma, o control aparece, xa que logo, como unha consecuencia lóxica de tódolos demais procesos da dirección, o cal explica que, invariablemente, figure sempre ocupando o último lugar nas enumeracións de funcións directivas.

Pero este carácter complementario non se pode entender no sentido de que o control constituía un apéndice das demais funcións. É ocioso dicir que nin o control se xustifica de seu nin representa a etapa de peche na secuencia das actividades da dirección. Propiamente, a razón de ser do control interno estriba en facer posible o exercicio das restantes funcións, proporcionando información ós puntos nos que as decisións futuras han ser elaboradas. En esencia, pois, o devandito control entraña un proceso de recuperación de información e, eventualmente, de transmisión da mesma en sentido ascendente, polo que parece preferible considera-la actividade directiva como un ciclo pechado e o control como unha fase dentro do mesmo.

En definitiva, o papel complementario que esta función exerce non ten que facer perder de vista a súa finalidade preparatoria do desenvolvemento da actividade directiva global. Doutra maneira, o control queda exposto a deformacións que poden chegar a convertelo nun simple trámite, descendido a minucias irrelevantes e omitindo, pola contra, poñer de manifesto o esencial. Non parece exacto, por tanto, dicir que o control é unha función hipertrofiada dentro da Administración, pois aínda que é certo que nalgúns aspectos se pode rexistrar exceso de controles, é evidente que noutros, se cadra máis importantes dende o punto de vista da dirección administrativa, a ausencia de control é evidente.

2.- CLASIFICACIÓNS DO CONTROL

Como se ven de dicir, a multiplicidade de manifestacións que o control reviste e a variedade terminolóxica que se emprega na práctica para nomealas aconsellan que, con obxecto de precisar

mellor as características da modalidade que aquí nos interesa, apuntemos brevemente as principais clasificacións que se poden formular sobre esta materia. Estas clasificacións, algunhas das cales son combinables entre sí, poden reducirse, ó noso parecer, ás seguintes:

a) *Por razón da forma de se exercer* pódense distinguir os controles *sen órgano separado* e os controles *institucionalizados*. Os primeiros coexisten cos segundos de modo que, na práctica, os controles exercidos por unidades ou servizos dedicados a esta función recaen, normalmente, sobre aspectos ou elementos concretos das actividades administrativas, sen prexuízo da función xenérica de control que se exerce ó longo da liña xerárquica.

Non parece axeitado, como se fai ás veces, cualificar como *propios* ós controles institucionalizados e como *impropios* ós que non o son. Os controles levados a cabo por órganos *ad hoc*, na orde interna, son manifestación da especialización horizontal de funcións operadas nun certo nivel da organización. A natureza da función é a mesma en ámbolos dous casos, variando só a súa forma de exercicio. A parte diso, os órganos especificados de control acaban vencellándose á estrutura de liña nalgún punto, máis ou menos alto, do que reciben o seu contido e razón de seren.

b) *Por razón da materia* cabe distinguir, en principio, o control que toma en conta *as actividades* e o que recae sobre *os medios* empregados ou sobre algún deles. Dende este punto de vista, certas publicacións norteamericanas adoitan recoller catro clases de control segundo teñan por obxecto o persoal, os recursos económicos, o material, equipo e instalación ou os procedementos desenvolvidos³.

c) *Por razón do momento* en que se leva a cabo é frecuente distingui-lo control *simultáneo* do *sucesivo*. O primeiro acostuma denominarse tamén *control de execución* ou *en curso de xestión* e, en ocasións, *control concomitante*. Posiblemente, na linguaxe usual, o termo que mellor expresa o seu acusado matiz de vixilancia sexa o de *fiscalización*.

O control *sucesivo* ou subseguinte recibe tamén as denominacións de *control de resultados*, *control posterior*, *control póstumo* ou *control "ex post"* designándose na práctica cos nomes específicos de *comprobación*, *revisión*, *censura*, *verificación*, etc.

A estas dúas modalidades anteponse, normalmente, outra categoría que se califica como control *a priori*, *previo*, *anticipado*, *ex ante*, ou *preventivo*.

Pero, en rigor, estes termos resultan dificilmente conciliables coa propia natureza da función de control xa que, se esta consiste, como se ven de dicir, no exame e valoración de actividades ou dos seus resultados, mal pode recaer sobre algo que aínda non tivo lugar. O control, daquela, acompaña ou segue á execución, pero non a pode preceder. E apurando os termos, podería dicirse, incluso, que todo control é subseguinte, posto que a absoluta simultaneidade entre execución e exame tampouco parece posible. O que sucede e que mentres certos controles operan de xeito diferido, outros seguen inmediatamente á acción controlada ou interpóñense entre distintas fases da súa execución.

Por iso, o chamado control *a priori* ou non é previo ou, como di ARDANT, "non é un verdadeiro control"⁴ aínda que constituía unha medida con finalidade preventiva como o son igualmente outros trámites dos que se adoitan rodear as actividades da Administración. En realidade, pois, este control —designado en ocasións coa denominación específica de *intervención*— xurde como consecuencia de actuacións xa producidas que acostuman ter natureza inicial ou preparatoria de actos administrativos futuros, resultando, por tanto, posterior no tempo ás operacións propiamente controladas. A consideración de control "previo" atribúeselle por extensión ó referirlos seus efectos a outros actos aínda non acontecidos, a execución dos cales se trata de axeitar a determinadas normas. Feita esta observación manteremos sen embargo a terminoloxía usual, malia evidente impropiedade da mesma.

d) *Por razón da frecuencia* coa que se producen acostuman a se distinguir os controles *continuos* dos *discontinuos* ou *intermitentes*. Os primeiros maniféstanse de forma ininterrompida e

correspóndense co tipo de control simultáneo, levándose a cabo, normalmente, co auxilio de medios técnicos e limitándose a proporcionar datos da mesma natureza (reconto de operacións “de máquina”, ritmo de execución, tempos de actividade, etc.) con exclusión doutras valoracións. Os discontinuos, por contra, operan a intervalos, podendo distinguirse dentro deles os *periódicos* dos *non periódicos*. Ambos, especialmente os segundos, designáanse ás veces co termo inspección.

Como unha terceira modalidade adoitan incluírse nesta distinción os controles *ocasionais* ou *excepcionais*, chamando así ós que se levan a cabo coa finalidade de esculca ou esclarecemento de feitos en circunstancias extraordinarias. Na práctica é corrente reservárllle-lo nome de *investigación*, encomendándose normalmente a órganos constituídos exclusivamente para tal fin.

e) *Por razón do punto no que se encadra* a devandita función é habitual contraponer os controles *internos* e *externos*, subsistindo ás veces, dentro destes, os *xerais* dos *particulares*, segundo a súa amplitude. Os controles administrativos internos –acostuma dicirse– corren a cargo de posicións ou servicios propios da organización, mentres que os externos se levan a cabo por órganos alleos á mesma. E, sobre desta distinción, afirmase igualmente que a *maior efectividade*, acompañada da *máxima lentitude*, corresponde ó control interno da natureza estable, mentres que os internos de ámbito particular son os que aparecen como menos efectivos, ofrecendo en cambio a maior axilidade, o que viría a situar os controles *xerais* internos nun punto intermedio.

Formulada nestes términos, sen embargo, a distinción da que se trata é só relativa. As organizacións suxeitas a un control institucionalizado cualificado como “externo” están sempre encadradas, dun xeito ou doutro, nunha estrutura superior máis complexa, para a cal ese control non ten aquel carácter. E, ó contrario, nunha organización fortemente departamentalizada, como é o caso da Administración central, pode ocorrer que os controles de ámbito xeral considerados como “internos” aparezan como externos para cada departamento particular. En última instancia, pois, pode contemplarse á vez como interno e externo, dependendo do punto de vista adoptado e dos límites e nivel da análise.

f) *Por razón da natureza das estimacións* nas que o control desemboca, é frecuente distinguir o control *cuantitativo* do *cualitativo*. Evidentemente, o control de cantidade non acostuma presentar a complexidade técnica do segundo. Aquel, en principio, entraña unicamente a necesidade de achar unha unidade de medida, o que, en termos *xerais*, non só é posible cando se trata do simple reconto de obxectos ou elementos físicos, senón tamén de prestacións inmateriais (p.e. informes emitidos, recursos resoltos, etc.)⁵. O control cualitativo, en cambio, suscita o problema que supón a determinación de niveis de calidade, o que sempre resulta máis difícil, en particular cando se trata de aquelas prestacións.

Por outra banda, o control *cuantitativo* adoita aparecer, en moitos casos, como control concomitante, presentándose incluso en forma de rexistro automático de operacións, mentras que o control de calidade raramente poderá ser establecido como simultáneo á execución.

g) *Por razón do termo de referencia empregado* acostuman contraponerse ó control de *oportunidade* e o de *simple legalidade*. O primeiro valora a procedencia dos actos tomando como base un conxunto de circunstancias de feito, mentres que o segundo se limita a examinala acomodación daqueles ó ordenamento xurídico. Agora ben, aínda que no control de legalidade o termo de referencia apareza como máis definido e preciso, pode ocorrer que falte por completo para certos actos. O problema consiste, como di ALBIÑANA, en que se non se pode “pretender que estas actividades se sometan a un control de legalidade, ás veces sen *legalidade* aplicable”, tampouco se pode aceptar que “tales actividades, polo seu difícil ou imposible sometemento a moldes xurídicos, queden exoneradas de todo control”⁶.

Por outra banda, en principio, parece que o control de *oportunidade*, no sentido estrito, só se poderá producir *a posteriori*. E, do mesmo modo, resulta evidente tamén que unha función semellante non pode formar parte do contido de relacións de signo horizontal ou atribuírse a servicios desta clase. O control de *oportunidade*, en efecto, supón de seu un punto de vista global do cal

aqueles servicios carecen. Sen embargo, cando o control de legalidade se configura como "previo" e horizontal, pode acontecer que trate de obter, dalgunha maneira, o exame da oportunidade ou que tenda a exceder los límites daquel exame incidindo dalgunha forma sobre aspectos que supoñen unha apreciación subxectiva –e necesariamente parcial– da conveniencia do acto. Por de pronto, existe o risco de que, acelerando ou atrasando o seu informe, os órganos chamados a desempeñalo devandito control fagan senti-lo seu punto de vista verbo daquela oportunidade⁷. Pero, ademais, pode ocorrer tamén que a multiplicación ou a lentitude deses mesmos controles, de seu, afecten negativamente á tempestividade da acción emprendida.

Relacionada, en certo modo, coa distinción anterior e coa recollida no apartado f), pode acharse formulada unha clasificación tripartita que, dende un punto de vista máis amplo, separa o control de *materialidade* o de *regularidade* e o de *oportunidade*⁸. Deixando á parte este último, ó que xa se aludiu, as dúas primeiras expresións utilízanse ás veces, dun xeito impreciso, para se referir respectivamente ó control que ten por obxecto as cousas físicas ou as súas calidades e o que recae sobre actos ou elementos inmateriais. Pero quizais resulta máis axeitado referi-lo control de *materialidade* a propiedades ou factores medibles das cousas ou dos actos controlados, o que reduce ou suprime as marxes de interpretación subxectiva, e o de *regularidade* á comparación dos elementos controlados cunha regra, o cal determina normalmente a necesidade de interpretación.

Outras clasificacións que se poderían citar neste lugar apuntan, finalmente, á composición do órgano que leva a cabo a devandita función (controles *unipersoais* e *colexiados*), á duración do seu funcionamento (*permanentes* e *transitorios*), ós instrumentos utilizados (*contables* e *extracontables*), ó modo de se produciren (*previstos* e *inopinados*), ó feito que os determina (*de oficio* e *provocados*), etc. Todos estes termos non parecen requirir maior aclaración.

3.- REFERENCIA Á FISCALIZACIÓN PREVIA DA XESTIÓN DO PRESUPOSTO

A articulación das distintas modalidades do control presupostario e a pluralidade de órganos que nelas interveñen dan lugar, nos diferentes sistemas, ás combinacións máis heteroxéneas. Así, en ocasións, aparecen acumulados nuns mesmos organismos controles *a priori* e *a posteriori*. Noutros casos, un determinado tipo de control pode acharse establecido como interno, ou ben como externo, ou incluso duplicarse ou non existir. O que nalgúns sistemas constitúe peza clave do control do presuposto redúcese noutros casos a desempeñar un papel secundario. E, por riba, a determinación da natureza e encadramento dalgúns organismos de control suscita, en ocasións, non poucos problemas⁹.

Agora ben, dentro desta diversidade de manifestacións do control presupostario temos que nos limitar aquí ó comentario daquelas que, levadas a cabo por órganos da propia Administración do Estado, teñen por obxecto o presuposto de gastos en curso de execución, co que quedan excluídos, dende este punto de vista, os controles previos que recaen sobre a xestión do presuposto de ingresos e os controles *a posteriori*, calquera que sexan o seu obxecto e o órgano que os leve a cabo, todo o cal, en definitiva, equivale a nos centrar sobre algúns aspectos do control interno do gasto. E aínda dende esta perspectiva debería de apuntarse unha diversidade de manifestacións do control que se encadean ó longo das distintas fases do proceso de gasto dende a súa iniciación, coa correspondente proposta, ata a realización material do pagamento¹⁰. Entre esas distintas manifestacións do control interno revisten particular relevancia as que corresponden ás etapas iniciais do devandito proceso, é dicir, ó compromiso ou autorización do gasto e ó recoñecemento ou liquidación (intervención crítica ou fiscalización previa), etapas que, por outra banda, poden desenvolverse simultaneamente.

A fiscalización previa vai dirixida a impedir que o gasto proxectado quebrante o ordenamento xurídico ou dea lugar a extralimitacións derivadas da inexistencia de crédito ou ben de imputacións incorrectas. Normalmente, por tanto, (e así leva ocorrendo no noso país) ese control non vai

alén do exame da legalidade e regularidade presupostaria. Como di DUVERGER, esta función “limitase a controla-la regularidade presupostaria do gasto. Comproba se o gasto está ben imputado ó crédito correspondente, se este é abondo e se o gasto foi correctamente avaliado. As veces vai alén desta simple verificación... Pero as facultades do *controleur* rematan aquí... En particular, carece do dereito de controla-la oportunidade (do gasto)”¹¹.

Atendendo á súa natureza, logo, a fiscalización previa ou intervención crítica é un control “*a priori*”, interno, especializado, exercido con órgano separado e que “se debe de comprender no control da legalidade xa que se propón evitar toda irregularidade nos actos ou acordos a adoptar segundo ordenamento legal vixente”¹². Sen embargo, é un feito xeral que ningunha relación especializada se subtrae á tendencia de ensancha-lo seu contido, e os controles especializados non poden constituir unha excepción á regra. Non é de estrañar, por tanto, que o punto de vista favorable á ampliación do control preventivo, de maneira que se estenda tamén á valoración da oportunidade, se produza no órgano que controla e se rexeite polo que administra. Entre nós non faltaron opinións a prol da devandita ampliación coidando que o control de oportunidade das propostas de gasto podería levarse a cabo a través de informes non vinculantes para o órgano xestor, e que ese control sería, no fondo, unha faceta complementaria (?) da fiscalización previa¹³, a cal “será plenamente eficaz cando garanta non só a lexitimidade (do gasto), senon tamén a súa oportunidade e conveniencia”¹⁴.

Non obstante, como se ven de dicir, tal postura non parece defendible sen atentar contra a propia lóxica da organización. O control da oportunidade, como xa apuntamos, entraña necesariamente unha apreciación de conxunto que ningún servizo especializado pode posuír porque, como atinadamente se dixo, “quen xulga sobre a oportunidade dun acto administrativo non está a xulgar senón a administrar”¹⁵.

Hai que insistir, por outra parte, que un control de oportunidade *stricto sensu* non pode producirse *a priori*. Calquera valoración previa neste sentido, realizada por quen non sexa o propio dirixente administrativo, só se pode levar a cabo ben dende un nivel superior ben pola vía de participación no proceso decisorio a cargo dos membros que constitúen o equipo daquel ou en forma de asistencia consultiva por conta dos seus propios asesores. En consecuencia, as fórmulas organizativas que, normalmente resultarían idóneas para servir de soporte a un asesoramento previo –non a un control– sobre a oportunidade das actuacións proxectadas poderían acharse, quizais, nos gabinetes dos ministros ou nalgúns órganos consultivos de base colectiva, etc., é dicir, en elementos *proprios* en todo caso da estrutura de cada departamento, pero non en ramificacións dun órgano central pertencente a un ministerio particular.

Doutro modo, o simple carácter preceptivo dun informe previo de oportunidade, aínda non vinculante –xa que outra cousa é impensable– suporía na práctica unha nova restricción nas funcións do dirixente e un novo atranco na xestión administrativa. No terreo dos principios é, polo tanto, o propio responsable a quen corresponde decidir cando e de quen debe de obter un xuízo previo de oportunidade. E, igualmente, canto ó control posterior, só cabe axuizar esa oportunidade a través das relacións de autoridade e responsabilidade ou mediante as fórmulas de articulación política establecidas entre os distintos poderes¹⁶.

Como sinalou ALBIÑANA “admitido que tamén deben de ser obxecto de exame a economía, a oportunidade, a conveniencia, a eficiencia, en fin, dos gastos correntes e dos investimentos públicos, resulta que ese control deriva, case sempre, a unha supervisión da actividade controlada, e esta non se acepta –e acaso non se debe de aceptar– fóra da vía xerárquica ou das relacións de primacía que o lexislativo mantíña co executivo”¹⁷.

Sen embargo, a inexistencia dunha liña divisoria recta entre o control de oportunidade e o de pura legalidade, pode facer difícil mante-lo órgano encargado deste dentro dos límites da súa función. “De feito –apunta CATHELINEAU– o exame da proposta de compromiso leva ó *controleur financier* a desbordar en certo modo, este marco estrito (do control de regularidade) para

entrar no terreo reservado ó ordenador, facendo difícil a distinción entre o control de regularidade e o control de oportunidade¹⁸. En termos análogos afirma GAUDEMET que “ó abeiro da apreciación da regularidade pode acontecer que o *controleur financier* axuice tamén a oportunidade dunha operación e se incline a ser máis rigoroso no seu control cando a operación lle pareza inoportuna que cando esta operación resulte, ó seu ver, particularmente útil¹⁹.”

Semellante resulta tamén recollendo unha opinión máis sobre este problema o punto de vista expresado por BENOIT cando afirma, de modo concluínte, que “cómpre deixa-la responsabilidade total (do gasto) ós ordenadores: convén que sexan só os ministros os que aprecien a oportunidade da utilización dos créditos que se lles asignasen... E se os ministros fan mal uso da súa facultade de apreciación da oportunidade, non é a un axente do Ministerio de Finanzas a quen se debe de confía-la misión de examina-los seus erros, senón ó Goberno e ó Parlamento: o control de oportunidade é por definición unha cuestión política, e os controles políticos só deben de intervir *a posteriori*²⁰.”

Descartada, entón, a atribución dun exame de oportunidade ós órganos encargados da fiscalización previa, son varias as cuestións que poden aparecer verbo da xustificación e orixe da mesma. Adoita dicirse, en primeiro lugar, que a razón de ser desta modalidade de control, así como das demais que acompañan ás distintas fases do proceso de gasto, estriba na necesidade de impedir “que se malgasten, dilapiden ou malversen os fondos públicos. E, precisamente por iso, o ordenamento do seu control, que se basea na desconfianza, é complexo e minucioso²¹.” Esta desconfianza, elevada a regra xeral, desemboca nunha neta preferencia dos departamentos financeiros a prol dos controles previos e en detrimento dos posteriores, considerados frecuentemente como extemporáneos e ineficaces.

Un razoamento semellante non pode, sen embargo, considerarse suficiente sen demostrar primeiro que a corrección financeira e a salvagarda dos fondos públicos non poden quedar aseguradas sen previa fiscalización. E mentres que isto resulta dificilmente demostrable, si cabe constatar, en cambio, que o mecanismo da fiscalización previa se presta a producir deformacións no proceso de gasto encamiñadas a conseguir unha aparencia de regularidade presupostaria apropiada para levar a bo fin a acción emprendida. A pureza da forma, en tales casos, anteponse ás consideracións de fondo, dando lugar a “unha arte administrativa nova que consiste en sortealos obstáculos creados polos *controleurs financiers*”²².

A parte diso, a xustificación do control previo sobre a base dos prexuízos que evita non se pode facer sen tomar tamén en conta os custos derivados do mesmo. Neste aspecto, á imposibilidade de cuantifica-los riscos deben de engadirse as dificultades para determina-los custos. Certamente, o cálculo dos asignables directamente ós servicios de control non suscitaría maiores problemas, pero a valoración dos custos de espera e doutros asociados igualmente á fiscalización previa será sempre unha incógnita. En todo caso a crenza de que o antedito control, a pesar da flexibilización operada nalgunha das súas manifestacións²³, segue a ser un mecanismo oneroso, constitúe a opinión máis estendida.

Por máis abastamento, non se debe de esquecer que a fiscalización previa do gasto non existe nalgúns sistemas como viña sucedendo nos da Europa Oriental. “O fundamento desta renuncia ó control *a priori* –como fai notar KUROWSKY– é o perigo de atrasar, e incluso paraliza-la acción administrativa e económica, así como o medo a violar unha liberdade necesaria nos ordenadores²⁴.” Noutros casos, como acontece por exemplo en Inglaterra, os controles preventivos están tan escasamente desenvolvidos que nin existen funcionarios especializados neste traballo nin enclaves da *Treasury* nos demais departamentos. Como contrapartida, son os controles *a posteriori* os que aparecen dotados dunha acusada preponderancia²⁵. E, do mesmo modo, tampouco se pode pasar por alto que no propio sistema francés –e nos que, coma no noso, resultan amplamente tributarios do país veciño– a fiscalización previa a cargo de enclaves do departamento financeiro é de recente introducción.

En efecto, o control do gasto en fase de compromiso aparece en Francia coa Lei do 26 de Decembro de 1890. Pero esta Lei atribuíu a designación dos “*controleurs*” ós titulares dos diferentes departamentos ministeriais, fórmula que puido ser considerada válida se a actividade dos devanditos órganos se contemplara como función asesora interna e non como función de “control”, quebrantando con iso o principio de independencia do mesmo. Este erro, xunto con outras causas, contribuíu posiblemente a que, en 1902, se establecese un procedemento de designación conxunta a cargo do Ministro de Finanzas e dos titulares dos demais departamentos, sistema que en 1919 pasa a ser de designación unilateral do Ministro de Finanzas. E o proceso de captación conclúe, a nivel central, coa Lei do 10 de Agosto de 1922 ó dispor que o recrutamento dos *controleurs de despenses engagées* tería que se realizar, necesariamente, entre os corpos de funcionarios da administración financeira. Disposicións posteriores (decretos do 23 de Xaneiro de 1956 e 3 de Setembro de 1964) desenvolven o estatuto dos devanditos funcionarios, mudando a súa denominación pola de *controleurs financiers*²⁶.

No referido ó noso país, como é sabido, a fiscalización previa é tamén “última forma de control económico que asumiu a intervención, que xa tiña ó seu cargo a intervención formal do pagamento, a material do pagamento e a comprobación do investimento”²⁷. Prescindindo de antecedentes máis ou menos claros, o certo é que esa modalidade de control aparece regulada polo miúdo por vez primeira no artigo 24 do Regulamento Orgánico do 3 de Marzo de 1925 baixo a denominación de intervención crítica que se conserva hoxe, como xa vimos, no artigo 93 do Texto Refundido da Lei Xeral Presupostaria. E é interesante recordar que ese control preventivo non nace no noso sistema co carácter de interno centralizado que actualmente posúe, senón como un control *a priori* externo. Na súa orixe, en efecto, non se encomenda á Intervención Xeral, suprimida no Real Decreto do 19 de Xuño de 1924 (Disposición transitoria Segunda), senón ó Tribunal Supremo da Facenda Pública creado na mesma Disposición e situado baixo a dependencia das Cortes. A organización actual da fiscalización previa non se pode buscar, polo tanto, alén de 1930, ó remate do ensaio levado a cabo polo Directorio Militar, é dicir, ó se suprimi-lo mencionada Tribunal, “ineficaz para o fin que ó crealo se perseguíu”, restablecéndose a situación anterior (Real Decreto Lei do 4 de Febreiro de 1930).

Resulta, pois que tanto en Francia como no noso país a fiscalización previa xurde inicialmente fóra do ámbito do departamento financeiro xa sexa dentro da estrutura de cada ministerio, no primeiro caso, xa como un control centralizado externo, no segundo. E hai que destacar que é só despois de asumi-la citada función cando os departamentos financeiros subliñan a importancia da mesma facendo fincapé na necesidade de impedir na súa orixe, as posibles desviacións do proceso de gasto. Noutras palabras, parece que o que se trata de fundamentar non é tanto a función como a forma de organizala, é dicir, que os argumentos utilizados tratan de xustifica-la configuración da fiscalización previa como control administrativo centralizado no departamento financeiro descartando outras posibles solucións.

En definitiva, o problema fundamental desta modalidade de control non radica no seu ámbito xeral, nin no seu obxecto, nin sequera no seu carácter de previo –aínda que este último punto poida dar lugar a algunha obxección– senón no seu encadramento orgánico. Trátase dun problema estrutural que requirirá solucións estruturais. Como se dixo, con referencia á Administración Francesa, “a articulación dos poderes de control e limitación do Ministerio de Finanzas cos poderes de gastar atribuídos ós diversos departamentos ministeriais seguirá sendo durante os próximos anos un dos problemas máis graves das nosas estruturas administrativas”²⁸.

NOTAS:

- 1) Chama a atención o tardío ingreso da expresión de que se trata no Dicionario da Real Academia Española, que admíteo por vez primeira na súa edición de 1970, máxime tendo en conta que, nas anteriores, xa viña figurando o vocábulo "contralor" (ca mesma orixe na expresión francesa contre-rôle precedente, a súa vez, de contra rotulum), como título de certos funcionarios en algúns países hispanoamericanos ou como denominación histórica dun oficio honorífico encargado de "intervenir las cuentas, los gastos, las libranzas", etc. Cabe observar, ademais, que os sinónimos citados polo Dicionario e quizais algúns máis (verificación, comprobación, avaliación, censura, etc.) aínda que relacionados sen dúbida ca idea de control, adoiten destinarse polo uso á designación de modalidades concretas daquel. O termo control polo tanto, parece aludir ó xénero, mentras que os demais só indican a especie.
- 2) Así parece suceder, alomenos en parte, ca regulación vixente sobre a intervención e os interventores da xestión económico-financeira das corporacións locais.
- 3) Abreviadamente, esta clasificación é recollida as veces baixo as expresións "men, money, materials, methods"
- 4) ARDANT, Gabriel, "*Technique de l'Etat*", Presses Universitaires de France. Paris, 1953, pág. 112.
- 5) Esta modalidade emprégase basicamente na elaboración de estatísticas de actividades, non obstante, dende o punto de vista da eficiencia da organización, a súa aplicación máis interesante pode ter lugar no eido da teoría dos ratios.
- 6) FABRE, Francis J. e ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, "*El control de la Hacienda Pública*", RIALP, Madrid, 1971, pág. 206.
- 7) Neste sentido vid. DUVERGER, Maurice, "*Finances Publiques*", Presses Universitaires de France, 8ª ed., París, 1975 pág. 353.
- 8) Así, LEVI, Denis, "*Aspectos generales del control*" en "*Tratado de Ciencia Administrativa*", colección dirixida por LANGROD, Georges, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1976, pág. 881.
- 9) Neste sentido V. COTTERET, J.M. e EMERIC, C., "*Le Budget de l'Etat*", PUF, París, 1972 páxs. 111-112.
- 10) Esta diversidade, recollida xa no noso sistema polo artigo 18 do Regulamento de 3 de Marzo de 1925, aparece actualmente no artigo 93 do Texto Refundido da Lei Xeral presupostaria aprobado polo R.D. Lexislativo 1981/1988, de 23 de setembro, a tenor do cal, a función á que se refire o artigo 16 desta Lei (interventora) abranguese: a) a intervención crítica ou previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir dereitos ou obrigas de contido económico ou movemento de fondos o valores, b) a intervención formal da ordenación do pago, c) a aplicación ou emprego das cantidades destinadas a obras, adquisicións e servizos, que comprenderá o exame documental.
- 11) Op. Cit., páxs. 352-353.
- 12) ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, op. cit., pág. 230.
- 13) Vid. COLLADA ANDREU, Joaquín, "*Consideraciones sobre el origen y evolución de la Intervención General de la Administración del Estado*", en Hacienda Pública Española, núm. 31, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, páxs. 31-32.
- 14) GARCÍA FERNÁNDEZ, José, "*El control de la Administración Financiera*", Primeras Jornadas de Administración Financiera, IV Ponencia, Escuela Nacional de Administración Pública, Alcalá de Henares, 1968, pág. 50.
- 15) ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA César. "El control de la Administración Financiera", conferencia pronunciada nas primeiras xornadas sobre control da actividade financeira da Administración Pública.
- 16) Distinto do control a posteriori de oportunidade é o impropriamente nomeado control "de eficacia" no artigo 17.2 do texto refundido da Lei Xeral Presupostaria de 1988.
- 17) FABRE, Francis, J. e ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, César, op-cit, pág. 207.
- 18) CATHELINÉAN, Jean, "*Finances Publiques*", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1975, pág. 185.
- 19) GUADEMET, Paul Marie, "*Précis de Finances Publiques*", Montchrestien, París, 1970, páxs. 379-380.
- 20) BENOIT, Francis Paul, "*Le Droit Administratif Français*", Dalloz, París 1968, pág. 105.
- 21) GARCÍA FERNÁNDEZ, José, op. cit., pág. 24.
- 22) BENOIT, Francis Paul, op. cit., pág. 104.
- 23) Vid. no noso ordenamento o artigo 95 do Texto Refundido da Lei Xeral Presupostaria de 23 de setembro de 1988.
- 24) KUROWSKY, León, "*La Hacienda Pública en los países socialistas*", na Revista da Facultade de Dereito da Universidade de Madrid, núm. 29, Madrid 1967, pág. 297. Sinalemos, nembargantes, que a falta de control previo do gasto está contrapesada na práctica polo reforzamento do control final.
- 25) NORMANTON, E.L., "The accountability and audit of Governments", Manchester University Press, 1966, pág. 91. Vid. igualmente MOLINIER, Joël, "*Les principes fondamentaux des systèmes budgétaires des Etats membres des Communautés européennes*", en "*Notes et Etudes Documentaires*" núm. 4184-4185, La Documentation Française, París, 1975, páxs. 985 e ss., e FONSECA MORILLO, V., "*El presupuesto de las Comunidades Europeas: análisis jurídico*", Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1984, páxs. 512 e ss.
- 26) A evolución apuntada fai referencia ó control desenvolvido ó nivel dos ordenadores principais. Polo que ten que ver ós ordenadores secundarios (prefectos e chefes de servizos) vid. CATHELINÉAN, Jean, op. cit. pág. 185 e ss.

- 27) RAQUEJO ALONSO, Antonio "*Estudio sobre la fiscalización previa*", en Hacienda Pública Española, núm. 21, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, pág. 107.
- 28) CLOSON, Francis e FILIPPI, Jean "L'Economie et les Finances. Le ministre et le Ministère. L'Administration Centrale. Les services"; Presses Universitaires de France, Paris, 1968, pág. 183. Vid, tamén, entre outros, no mesmo sentido BENOIT, F.P. op. cit. páxs. 103, 105 e 182; FABRE F.J. op. cit. 118 e 186; MEYER, Paul "Administrative organization", Nordisk Forlag Arnold Busk, Copenhagen, 1957, pág. 206; RIVAIN, PHILIPPE, "Informe sobre el proyecto de Ley de Finanzas de 1971" en "Hacienda Pública Española" núm. 31, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, pág. 226, etc.

NOTAS E COMENTARIOS

A administración de persoal no sector público

Félix A. Nigro*

As palabras, Administración de Persoal, refírense ó recrutamento de servidores públicos e a tódolos medios que se poden utilizar para estimular e manter nun alto nivel o seu estado de ánimo e o rendemento deles. Escollo este tema porque a administración de persoal é de suma importancia nos estados modernos. Non é necesario entrar en moito detalle sobre os motivos polos que a calidade dos empregados públicos é un factor decisivo no éxito ou fracaso dos programas públicos, pero si darei uns exemplos. Primeiro mencionarei algúns dos problemas serios dos gobernos.

Tomémo-lo caso do ambiente físico e social. Por xeracións, os elementos que causan o deterioro do ambiente físico estiveron contaminando o aire, as augas e os produtos agrícolas, e matando as árbores, as flores, e as aves -todo un ambiente saudable e fermoso está a desaparecer. Nas cidades, hai moitísimos vehículos as emisións dos cales emporcan o aire, causan conxestionamento nas rúas e, por mor do seu número, móvense con tanta lentitude que crean moita tensión para os condutores. Mesmo a persoa máis paciente anóxase cando non pode atopar un sitio onde estaciona-lo seu coche.

Tornando ó aspecto social, hai problemas tales como o crime, a delincuencia xuvenil, o narcotráfico, as infeccións contaxiosas, a falta de vivendas a baixo custo, o desemprego e a suba dos prezos das mercadorías. Mesmo nun país tan rico coma os Estados Unidos hai case unha unanimidade, que as escolas primarias e secundarias son deficientes, en tempos nos que á nación còmprenlle persoas coa preparación axeitada para os novos empregos creados polos constantes avances na tecnoloxía. Ó mesmo tempo ábrese un mundo máis amplo no cal os países naturalmente queren aproveita-las posibilidades dunha vida mellor para os seus habitantes, como a que provén da exploración do espacio cos seus adiantos científicos, por exemplo, a televisión por satélite. As relacións entre as nacións cambian dun xeito dramático; salienta aquí os preparativos para un mercado completo europeo para o ano 1992. Para facer realidade esta visión, precisase proxeitar e poñer en execución milleiros de novos procedementos e acordos entre os países membros desa comunidade.

Dende logo, o sector privado tamén ten un papel importante na busca de solucións ós problemas, e das maneiras de enfronta-los retos exitosamente. Todo cidadán debe de se unir nunha labor común para ter éxito nestes esforzos. Pero o papel do goberno é indispensable porque esta-

* Catedrático Xubilado da Universidade de Georgia de EE.UU.

blece as prioridades para a acción que se debe de tomar, serve de modelo e prové recursos financeiros sen os cales os esforzos do sector privado frecuentemente non abundan.

Ó meu modo de ver, a administración de persoal inclúe ós políticos que están á fronte do país. Se os políticos non identifican as causas dos problemas e non albisca os novos terreos a explorar en beneficio do público, un país quedará atrás con respecto a outros que teñen gobernantes imaxinativos cunha visión acertada do futuro e con dinamismo para impulsa-la boa marcha dos programas emprendidos.

A labor diaria dun goberno faise mediante a burocracia, os empregados de tódolos rangos da estrutura goberamental. Cando se refire á administración de persoal, tense en mente principalmente esta burocracia. No resto deste ensaio, discutiranse varias fases dunha boa dirección deste corpo de traballadores.

Principiemos co recrutamento de novos empregados. Nalgúns países, os empregados públicos téñense a menos e persoas ben cualificadas non desexan traballar para o goberno. Sempre haberá críticas contra a democracia. Moitas delas son inxustificadas, porque o goberno necesariamente ten que limitar e vixia-las actividades das persoas, e a ninguén lle gusta pagar impostos. Pero se os empregados públicos son de baixa calidade e o seu rendemento é pobre as críticas si están xustificadas.

Infelizmente, este é o caso en países onde, por un motivo ou outro, non se trata de escoller e empregar elementos ben habilitados. A selección a base de políticas ou parentesco destrúe a imaxe do servizo público, pero a ausencia destes males non é abondo se non se pagan bos xornais e non se ofrecen outros incentivos tales como ascensos por bo desempeño no posto, sen demasiada énfase nos anos de antigüidade. Ademais, as garantías de retención do cargo para o empregado eficiente son necesarias porque a dependencia pública que despide a empregados arbitrariamente non atraerá candidatos para postos vacantes.

Para unha boa administración de persoal hai disponibles varias técnicas e métodos como os exames, a clasificación dos cargos, e a avaliación dos servizos rendidos polos empregados. É imposible nun artigo tan breve como este describir polo miúdo estas técnicas, pero mesmo sendo tan importantes non constitúen a totalidade ou a base fundamental do programa de persoal. O elemento máis importante é o bo uso dos recursos humanos da dependencia, e a axuda que o goberno dea ós empregados, por exemplo, mediante programas de adestramento para mellora-las súas capacidades.

Díxose moitas veces que na sociedade moderna os requisitos para os cargos cambian constantemente. Novas misións das dependencias públicas requiren empregados con destrezas que son escasas na forza laboral dun país. Isto crea a necesidade de entrenar ós empregados nestas destrezas, unha tarefa formidable que serve ós intereses do goberno á vez que protexe ós empregados públicos de ser despedidos por seren obsoletos ós seus cargos.

Hai moitas maneiras de entrenar ó empregado, tales como a instrucción que lles dean os seus xefes inmediatos; clases especiais, por exemplo para aprenderlles como funcionar ben en postos de supervisión ou para instruír ás oficinistas nos procedementos que se deben de seguir no seu traballo diario; escolas e institutos como o Instituto Canario de Administración Pública do Goberno de Canarias; e programas para preparar ós empregados para cargos de alto rango, programas que intentan ensinar como tomar boas decisións. Cada dependencia ten que facer un estudio coidadoso do que se debe de facer para mellora-lo rendemento dos empregados de tódolos rangos. Logo de completado un programa, é moi desexable facer unha avaliación dos seus resultados en termos de evidencia de que se o desempeño dos participantes mellorou ou non. Sobre todo hai que poñer en claro que o propósito do programa non é o de entreter ós participantes aínda que logo se deba de mante-la súa atención e se-lo máis interesante posible.

O programa total de administración de persoal fracasará se a xerencia non busca a cooperación e a participación dos empregados. Unha queixa moi común é que os xefes deciden o que se

debe de facer, que tipo de programa será, póneno en execución e avalían os resultados sen consultar ós empregados.

Os empregados teñen boas ideas e se son ignorados, non cooperan en forma entusiasta. Hai varios mecanismos de cooperación, por exemplo, comités en cada dependencia con representantes tanto dos xefes como dos subalternos. A lección máis clara da época presente é que os xefes que non queren escoitar ós empregados están predestinados a fracasar nas súas xestións.

Ó rematar este artigo, repito o que indiquei anteriormente. O destino das dependencias públicas depende da dirección dos políticos e dos funcionarios de alto rango, e da calidade das decisións que tomen. Hai que engadir que na labor diaria do goberno, moitos empregados nos rangos medianos e baixos tamén teñen que tomar decisións acertadas. Estes empregados tratan directamente co público e non son tan insignificantes que non importen os seus xuízos. Ás veces os fracasos das dependencias poden atribuírse a erros destes empregados. Un sereno alerta pode evita-la sabotaxe dun edificio público ou un sinistro desastroso. Dependemos moito dos servicios eficientes dos empregados públicos, mesmo aqueles que desempeñan tarefas de rutina.

O "factor tempo" no proxecto de lei de procedemento administrativo

Antonio Jiménez-Blanco Carrillo de Albornoz*

- I -

Por tódalas partes hai queixas da lentitude da Administración. Nun mundo, unha economía e unha sociedade cada vez con máis aceleración, no que, por exemplo, un elemento esencial da competitividade das empresas está en saber satisfacer ós seus clientes dun xeito inmediato, soan xa a adianto da vida eterna, intemporal e con segundos cristalizados, os ritmos de actuación administrativa. Iso ocorre cando se trata da actividade chamada técnica ou axurídica: a construción dunha estrada; e tamén na actuación propiamente xurídica, como a tramitación dun procedemento, para concluír nun acto favorable (unha autorización, o pagamento dunha cantidade á que se é acredor) ou noutro de gravame (unha sanción, moito tempo despois de se comete-lo feito infractor).

Aínda está por estudia-lo enorme custo que esa lentitude ten para un país; custo que, en todo caso, pode levar a que a Administración sexa inútil (é o mal menor) ou que dea un paso máis e pase a ser nociva. Un libro de Hernando de Soto, "El otro sendero", de 1986, é o resultado de cuantifica-lo tempo (e o diñeiro que el mesmo se leva) que consume, no Perú, a burocracia que existen as leis para iniciar calquera actividade; o autor remata concluíndo que o Dereito Administrativo daquel país andino acaba expulsando a grandes capas da poboación a unha sorte de "apartheid" legal, de xeito que a economía somerxida, ou informal, remata por se-la que rexe e impón as súas propias normas. É un exemplo de Administración inútil. O paso á nocividade dáse, paradoxalmente nos países máis desenvolvidos, onde o cidadán medio aínda ten algo máis de apetito de legalidade, tal e como explica, ó fío das grandes instalacións enerxéticas e industriais no riquísimo "Land" alemán de Baden-Württemberg, Martin Bullinger nun recente traballo publicado en España.

Por suposto que esaxero e caricaturizo cando digo que a alternativa está entre inutilidade ou nocividade. Pero si é de rigor indicar que, nun sistema económico máis financeiro que productivo, coma o que hoxe temos en España, a lentitude tómase o máis alto dos custos: que ninguén sexa tan inxenuo como para pensar que a demora no abono das certificacións de obras ós contratistas pillaos de sorpresa, porque se son astutos e aínda só dilixentes pais de familia, xa se ocuparían de infla-los presupostos para absorbe-los custos da morosidade. O Tesouro acaba por non aforrar nada e o Tesouro, como sabemos, somos cada un de nós.

* Catedrático de Dereito Administrativo na Universidade de Granada

- II -

Con tódalas esaxeracións e caricaturizacións, o problema está aí e coñecémolo –sufrímolos todos. A universalización do problema non serve, obviamente, para a súa sanación, e temos xa que nos preguntar se existe xeito de resolvelo ou se debemos simplemente resignarnos a conlevalo. Hai quen pensa que a causa do desatino está na rixidez profesional e retributiva da función pública (“para os funcionarios, o tempo non vale nada”) pero a verdade é que a introducción de complementos de produtividade ou figuras análogas non parece que servira para moito. A busca de maior axilidade está, en teoría, con base na masiva fuxida ás Empresas públicas e ó Dereito Privado, pero tampouco parece que esteamos diante dun remedio máxico. A solución, en terceiro lugar, do silencio positivo, sobre revelar unha abraiante impotencia, non serve para a actividade técnica ou material e, dentro da xurídica só é hábil para os actos favorables; en fin, e ademais, no fondo devén un abandono administrativo de funcións: é reforza-la idea da inutilidade.

- III -

En tódalas partes están a xurdir iniciativas para fixa-lo límite da tolerancia nas demoras na actividade técnica da Administración (tempo máximo de permanencia en listas de espera en Hospitais, con posibilidade, unha vez vencido aquel, de ir a unha clínica privada e cargar logo a factura á Seguridade Social; etc.). Pioneira foi a carta dos cidadáns do Reino Unido e logo viñeron a chamada “carta dos servicios públicos” en Francia ou as 200 medidas de modernización da Administración (que un envío do correo chegue en tres días, por exemplo) que en España propuxo o Goberno a comezos de abril do ano en curso 1992. Son intentos de “sinalagmatizar” as relacións xurídicas Estado-cidadán.

Agora, co Proxecto de Lei de Réxime Xurídico das Administracións Públicas e do Procedemento Administrativo común, habemos volver á actividade xurídica ou formal (ou inactividade, ou actividade tardía). No ben entendido de que nin aínda nela o problema vaise resolver con leis, obviamente.

Aínda dúas observacións neste contexto:

– Un estraño esconxuro levou á contracción da operatividade das normas xurídicas que pretenden castiga-la tardanza da Administración. Case trinta e cinco anos leva en vigor o artigo 94.3 da Lei de Procedemento Administrativo, coa famosa responsabilidade persoal da autoridade ou o funcionario negligente, sen que se coñezan os seus efectos. Non é xa que os xuíces non se fundan nel; é que nin os avogados a invocan.

– A referencia ós xuíces é, en fin, obrigada. Mentres as queixas contra a tardanza da Administración, e a eventual reclamación das oportunas indemnizacións, sigan a canalizarse pola vía dos nosos pacientes procedementos xurisdiccionais, o problema, lonxe de albiscar un asomo de solución, non fará senón agravarse.

- IV -

Vaiamos xa ó noso Proxecto de Lei. Por moi pouca fe que se deba de ter nas normas, convírase en que o seu contido é decepcionante. O famoso “dereito ós prazos” que o Tribunal Constitucional, a contragusto e de xeito impreciso, acabou por derivar do artigo 24.2 para os preitos, non aparece aquí por ningures.

O título IV, “Da actividade das Administracións públicas”, artigos 34 ó 48, ábrese cun precepto que leva por rótulo o pomposo de “Dereitos dos cidadáns”; pois ben, nin aínda como proclamación retórica aparece o “dereito ó tempo”. Algo de axuda, tal vez, han ofrece-las facultades “a poder identificar as autoridades e funcionarios baixo a responsabilidade dos cales se tramiten os procedementos” –b)– e “a non presentar documentos non esixidos polas normas aplicables ó procedemento do que se trate, ou que xa estean en poder da Administración actuante”.

c)-Do que se chama “responsabilidade da tramitación” ocúpase o artigo 40, que comeza por dicir, en ton ameazador, que “os titulares das unidades administrativas e o persoal ó servizo das Administracións Públicas que tivesen ó seu cargo a resolución ou despacho dos asuntos serán responsables directos da súa tramitación e adoptarán as medidas oportunas para remove-los atrancos que impidan, dificulten ou atrasen o exercicio pleno dos dereitos –¿– dos interesados ou o respecto ós seus intereses lexítimos, dispoñendo o necesario para evitar e eliminar toda anormalidade na tramitación de procedementos”. ¿Que dereitos hai fronte a iso?. De contado se ten resposta neste mesmo precepto: “os interesados poderán solicita-la esixencia desa responsabilidade á Administración pública que corresponda”. ¿Que responsabilidade? ¿A disciplinaria, que ó cidadán non o resarce en nada? ¿A política, sempre tan evanescente? ¿A responsabilidade por danos? ¿Por que non se di? ¿A partir de que prazo?

O artigo 41 formula a obriga de resolver. Nada novo baixo o sol. O prazo xeral fíxase en tres meses –a metade que no actual artigo 61 da Lei de Procedemento Administrativo– aínda que non falta a compracencia, ó dicir que “cando un número de solicitudes formuladas impidan razoablemente –?– o cumprimento dos prazos previstos no procedemento aplicable ou o prazo máximo de resolución, o órgano competente para instruír ou, se é o caso, resolve-las solicitudes, poderá propoñe-la ampliación dos prazos”. ¿Hai dereitos fronte a iso?. Ningún: para a Administración é unha simple obriga natural: “Contra o acordo que resolva sobre a ampliación dos prazos non caberá recurso ningún”. Unha vez máis non hai un “dereito ó tempo”. A vella discrecionalidade parece encontrar asilo na cronoloxía.

O mesmo artigo 41 no seu parágrafo 3, volve a insistir en responsabilidades directas, pero as consecuencias do incumprimento son puramente internas, e non se concretan en dereitos dos cidadáns: “o incumprimento do disposto neste artigo dará lugar á esixencia de responsabilidade disciplinaria ou, no seu caso, será causa de remoción do posto de traballo”.

Despois de todo o dito, non debe de estrañar que o Proxecto manteña unha grande fe no silencio positivo, válvula de escape de tódalas tardanzas. Aínda que con reservas, o artigo 42 conságra como regra xeral, e o precepto seguinte –artigo 43– teoriza sobre o que sexan os actos presuntos e o “certificado” que acredita a súa existencia: un sucedido do acto chamado a se converter nun título xurídico ordinario. A certificación, ese documento clave, deberá de estenderse en vinte días, so pena, de novo, de sanción interna (falta moi grave). En fin, e a pesar do detalle co que se regula esta atípica figura, o proxecto acaba esmorecendo e sinala que “se a certificación non fose emitida no prazo establecido (...) os actos presuntos serán igualmente eficaces e se poderán acreditar mediante a exhibición da petición da certificación”, aínda que “sen que quede por iso desvirtuado o carácter estimativo ou desestimativo legalmente establecido para o acto presunto”.

- V -

Xa dentro do Título V, “Das disposicións e os actos administrativos”, está o artigo 56, que reproduce o prazo actual de dez días para as notificacións, e o artigo 61 sobre anulabilidade, que con carácter xeral volve exonerar á Administración do cumprimento de prazo ningún (o cal é particularmente grave en actos de gravame) ó dicir que “a realización de actuacións administrativas, fóra do tempo establecido para elas, só implicará a anulabilidade do acto cando así o impona a natureza do prazo”.

- VI -

O Título VI, artigos 66 a 99 ocúpase “Das disposicións xerais sobre os procedementos administrativos”. Tampouco nada novo. A sanción contra o impulso de oficio e ordenado é outra vez, segundo o artigo 72, puramente interna (remoción do posto de traballo ou responsabilidade disciplinaria). Polo artigo 74.1 “os trámites que deban de ser cumpridos polos interesados deberán de

se realizar no prazo de dez días a partir da notificación do correspondente acto” sen que exista regra paralela para a Administración. O artigo 90 regula a caducidade nos actos iniciados por instancia do interesado e por causa imputable a él, sen que se sente nada para os actos de gravame, polo común principiaidos de oficio.

Xa dentro do Título VII está o artigo 115 que establece un prazo de tres meses para a resolución do recurso administrativo ordinario. De acordo co artigo 42.3.b), por regra xeral aquí o silencio é negativo.

En fin, e no que fai á responsabilidade patrimonial da Administración Pública, o artigo 138.3 arbitra mal o problema da enorme distancia que pode haber entre o momento de produción da lesión e o do pagamento da indemnización, confiándoo todo ós intereses e sen prever retaxación ningunha, aínda que pasasen moitos anos. O artigo 140 establece un chamado “procedemento abreviado” para pequenas contías e cando os requisitos se deran de xeito inequívoco. O recoñecemento do dereito haberá de facerse en trinta días, aínda que de novo sen sanción en caso de incumprimento. Nada se di do pagamento, e ademais neste caso o silencio é negativo.

- VII -

Podemos dar por concluído xa este breve repaso polo Proxecto. Por suposto que a Administración española será rápida ou lenta fóra do que digan as leis. Por suposto, tamén que o factor tempo será máis relevante na actividade material que como dereito formal en procedementos xurídicos. Pero todo iso –e moito máis– non impide que o Proxecto poida e deba, ó meu ver, ser obxecto de substancial mellora. Parece que incluso nin sequera se tomou conciencia do problema, como se estivésemos antes da agre denuncia (“Volva vostede mañá”) de Larra. A verdade é que deixadas as cousas á súa sorte, o problema non vai quedar como está senón que se vai agravar: a nosa plural organización administrativa cada vez esixe máis informes e intromisións duns órganos nos procedementos de outros (vallen como exemplos as leis de costas ou estradas de 1988). O autor do proxecto leu máis veces a Historia da Eternidade de Borges, que a do tempo de Hawking.

XURISPRUDENCIA

A posición ordinamental dos regulamentos orgánicos das entidades locais despois da sentenza 214/1989 do 21 de decembro, do Tribunal Constitucional

Manuel J. Sarmiento Acosta*

SUMARIO

- I. CONSIDERACIÓNS XERAIS.
- II. A POTESTADE AUTOORGANIZATORIA COMO ELEMENTO IMPRESCINDIBLE DA AUTONOMÍA LOCAL.
 - 2.1.- Determinacións previas.
 - 2.2.- Tipoloxía de entidades locais e potestade autoorganizatoria.
- III. A SITUACIÓN DOS REGULAMENTOS ORGÁNICOS LOCAIS ANTES DA SENTENCIA 214/1989 DO 21 DE DECEMBRO, DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
- IV. A SITUACIÓN DOS REGULAMENTOS ORGÁNICOS LOCAIS DESPOIS DA SENTENCIA 214/1989 DO 21 DE DECEMBRO, DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
- V. A INSUFICIENCIA DO ESQUEMA LEXISLACIÓN BÁSICA-LEXISLACIÓN DE DESENVOLVEMENTO PARA ASEGURA-LA AUTONOMÍA LOCAL EN MATERIA ORGANIZATIVA.
- VI. REFLEXIÓNS FINAIS.

ABREVIATURAS EMPREGADAS

Art.	Artigo
BOE	Boletín Oficial do Estado
CE	Constitución Española
LRBRL	Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases do réxime local
REALA	Revista de Estudos da Administración Local e Autonómica.
S	Sentencia
STC	Sentencia do Tribunal Constitucional
STS	Sentencia do Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

* Profesor titular interino de Dereito Administrativo. Facultade de Ciencias Xurídicas. Universidade de Las Palmas de Gran Canaria.

I. CONSIDERACIÓNS XERAIS.

A sentenza núm. 214/1989, do 21 de Decembro, do Tribunal Constitucional¹ declarou inconstitucionais unha serie de preceptos da LRBRL, e ó fin de tal declaración modificou substancialmente a posición ordinamental dos Regulamentos Orgánicos das Entidades Locais, pois se antes primaban estes sobre as Leis autonómicas que, no ámbito das súas competencias, puídesen dictalas Comunidades Autónomas, agora, tralo pronunciamento do intérprete supremo da Constitución Española, esta orde de aplicación de normas en materia organizativa e de funcionamento ven de ser alterada, de xeito que os Regulamentos Orgánicos están a ocupar unha posición menos relevante da que ocupaban antes da devandita sentenza. Pola contra, a lexislación autonómica sobre réximen local ten, despois da resolución, prevalencia sobre os Regulamentos Orgánicos Locais.

Este cambio, sen dúbida substantivo, suscita algunhas cuestións sobre o carácter da potestade autoorganizativa das Entidades Locais así como verbo da dificultade de articular un sistema por causa do cal a autonomía constitucionalmente garantida das Entidades Locais non quede reducida a unha simple fórmula enganosa, xa que as regulacións autonómicas no seu labor complementario da lexislación básica estatal poden desvirtuar seriamente a potestade autoorganizativa das Corporacións Locais. E esta non é unha cuestión intranscendente da cal se pode prescindir sen problema ningún, senón que está a constituí-lo núcleo do que é a propia autonomía local e, en concreto, unha das súas manifestacións indeclinables: a potestade autoorganizativa.

Ó longo deste traballo tentaremos abordar sumariamente estas cuestións e veremos como o esquema tomado polo Tribunal Constitucional para lle dar solución ó problema que suscita a materia (lexislación básica-lexislación de desenvolvemento ou complementaria) é insuficiente para configurar unha potestade autoorganizativa efectiva e sen atrancos que vaian reducil a unha simple declaración retórica.

II. A POTESTADE AUTOORGANIZATORIA COMO ELEMENTO IMPRESCINDIBLE DA AUTONOMÍA LOCAL.

2.1.- *Determinacións previas.*

A nova organización territorial do Estado, definida e concretada nas súas liñas mestras pola Constitución e mailos Estatutos de Autonomía das dezasete Comunidades Autónomas ven de supoñe-lo recoñecemento e a plasmación resolta da autonomía das nacionalidades e rexións que integran a nación española (artigo 2 e Título VIII da Constitución), así como das autonomías locais. O recoñecemento da autonomía ten unhas consecuencias que non se poden bordear se non se quere desnaturaliza-lo sistema adoptado (un ámbito competencial, unha cobertura financeira que faga efectiva a autonomía, unha potestade autoorganizativa). Así, polo que nesta sede interesa, o recoñecemento da autonomía implica necesariamente a posibilidade de establecer un armazón organizativo que se adapte ó ámbito específico sobre o cal se vai desprezar esa autonomía. O artigo 148.1.1^a da Carta Magna é paradigmático nesta materia² en canto prevé a asunción de competencias en materia de organización das institucións de autogoberno das Comunidades Autónomas. E preveo, en primeiro lugar, salientando a importancia de tal competencia. Neste sentido, as Entidades locais que teñen constitucionalmente garantida a súa autonomía (artigos 137, 140 e 141 da Norma Suprema)³ precisan que a mesma estea dotada dos elementos imprescindibles para que a autonomía poida ser efectivamente conceptuada como tal. Eses elementos son unha atribución de poderes ou encargos que lles permitan xestionar os seus respectivos intereses (artigo 2 LRBRL), unha cobertura financeira que faga posible o desenvolvemento das obrigas e, evidentemente, unha posibilidade real (e non simplemente formal) de establece-la súa propia organización para satisfacer as necesidades colectivas dentro do seu ámbito de actuación (cfr. art. 4 LRBRL). A potestade autoorganizativa pola cal a Entidade local poida determina-la

súa propia estrutura organizativa axeitada ás súas circunstancias xeográficas, sociolóxicas, culturais... é un elemento imprescindible da autonomía local.

A potestade autoorganizatoria implica, logo, a posibilidade real de definir ou determina-lo organigrama necesario para o desenvolvemento das actividades e o cumprimento dos fins das Entidades locais, o cal se concreta tamén na fixación de criterios rectores que sirvan para o funcionamento de tales Entidades. De aí que, como sinala FERNÁNDEZ FARRERES⁴, a potestade de autoorganización das Entidades locais se manifeste na *liberdade de organización* e na *liberdade de funcionamento*. Agora ben, esta dispoñibilidade que teñen as Entidades locais no ordenamento xurídico para establece-la súa organización mailas liñas de forza do seu funcionamento ten que se inserir inescusablemente no marco xurídico xeral determinado polos principios e valores constitucionais e, en especial, polas prescricións contidas no chamado "bloque da constitucionalidade", pois aínda que a autonomía que teñen as Entidades Locais está protexida pola técnica xermana da *garantía constitucional*, o que comporta que se lles outorgue unha "específica e cualificada protección constitucional a unhas concretas institucións"⁵; e que, por mor diso, haberá que lles atribuír un elenco substantivo de competencias e unha capacidade efectiva para se autoorganizar, non se debe de esquecer que esa autonomía das Entidades locais "non é soberanía" (STC do 2 de Febreiro de 1981) e, ademais, tampouco é equiparable á autonomía política das Comunidades Autónomas xa que ten uns límites máis estrictos e unha funcionalidade distinta.

A autonomía local ven de ser definida polo Tribunal Constitucional, quizais con non demasiada precisión⁶, como autonomía administrativa⁷. Pero esta cualificación non supón, de ningún modo, derroga-lo sentido claramente político que teñen as organizacións locais, senón que implica que o desenvolvemento da mesma "só pode ter manifestacións xurídico-administrativas, quere dicir, a da norma regulamentaria e o acto administrativo, basicamente"⁸. Entón, é evidente que a potestade autoorganizatoria das Entidades locais (artigo 4.1.a LRBR) non significa unha liberdade de disposición absoluta na configuración do seu organigrama administrativo e das súas regras ou criterios rectores de funcionamento. A autoorganización está acoutada pola natureza propia da autonomía local que comporta o respecto ós valores e principios constitucionais (pluralidade política, solidariedade, participación democrática, eficacia, descentralización, etc.)⁹, así como a configuración que fagan outras instancias, tanto na determinación do seu ámbito competencial como dos criterios básicos da súa organización e funcionamento.

E salientable, de forma particular, a configuración que fan as instancias estatal e autonómica en tanto que o Texto Constitucional no seu artigo 149.1.18^a dispón que "o Estado ten competencia exclusiva sobre (...) as bases do réxime xurídico das Administracións públicas (...)". É está claro que dentro da categoría xenérica de "réxime xurídico das Administracións públicas" hai que incluí-la Administración local. Isto implica que como o Estado ten competencia sobre as bases, é dicir, ten poderes para determina-las normas de validez xeral "que crean un común principio de unidade como límite á diversificación a que da lugar á pluralidade de ordenamentos xurídicos no noso sistema constitucional"¹⁰, as Entidades locais, por de pronto, han ver limitada a súa potestade autoorganizatoria polas bases que dicte o Estado, *stricto sensu*. Mais non se pode omitir que o binomio lexislación básica estatal-lexislación de desenvolvemento das Comunidades Autónomas outorga un importante papel a estas últimas, papel que na materia que estamos a analizar (como máis adiante apreciaremos) podería traducirse pura e sinxelamente nun desposuimento da potestade autoorganizatoria establecida no artigo 44.1.a de LRBR.

2.2.- *Tipoloxía de Entidades locais e potestade autoorganizatoria.*

Se lemos con atención os capítulos primeiro ("Principios xerais") e segundo ("Da Administración local") do Título VIII da Constitución española do 27 de decembro de 1978 dedicado, como é sabido, á Organización Territorial do Estado, observamos como se mencionan dous tipos de Entes locais: a provincia (artigos 137 e 141) e o concello (artigos 137 e 140); e, dun xeito máis tanxencial, faise tamén referencia a outro tipo de ente local (artigo 141.4): a illa. E dicir, a Carta Magna menciona un conxunto de Entidades locais que posúen unha autonomía garantida *ope*

constitutionis. Desta maneira, a LRBRL, seguindo este criterio constitucional, distingue as Entidades locais que aparecen configuradas como necesarias e indispensables dentro da economía do sistema (concello, provincia e illa) doutro grupo de Entes locais cunha existencia que ten un tratamento xurídico distinto, e, daquela, unha protección menos intensa cás citadas expresamente polo lexislador constituínte.

En efecto, o artigo 3 da LRBRL establece:

“ 1. Son Entidades locais territoriais:

- a) O Concello
- b) A Provincia
- c) A Illa nos arquipélagos balear e canario.

2. Gozan así mesmo, da condición de Entidades locais:

- a) As Entidades de ámbito territorial inferior ó municipal, instituídas e recoñecidas polas Comunidades Autónomas, consonte ó artigo 45 desta Lei.
- b) As comarcas ou outras entidades que agrupen varios concellos, instituídas polas Comunidades Autónomas de conformidade con esta Lei e os correspondentes Estatutos de Autonomía.
- c) As áreas metropolitanas.
- d) As comunidades de concellos.”

Obsérvase coma o precepto distingue claramente os dous grupos ou tipos de Entidades locais. No primeiro apartado (artigo 3.1) establécense as Entidades locais que a Constitución recoñece e ás que garante a súa existencia e autonomía. Cualifica este tipo de entidades coma “Entidades locais territoriais”. Por contra, o apartado segundo (artigo 3.2) dedícaa a Lei a outra clase de Entidades locais que poden ser supra ou inframunicipais, pero que teñen un tratamento xurídico, verbo da súa institución ou do seu recoñecemento, ben distinto ó que teñen as Entidades citadas no artigo 3.1 LRBRL¹¹.

Congruentemente con este distinto tratamento, o artigo 4 da LRBRL recoñece a potestade autoorganizatoria de maneira expresa para as Entidades locais territoriais (artigo 4.1). Sen embargo, ás restantes Entidades (Entidades locais menores, comarcas, comunidades de concellos, Entidades que agrupan a varios concellos, áreas metropolitanas, ...) só lles recoñece unha simple posibilidade de atribución da potestade autoorganizatoria, como se deduce do disposto no artigo 4.2, segundo o cal:

“O disposto no número precedente poderá ser aplicable ás Entidades territoriais de ámbito inferior ó concello e, así mesmo, ás comarcas, áreas metropolitanas e demais Entidades locais, debendo de concretar, as Leis das Comunidades Autónomas, cales daquelas potestades serán aplicables”.

Logo só as Entidades locais territoriais (concellos, provincias e illas) teñen recoñecida resoltaamente a potestade autoorganizatoria. As demais Entidades que non teñan tal carácter han de a ter conforme as Leis das respectivas Comunidades Autónomas vaian establecéndoas.

III. A SITUACIÓN DOS REGULAMENTOS ORGÁNICOS LOCAIS ANTES DA SENTENCIA 214/1989 DO 21 DE DECEMBRO, DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Malia que o esquema lexislación básica estatal-lexislación de desenvolvemento das Comunidades Autónomas determinou que foran estas as encargadas de definir ou complementa-las bases estatais, e LRBRL do 2 de abril de 1985 non seguiu este criterio para evitar que a potesta-

de autoorganizatoria das Entidades locais se reduce a un simple nominalismo, sen virtualidade operativa ningunha. Por iso a solución que adopta o lexislador básico de réxime local de 1985 é primar -en relación coa autonomía- a potestade autoorganizatoria dos Entes locais en prexuízo da lexislación complementaria ou de desenvolvemento que, dentro do marco das súas competencias, as Comunidades Autónomas puidesen dictar. De maneira que, consonte á normativa básica de réxime local, os Regulamentos orgánicos locais son os que asumen o encargo de desenvolver, de pormenoriza-los criterios xerais ou básicos establecidos na propia Lei e a normación das Comunidades Autónomas desempeña un papel supletorio das disposicións consignadas na lexislación básica e nos correspondentes Regulamentos orgánicos. Con iso tratábase de dar auténtica operatividade á autonomía local na materia. Polo tanto, a premisa da que parte esta solución lexislativa é correcta, porque o que se persegue é que a potestade autoorganizatoria non quede convertida por mor do binomio lexislación básica estatal-lexislación de desenvolvemento autonómica, en papel mollado. Para iso arbitrouse unha solución que, obviamente, non era a máis satisfactoria para os Entes autonómicos (ansiosos de asumiren máis poderes), pero que sen dúbida amosábase como a máis apta para respecta-la autonomía local¹².

Así, o artigo 5 LRBRL (declarado pola Sentencia inconstitucional na súa totalidade) establecía:

“As Entidades locais réxense en primeiro termo pola presente Lei e ademais:

En canto o seu réxime organizativo e de funcionamento dos seus órganos:

Polas Leis das Comunidades Autónomas sobre réxime local e polo Regulamento orgánico propio de cada Entidade nos termos previstos nesta Lei.

(...)”

Esta disposición debería de se pór en conexión con outros da Lei básica. En concreto cos artigos 20 e 32 LRBRL que, para os concellos e provincias, respectivamente, consignaban -despois de analiza-los órganos necesarios destas Entidades locais territoriais- o seguinte:

“Art. 20.1.c) O resto dos órganos complementarios dos anteriores, establécese e regula polos propios concellos nos seus Regulamentos orgánicos sen outro límite que o respecto á organización determinada por esta Lei.

2. Sen prexuízo do disposto na regra c) do número anterior, as Leis das Comunidades Autónomas sobre réxime local poderán establecer unha organización complementaria da prevista neste texto legal, que rexerá en cada concello en todo aquilo que o seu Regulamento orgánico non dispoña o contrario.

(...)”

E para as provincias o artigo 32 dispoñía:

“O resto dos órganos, complementarios dos anteriores, establécese e régúlase polas propias Deputacións sen outro límite que o respecto á organización determinada por esta Lei. Non obstante, as Leis das Comunidades Autónomas sobre réxime local poderán establecer unha organización provincial complementaria da prevista neste texto legal, que rexerá en cada provincia en todo aquilo no que esta non dispoña o contrario, no exercicio da súa potestade de autoorganización.

(...)”.

Da lectura dos preceptos transcritos quedaba meridianamente clara a prevalencia do Regulamento orgánico sobre a lexislación que no ámbito das súas competencias puidesen dicta-las Comunidades Autónomas, o cal supoñía que só no suposto de que a Entidade local non elaborara e aprobara o seu Regulamento orgánico, ou no seu caso, non previra no mesmo determinados aspectos concernentes á organización e funcionamento, se aplicaba a lexislación autonómica. De

xeito que, “unha modesta norma organizativa dun pequeno concello predomina (predominaba) sobre as Leis emanadas co máximo estrépito de soberanía”¹³. Por outra banda, tamén a lexislación estatal que non tivese o carácter de básica era de aplicación supletoria, pero a súa supletoriedade, era, ademais, de *segundo grao*, é dicir, esas normas estatais aplicábanse despois das autonómicas¹⁴.

Todas estas aseveracións foron explicitamente consignadas na Resolución do 27 de Xaneiro de 1987 que adoptou a desaparecida Dirección Xeral de Administración Local (hoxe substituída pola de Réxime Xurídico, para aclarar-la posición ordinal do Regulamento de Organización, Funcionamento e Réxime Xurídico das Entidades locais, aprobado polo Real Decreto 2.568/1986, do 28 de Novembro. E sen prexuízo das críticas que pode suscitar esa Resolución¹⁵ o certo é que na mesma se conteñen algúns criterios que merecen ser reproducidos pola súa claridade. En particular cando di:

“(…) a normativa que no seu día poidan establece-las Comunidades Autónomas, en exercicio das súas competencias sobre réxime local, terá, polo que se refire ós aspectos de organización e funcionamento internos das Entidades locais, *un alcance simplemente supletorio*, a título de ordenación de segundo grao respecto dos Regulamentos orgánicos adoptados por cada Corporación. Isto tradúcese, no tocante á organización e funcionamento dos órganos básicos (Alcalde, Pleno e, no seu caso, Comisión de Goberno) en que só se aplicará a lexislación autonómica en defecto de toda normativa autonomamente adoptada pola respectiva Corporación. E no referente á organización complementaria (órganos distintos ós citados) en aplicación da devandita normativa autonómica “en todo aquilo no que o Regulamento non dispoña o contrario” (Arts. 20.2 e 32.2 LRBRL).

Así mesmo polo que respecta á normativa que dicta o Estado, distinta á de natureza básica, a antedita Resolución tamén lle concede o carácter de supletoria, aínda que cunha supletoriedade de segundo grao, consonte o establecido no artigo 149.3 da Constitución. Por iso asevera:

“(…) tanto as normas incluídas no Texto refundido como as que conteñen os textos actualizados dos Regulamentos citados na Disposición Final primeira da Lei 7/1985, do 2 de abril, constitúen dereito estatal de carácter supletorio (art. 149.3 CE) e a súa vixencia ven sendo transitoria, xa que está condicionada, en termos xerais, á entrada en vigor da normativa autonómica que veña substituílo”.

En consecuencia, a relevancia que o sistema establecido pola LRBRL confería ós Regulamentos orgánicos locais, conducente a plasmar efectivamente a súa potestade autoorganizatoria, era clara; e, por conseguinte, a relegación que tiñan a lexislación autonómica e a normación non básica estatal era evidente. Posto que só operaban en tanto que non existise unha regulación específica do Ente local, ou, no caso de existir esta, fose compatible coa mesma.

De resultas de todo iso, o sistema de fontes viña determinado pola seguinte orde de prelación:

1º. A lexislación básica estatal.

2º. O Regulamento orgánico que dictase a Entidade local.

3º. A lexislación autonómica elaborada e aprobada dentro do ámbito das súas competencias pola Comunidade Autónoma respectiva.

4º. A lexislación estatal non básica de acordo co prescrito no artigo 149.3 da Carta Magna.

A prevalencia dos Regulamentos orgánicos das Entidades locais facía posible que estes instrumentos xurídicos, dentro dos límites fixados pola lexislación básica estatal, puidesen regular unha serie de aspectos ou asuntos para adapta-lo organigrama local ás circunstancias concretas de tempo e lugar da respectiva Entidade. Si, os Regulamentos orgánicos podían establecer unha

Comisión de Gobierno naqueles concellos menores de 5.000 habitantes, distribuí-las grandes áreas de servicios administrativos dos concellos, establecer medios de control e fiscalización novos a cargo do Pleno, etc.; e, en definitiva, existía unha configuración da potestade autoorganizatoria coherente co principio da autonomía local consagrado pola Carta Magna española.

IV. A SITUACIÓN DOS REGULAMENTOS ORGÁNICOS LOCAIS DESPOIS DA SENTENCIA 214/1989 DO 21 DE DECEMBRO, DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como vimos de sinalar, a Sentencia constitucional número 214/1989, do 21 de decembro declarou inconstitucionais algúns preceptos da LRBR. Polo que á nosa análise interesa hai que destaca-la declaración de inconstitucionalidade do artigo 5 na súa totalidade e tódalas referencias ó mesmo contidas na Lei, do inciso final ("sen outro límite que o respecto á organización determinada por esta Lei") do artigo 32.2. do inciso final ("en todo aquilo no que o seu Regulamento orgánico non dispoña o contrario") do artigo 20.2 e do inciso final ("que rexerán en cada provincia en todo aquilo no que esta non dispoña o contrario, no exercicio da súa potestade de autoorganización") do artigo 32.2.

Esta declaración de inconstitucionalidade vertida na Sentencia resolutoria dos recursos que no seu día interpuxeron os órganos lexislativos e executivos das Comunidades Autónomas de Cataluña e Galicia ven a establecer un "criterio substantivo diferente"¹⁶ sobre a orde de prelación de normas reguladoras da organización e o funcionamento das Entidades locais, xa que a declaración de inconstitucionalidade do artigo 5 na súa totalidade e daquela a inconstitucionalidade dalgúns incisos doutros preceptos que se relacionaban estreitamente con aquel, altera de maneira substancial o sistema de fontes que nel viñan de se establecer.

Así, o Fundamento Xurídico 5º da Sentencia di:

"(...) O precepto impugnado establece a orde de prelación de normas aplicables ás distintas materias que atinxen á Administración Local, situando en primeiro lugar os contidos na propia Lei, que ten así efectivamente unha pretensión de superioridade ordinamental que se fai explícita na súa exposición de motivos. En canto que enumera as normas aplicables nunha materia na que a competencia lexislativa está dividida entre o Estado e as Comunidades Autónomas, o precepto ha de ser entendido, en consecuencia, como unha norma interpretativa do disposto no bloque da constitucionalidade con respecto a esta materia. E esta natureza de norma simplemente interpretativa, sen sentido material ningún, a que fai o precepto constitucionalmente ilexítimo. A orde de fontes dun ordenamento composto é o establecido polo bloque da constitucionalidade, sen que un dos elementos desta realidade composta, neste caso o lexislador estatal, poida impoñer a tódolos demais, como única interpretación posible, a que el mesmo fai. Certo é que ó usaren das súas facultades lexislativas sobre as materias da súa competencia, tanto o Estado como as Comunidades Autónomas teñen que operar a partir dun determinado entendemento do bloque da constitucionalidade. Tal entendemento, ó que tamén se lle pode chamar, se se quere, interpretación, prodúcese entón, sen embargo, en conexión cunha materia determinada non como criterio abstracto de interpretación e poderá ser sempre corrixido por este Tribunal de través das oportunas vías procesuais.

Non é este, así e todo, obviamente, o contido do precepto que agora estamos a analizar. Prescindindo da afirmación preliminar da prioridade absoluta da propia LRBR que, naturalmente, existirá na medida na que os seus preceptos se poidan apoiar nos títulos competenciais que o Estatuto ostenta, o resto dos parágrafos que o artigo 5º contén establece, como xa se dixo, unha orde de prelación de fontes que será correcto na medida en que coincida co disposto no bloque da constitucionalidade, e incorrecto en canto se afaste del. En canto tal coincidencia exista, o precepto é, en consecuencia, superfluo e, en canto non exista, inválido. A súa anulación non orixina, polo tanto, baleiro normativo ningún (...)"

Polo tanto, o Alto Tribunal di que o que coincide co bloque da constitucionalidade é superfluo, e o que non coincide é nulo e, en consecuencia, a anulación ou expulsión do ordenamento do artigo 5 LRBR non produce baleiro normativo ningún. O Tribunal Constitucional non abunda máis sobre esta trascendental cuestión e quizais neste punto debeu de esgotar máis as súas argumentacións para, deste xeito, esclarecer esta intrincada materia. Non avanza nada sobre cales son os seus criterios materiais sobre a orde de fontes (JIMENEZ BLANCO)¹⁷.

En calquera caso o que evidencia este fundamento xurídico 5º así como o 6º é que quere dar meirande protagonismo ó papel configurador das Comunidades Autónomas, e adopta, para acadar este obxectivo, o binomio lexislación básica-lexislación de desenvolvemento.

O Fundamento Xurídico 6º di:

“O que sucede é que no concernente á organización municipal, a orde constitucional de distribución de competencias baséase no recoñecemento de tres ámbitos normativos correspondentes á lexislación básica do Estado (artigo 149.1.18 da Constitución), a lexislación de desenvolvemento das Comunidades Autónomas segundo os respectivos Estatutos e a potestade regulamentaria dos concellos, inherente esta última á autonomía que a Constitución garante no seu artigo 140 (...)”.

E dicir, o Tribunal Constitucional apártase resoltamente da solución adoptada pola LRBR, segundo a cal, como vimos de salientar, a autonomía constitucionalmente garantida das Entidades locais esixía, ou mellor, aconsellaba que o esquema lexislación básica estatal-lexislación de desenvolvemento autonómica rompera a prol dunha verdadeira potestade autoorganizatoria. E esta rotura non se facía para erosionar-la autonomía das Comunidades Autónomas senón pola propia natureza da materia, que require que o principio de autonomía funcione fóra do binomio mencionado. Así se salvagardaba a potestade autoorganizatoria das Entidades locais dos tentáculos das Comunidades Autónomas, inimigas naturais das Corporacións locais, como di expresivamente ANTONIO JIMÉNEZ BLANCO¹⁸. Por que a potestade autoorganizatoria é un elemento trascendental da autonomía. Constitúe o núcleo duro da mesma e dificilmente se pode falar de autonomía local sen unha efectiva *capacidade para se autoorganizar*. Por iso o artigo 6.1 da Carta Europea de Autonomía Local, feita en Estrasburgo o 15 de Outubro de 1985¹⁹ dispón:

“Sen prexuízo das disposicións máis xerais creadas pola Lei, as Entidades locais deben de poder definir de seu as estruturas administrativas internas coas que se pretende dotar, co obxecto de as adaptar ás súas necesidades específicas e a fin de permitir unha xestión eficaz”²⁰.

Isto significa que é a propia Entidade local (concello, provincia ou illa²¹) a que debe de definir as estruturas administrativas internas sen que esta posibilidade quede desvirtuada ou, no mellor dos casos, condicionada excluíntemente pola lexislación complementaria que dicten as Comunidades Autónomas, pois de acordo coa solución adoptada pola devandita Sentencia constitucional do 21 de Decembro de 1989 a potestade autoorganizatoria corre o perigo de se converter nunha potestade case residual que só opera na medida que as respectivas Comunidades Autónomas o permitan.

Certo é que a propia Sentencia se encarga de subliñar que a potestade lexislativa de desenvolvemento dos Entes autonómicos admite asemade a existencia dun ámbito reservado á autonomía organizativa municipal e provincial²², pero tamén é certo que as Entidades locais en España non teñen, contrariamente ó que establecen outros ordenamentos xurídicos, como o alemán²³, unha vía procesual directa perante o Tribunal Constitucional para interpoñer un recurso contra unha Lei estatal ou autonómica que vulnere ou contraveña a autonomía local, polo que sería máis concorde co a devandita autonomía que a Resolución se pronunciara nun sentido máis protector, e deixa-la orde de prelación de normas aplicables como a fixou a LRBR. Agora, trala Sentencia do intérprete máximo da Constitución, cambia a posición dos Regulamentos orgánicos locais, de xeito que a lexislación de desenvolvemento que dicten as Comunidades Autónomas ocupa un lugar máis importante, e paralelamente, prodúcese unha diminución da operatividade

dos referidos Regulamentos ós que se lles confire un papel case residual e “complementario do complementario”.

Isto significa que se segue coa tradicional tendencia a non recoñecer poderes específicos e operativos en materia de organización ás Entidades locais²⁴, o cal se noutras épocas da Historia era consecuencia lóxica dos condicionantes políticos e xurídicos existentes daquela, hoxe en día, coas virtualidades que aniñan nas prescricións constitucionais, non ten xustificación ningunha, tendo en conta que a *autonomía e configuradora dun modelo de Estado*, que desprega os seus potenciais non só con respecto ás Comunidades Autónomas, senón tamén en relación cos Entes locais constitucionalmente garantidos. A autonomía non se pode entender, pois, como unha simple declaración programática da que se pode prescindir na práctica política e administrativa.

En resolución, despois da Sentencia 214/1989, do 21 de Decembro, do Tribunal Constitucional, a orde de prelación das normas aplicables a esta materia é a seguinte:

1ª A lexislación básica estatal.

2ª A lexislación de desenvolvemento que, no marco das súas competencias, dicte a correspondente Comunidade Autónoma.

3ª Os Regulamentos orgánicos das Entidades locais.

4ª A lexislación estatal de natureza non básica, conforme ó disposto no artigo 149.3 da Constitución Española.

V. A INSUFICIENCIA DO ESQUEMA LEXISLACIÓN BÁSICA-LEXISLACIÓN DE DESENVOLVEMENTO PARA ASEGURA-LA AUTONOMÍA LOCAL EN MATERIA ORGANIZATIVA

Sen dúbida a Resolución do Tribunal Constitucional apoiouse no esquema lexislación básica-lexislación de desenvolvemento ou complementaria para solucionar-la cuestión da posición ordinal dos Regulamentos orgánicos das Entidades locais, suscitada polas Comunidades Autónomas recorrentes ó estimaren que as súas potestades viñan de ser erosionadas polo xogo dos artigos 5a, 20.1-c) (inciso final), 20.2 (inciso final) e o 32.2 (inciso final mailo punto que reza: “sen outro límite que o respecto á organización determinada por esta Lei”). Este esquema, válido para a articulación dos poderes do Estado e as Comunidades Autónomas noutras materias, non é, en cambio, operativo de abondo cando se aplica mimeticamente á organización e ó funcionamento das Entidades locais con autonomía constitucionalmente garantida, porque se se deixa que as Comunidades Autónomas sexan as que complementen ou desenvolvan as disposicións básicas dictadas polo Estado –rigorosamente considerado– córrese o perigo de converte-la potestade autoorganizatoria das Entidades locais nunha cláusula baleira, que funciona, todo o máis, como unha potestade cunha operatividade limitada e condicionada á “sensibilidade” local que as distintas Comunidades Autónomas poidan ter. Este esquema é, ademais, inadecuado coa opción que o Texto Constitucional adoptou con vistas a non interioriza-los Entes locais nas Comunidades Autónomas, xa que, como é ben sabido, o réxime local non se atribuíu “in totum” á disponibilidade dos Entes autonómicos. Por iso o Tribunal Constitucional declarou o carácter bifronte do réxime xurídico das autonomías locais (S. do 21 de Decembro de 1982) e tamén é corolario deste aserto o feito de que o Estado manteña *relacións directas* coas Entidades locais²⁵. Como resultado de todo iso, é evidente que non é posible unha interiorización das Entidades locais²⁶ que propugne unha disponibilade tal das Comunidades Autónomas que desvirtúe o que, en puridade, é un elemento substantivo da autonomía local.

Débase de ter en conta que o principio de autonomía garantido pola Constitución Española (artigos 137, 140 e 141) é, como di PAREJO ALFONSO²⁷, “un principio constructivo dun ordenamento territorial específico” que supón que esta clase de Entidades teñan cobertura xurídica

abondo para a xestión dos seus respectivos intereses. Cobertura xurídica que se traduce nun elenco de potestades que teñen de se actuar cos límites que o ordenamento estableza. Por tanto non se pode estimar que a autonomía maila centralización quedan esgotadas co establecemento de Comunidades Autónomas e a atribución de poderes ás mesmas, e que as Entidades locais son unha especie de “parentes pobres e submisos” do novo sistema de organización territorial do Estado ás que se lles dan os residuos que as outras instancias –digamos, coas cautelas que procedan– superiores desbotan. Posto que a autonomía, como se ben de dicir, é unha técnica de carácter xeral que configura un modelo de Estado (SSTC do 28 de Xullo de 1981 e de 27 de Febreiro de 1987). De forma que se o artigo 137 da Constitución establece para tódalas Entidades territoriais, sexan autonómicas ou locais, a autonomía para a xestión dos seus respectivos intereses e se é evidente que a xestión de intereses autonómicos precisa unha dotación competencial, estrutural e financeira axeitada para que esa autonomía teña tal natureza; tamén está claro que a xestión de intereses locais non pode quedar absorvida pola xestión de intereses autonómicos realizada polas Comunidades Autónomas porque ámbalas dúas formas de organización –a autonómica e a local– superpóñense pero non se anulan²⁸.

Entón, ó cambia-la orde de prelación de normas aplicables á materia que estamos a analizar, a Sentencia do Alto Tribunal dá prevalencia á lexislación que van dicta-las Comunidades Autónomas. Iso significa que os Regulamentos orgánicos locais deberán de se axustar a partir da antedita Resolución non só á lexislación básica estatal senón ás normas locais que elaboren e aproben os Entes autonómicos. Ante esta situación normativa, a operatividade ou innovación que os Regulamentos orgánicos poden ter recórtase substancialmente e, por tanto, máis que Regulamentos nos cales terían de aniñar moitas potencialidades innovativas para adapta-lo organigrama local ás peculiaridades, costumes, cultura e idiosincrasia propia da respectiva Entidade local, transfórmanse en Regulamentos “executivos”²⁹ das disposicións que as Comunidades Autónomas dicten.

Por conseguinte, a aplicación do esquema lexislación básica-lexislación de desenvolvemento á organización e ó funcionamento das Entidades locais supón un recorte efectivo e excesivo da potestade autoorganizatoria que o ordenamento lles reconece como expresión inderrogable da súa autonomía. Diminución que deixa á autonomía nunha disposición máis precaria, de maneira que se as correspondentes Leis autonómicas non teñen sensibilidade abondo verbo desta materia (e existen exemplos que ilustran que a sensibilidade dos lexisladores territoriais en relación coa autonomía local non sempre é a máis desexable) moi ben podería converterse a autonomía local, polo que respecta alomenos a esta materia, nun instituto esvaído e só aparentemente respectado.

VI. REFLEXIÓNS FINAIS

Ó longo das liñas precedentes vimos de observar como a Sentencia constitucional número 214/1989, do 21 de Decembro supuxo unha alteración substancial da orde de prelación de normas aplicables á organización e ó funcionamento das Entidades locais con autonomía constitucionalmente garantida, pois ó declarar inconstitucionais unha serie de artigos e incisos da Lei básica estatal do 2 de Abril de 1985 reforzou diafanamente o poder das Comunidades Autónomas en detrimento da potestade autoorganizatoria das Entidades locais. Para o reforzamento da posición dos Entes autonómicos recorreuse, como se leva advertido, á aplicación do esquema lexislación básica estatal-lexislación de desenvolvemento das Comunidades Autónomas. Esquema que de seu é operativo e eficaz para a vertebración de poderes do Estado e das Comunidades Autónomas noutras materias ou sectores da acción pública, pero que aplicado á materia analizada desnatura considerablemente un dos elementos inescindibles da autonomía local constitucionalmente garantida: *a potestade autoorganizatoria*.

A Sentencia Constitucional do 21 de Decembro de 1989 modifica –na nosa opinión– a atinada solución que arbitrou o lexislador estatal na LRBRL co xogo dos artigos 5, 20 e 32; e con esta alteración as posibilidades *reais* (non as formais ou as imaxinables) dunha xestión autónoma dos intereses propios das entidades locais (concellos, provincias e illas) que sexa respectuosa cos principios constitucionais, entre os cales ocupa un lugar preeminente o da autonomía, recórtanse ata límites excesivos que son incompatibles coa necesaria autoorganización dos Entes.

É evidente que as Comunidades Autónomas deben de establecer regulacións sobre réxime local para que as competencias que o bloque da constitucionalidade lles conferiu desenvólvanse eficazmente. Pero esta potenciación do rol das normacións autonómicas ten o seu campo máis propio noutro tipo de Entidades locais distintas ós concellos, provincias ou illas; Entidades locais ás que a mesma Sentencia constitucional recoñece un forte grao de “interiorización” autonómica e que, por tanto, sobre elas cabe unha meirande disponibilidad das Comunidades Autónomas a prol do seu recoñecemento, dotación competencial e estrutura. Todo iso, certamente, sen prexuízo do desenvolvemento doutras atribucións que teñan con respecto ás outras Entidades con autonomía constitucionalmente garantida (concellos, provincias e illas). Por iso sería desexable que a potestade autoorganizatoria de concellos, provincias e illas quedara menos limitada.

Noutra orde de consideracións, é salientable que no propio Tribunal Constitucional pronunciáronse voces sobre o perigo que a potestade autoorganizatoria corre coa solución vertida na Sentencia. Pero o voto discrepante só atende ós concellos, non estende, xa que logo, as súas argumentacións ás provincias ou illas; Entidades, estas últimas, con idéntica protección constitucional cós concellos, fóra de que a Entidade provincial teña pouca virtualidade operativa nalgúns das Comunidades Autónomas –como sucede en Canarias– ou que non teña un enraizamento paragonable ó dos concellos ou ó do outro tipo de Entes locais –como acontece en Cataluña–. Con todo é ilustrativo este voto discrepante da dificultade que a materia ten e dos problemas que produce o dictame. Posto que por riba de afirmacións puramente formais (como dicir que en todo caso a lexislación autonómica deberá de respectar a autonomía local) de seguro que o papel asignado á potestade autoorganizatoria das Entidades locais é insuficiente. Non vale dicir, por outra banda, que en certa medida a solución da Sentencia é congruente coa pasividade que ata agora amosaron as Entidades locais que non aprobaron moitos Regulamentos de esta clase; habida conta que ata datas recentes as Entidades locais tiñan unha nula autonomía, carecían duns mecanismos de defensa das súas competencias fronte ás constantes invasións do Estado e sobre elas exercíanse unhas ríxidas técnicas de tutela, o que facía que as mesmas fosen uns “simples instrumentos do Estado” (SOSA WAGNER)³⁰. En cambio, o ordenamento vixente, coa Constitución como cabeza e guieiro do mesmo, non pode permitir se manteñan formulacións da mesma natureza. Cómpre unha autonomía local efectiva para a cal a autoorganización é un elemento consubstancial.

NOTAS:

- 1) BOE núm. 10. Suplemento de 11 de xaneiro de 1990. Vid. tamén o BOE núm. 37 de 12 de Febreiro de 1990 no que se publica o Auto dictado polo Tribunal Constitucional o 16 de xaneiro de 1990, para aclarar a sentenza 214/1989, resolutoria dos recursos 610, 613, 617 e 619/1985.
- 2) Este precepto di: "Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 1ª organización de sus instituciones de autogobierno (...)".
- 3) Se ben non se pode comparar –como é obvio– a autonomía política das Comunidades Autonomas ca autonomía das Entidades Locais, xa que ambas son cualitativamente diferentes.
- 4) "La potestad local de autoorganización: contenido y límites", en *Tratado de Derecho Municipal I*, Madrid, 1988, p. 739.
- 5) Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, 1981, p. 116. También, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*, Madrid, 1990, pp. 161 y ss.
- 6) Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, op. cit., pp. 174-178; e A. TORRES DEL MORAL, *Principios de Derecho Constitucional Español 2*, Madrid, 1988, pp. 338 y 339.
- 7) SSTC. 3 e 32/1981, de 2 de febreiro e 28 de xullo, respectivamente.
- 8) L. PAREJO ALFONSO-J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Informe solicitado por el Gobierno de Canarias con motivo de la elaboración de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias*, Instituto de Estudios de Administración Local (inédito), Madrid-Santa Cruz de Tenerife, 1984, p. 12.
- 9) Vid., e título exemplificativo, artigos 1, 1; 14; 23; 103; 138, etc.
- 10) Cfr. I. DE OTTO Y PARDO, *Estudios sobre D. Estatal y Autonómico*, Madrid, 1986, p. 108; e F. TOMAS e VALIENTE, *El reparto constitucional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1988, pp. 108 e ss. Tamén as SSTC de 28 de xullo de 1981 e de 7 de abril de 1983, entre outras moitas.
- 11) Vid. J. DOMÍNGUEZ-ALCAHUD Y MONGE, "Tipología de los Entes locales", en *Organización Territorial del Estado (Administración local)*, Madrid, 1985, pp. 78-83.
- 12) No mesmo sentido G. FERNÁNDEZ FARRERES, op. cit., p. 745, para quen a premissa de que parte a LRRL "no es desacertada", xa que se se ten en conta "que constitucionalmente no se ha querido "entregar" definitivamente e en exclusiva o "régime local" ás comunidades Autónomas, e dada a singularidade mesma da materia –organización e funcionamento das Entidades Locais dotadas de Autonomía.
- 13) Así afirmábase R. MARTÍN MATEO en "El gobierno municipal", REALA, núm. 227, 1985 p. 427.
- 14) G. FERNÁNDEZ FARRERES, op. cit., p. 752.
- 15) Vid. F. SOSA WAGNER, "Los Principios del nuevo Régimen Local", en *Tratado de Derecho Municipal I, ob. cit., p. 102*.
- 16) A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, *Doctrina Constitucional sobre Régimen Local. La Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, del Tribunal Constitucional, sobre la Ley de Bases de Régimen Local*, Granada, 1990, p. 31.
- 17) Op. cit., p. 41.
- 18) Op. cit., p. 53.
- 19) Aprobouse e ratificouse por España o 20 de xaneiro de 1988 (BOE de 24 de Febreiro de 1989) e entrou en vigor o 1 de Marzal de 1989.
- 20) O subliñado é noso.
- 21) Ó noso xuízo, os argumentos expostos no voto particular discrepante da Sentencia 214/1989, de 21 de decembro do Maxistrado Don Eugenio DÍAZ EIMIL son tamén aplicables ás Entidades provinciais e insulares, pois a autonomía das provincias e illas ten a mesma protección constitucional ca dos concellos. Este voto di: "Mi discrepancia con la Sentencia aprobada por la mayoría del Pleno se produce en relación con la inconstitucionalidad parcial de los artículos 20.1c) y 20.2, declarada en los apartados c) y d) del número primero del fallo y se fundamenta en las siguientes razones: El modelo de organización municipal que diseña la Constitución impide reconocer a las Comunidades Autónomas, en ésta materia, competencias que no sean estrictamente residuales, pues así lo impone el respeto a la autonomía municipal, consagrada en el art. 140. Dicho modelo constitucional resulta del equilibrado juego de tres ámbitos normativos distintos cuyos efectos recíprocamente limitados determinan que, en su configuración deben distinguirse tres diferentes niveles de organización municipal, cuyo correcto orden descendente es, a mi juicio, el siguiente:
 1. Organización básica, común a todos los Municipios, que corresponde establecer al Estado en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 149.1.18 de la Constitución.
 2. Organización complementaria, que corresponde a los propios Municipios en ejercicios de su autonomía, en cuyo núcleo esencial se incluye el poder de autoorganización, y
 3. Organización municipal complementaria de la anterior, que corresponde a las Comunidades Autónomas en virtud del art. 148.1.2 de la Constitución y de sus respectivos Estatutos, cuyas normas de atribución de competencias en materia de régimen local deben siempre entenderse, al igual que las del Estado, sometidas al límite que se deriva de la autonomía municipal.
 Los arts. 20.1c) y 20.2 de la ley impugnada guardan fiel conformidad con ese modelo constitucional, no siendo a mi juicio, aceptable afirmar que tales preceptos legales básicos desplazan indebidamente la competencia autonómica sobre la orga-

nización municipal a un plano distinto del que constitucionalmente le corresponde, eliminando la posibilidad de todo espacio normativo para la legislación de desarrollo autonómico en ésta materia, puesto que la naturaleza supletoria y residual de esa competencia autonómica viene necesariamente determinada por la garantía de la autonomía municipal, la cual exige de manera insoslayable que las Comunidades Autónomas no puedan cubrir más espacio organizativo municipal complementario que aquel que el Municipio no haya complementado. Por lo tanto, los citados preceptos legales sitúan la competencia autonómica en materia de organización de los Municipios en el lugar que constitucionalmente le corresponde. Mantener la tesis contraria de que las Comunidades Autónomas tienen una competencia de organización municipal complementaria que se interpone entre la organización básica establecida por el legislador estatal y la organización complementaria que a los Municipios corresponde en virtud de su autonomía es tanto como reconocer una especie de competencia básica de segundo grado que, aparte de incurrir en la contradicción conceptual de compatibilizar lo básico con lo complementario, altera sustancialmente el modelo constitucional de organización municipal en la medida en que admite la posibilidad de que el poder complementario de autoorganización de los Municipios encuentre límites más allá del marco básico establecido por el legislador estatal, que es el único que tiene competencia para establecerlo.

Por consiguiente, estimo que el ar. 20.1c) en cuanto señala a la legislación básica del Estado como el único límite a la competencia municipal de autoorganización y el art. 20.2, en la medida que limita la competencia al espacio de organización complementaria no cubierto por los reglamentos orgánicos de los Municipios conjugan de forma intachable el orden Constitucional de distribución de competencias con la garantía institucional de la autonomía de los Municipios. Ello me conduce a entender que dichos preceptos legales son, en su totalidad, constitucionales, cualidad que no extendiendo al artículo 32.2, puesto que considero que sería muy discutible reconocer a la provincia el mismo nivel de autonomía que el Municipio, garantizado en el artículo 140.1 de la Constitución. Tal es mi opinión que expongo, sin perjuicio del acatamiento y aceptación que me merece la decisión de la mayoría".

- 22) O mesmo é salientado no Auto aclaratorio dictado polo Tribunal Constitucional o 16 de xaneiro de 1990, cando dí: "(...) con lo que resulta patente que el Tribunal ha considerado que la potestad municipal de autoorganización ha de observar en todo caso, lo dispuesto en las normas básicas estatales y las autonómicas de desarrollo, y que éstas, no pueden en ningún momento desconocer o invadir el espacio dedicado a la autoorganización municipal".
- 23) No sistema xermano as Corporacións Locais poden interpor un recurso contra calquera Lei emanada da Federación o dos Estados Membros (Länder) que vulnere a autonomía local, conforme co artigo 91 da Lei do Tribunal Constitucional Federal. Pola contra, no ordenamento español a única posibilidade que teñen as corporacións Locais é a que establece o artigo 119 LRBRLL, segundo o cal a Comisión Nacional de Administración do Estado e a Administración –"puede solicitar" ós órganos constitucionalmente lexitimados a impugnación que pudesan ser lesivas para a autonomía que garantiza a Norma Fundamental.
- 24) P. ESCRIBANO COLLADO, "La Autonomía Local en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Organización Territorial del Estado (Administración Local)*, vol. 11, ob. cit., p. 1005.
- 25) cfr. L. PAREJO ALFONSO, Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa, Madrid, 1983, p. 190.
- 26) Noutros ordenamentos (alemán), si existe unha interiorización dos Entes Locais, 7 consecuentemente, a potestade autoorganizadora está máis rixidamente limitada polo "Land" (Vid. F. SOSA WAGNER "la Autonomía Local", en REALA, núm. 240, 1988 pp. 1630 e 1631; e L. PAREJO ALFONSO, "Derecho Básico de la Administración Local", Barcelona, 1988, pp. 221 e ss.)
- 27) Derecho Básico de la Administración Local, op. cit., pp. 112-120.
- 28) L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Básico de la Administración Local*, cit., p. 119.
- 29) É tradicional a clasificación ca doutrina científica fai dos Regulamentos pola súa relación ca Lei, segundo o cal existen Regulamentos "extra legem" (os Regulamentos, independentes), secundenm legem (os executivos que desenvolven e executan a Lei), e contra Legem (os de necesidade, que se dictan para facer fronte a unha circunstancia excepcional). Pois ben, os Regulamentos Executivos ou secundenm Legem son os máis condicionados pola lei, e, daquela, os que menos manobrabilidade deixan á Administración Pública. Pero, paradoxalmente, son os Regulamentos de Organización os que deixan marxe maior para operar á Administración, a cal pode configurarse a súa estrutura organizativa interna. O maior medio de operatividade fundaméntase en que estes Regulamentos esgoten os seus efectos dentro do propio eido da Administración (operen "ad intra"), e son os Regulamentos de Organización os típicos regulamentos independentes (STS, 11 de Abril de 1981) vid. R. PARADA VÁZQUEZ, "Derecho Administrativo" 1ª Parte General, 2ª ed. Madrid, 1990, pp. 58 e 59; e E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo 1*, 4ª ed. Madrid, 1983, pp. 213-215). Esto lévanos o que ó ser o eido organizativo o que maior autonomía permite á Administración resulta contraproducente limitar tanto (lexislación básica-lexislación complementaria autonómica) a potestade autoorganizatoria das Entidades Locais, xa que os criterios básicos o uniformes están explicados dabondo na normativa básica estatal.
- 30) *Manual de Derecho Local*, Madrid, 1987, p. 46.

Problemas de interpretación da lei de costas desde a perspectiva xudicial

José María Gómez y Díaz Castroverde*

I. INTRODUCCIÓN.

Parece evidente, cando se parte dun título de relatorio como o que asumín, que a Lei 22/88 do 28 de Xullo, de Costas, amósase, cando menos nalgún particular, escura e, polo tanto, necesitada de interpretación. Máis exacto sería aludir, sen embargo e a pesar do título, á necesidade ou posibilidade de examinar dende a óptica de quen desempeña funcións xurisdiccionais, aqueles particulares que maior interese poidan presentar no exercicio destas ou que acusen maior incidencia nas mesmas porque, malia se amosar aparentemente como unha regulación sectorial, que dúbida cabe que poucos instrumentos normativos inflúen tanto como a Lei de Costas nos dereitos dos particulares, situacións ou institucións xurídicas, configurando así un marco xurídico que xustifica este estudio ó que se viñeron sumar a STC 149/91, do 4 de Xullo, referente á constitucionalidade da Lei, e a Sentencia do propio Tribunal Constitucional do 17 de Outubro, tamén do presente ano, resolutoria dos conflitos positivos de competencia promovidos por diversas Comunidades Autónomas fronte ó Real Decreto 1741/1989, do 1 de Decembro, polo que se aproba o Regulamento Xeral para o desenvolvemento e execución da Lei de Costas. Convén advertir para os efectos desta exposición que, segundo subliña o fundamento xurídico primeiro da última sentenza citada, os aspectos resoltos nesta, en canto o Regulamento sexa simple desenvolvemento ou reiteración da Lei, resólvense por remisión á Sentencia 149/91, dándose por reproducidos os argumentos vertidos naquela, o que deberá de ser tomado en conta neste momento sempre que, en tales aspectos, se cite a Sentencia do 4 de Xullo.

Polo demais, e en termos xerais, non está de máis deixar constancia que algunha das cuestións que no mundo do Dereito hoxe parécennos claras abondo, hai pouco tempo aínda non o eran, e polo tanto, con maior razón, o mesmo pode agardarse dalgunhas ou tódalas cuestións que abordaremos a continuación. Será en definitiva a Xurisprudencia do Tribunal Supremo a que, co paso do tempo (tres anos de vixencia da Lei son un período exiguo ó respecto) as precise de xeito concluínte.

II. A CRISE DAS TITULARIDADES PRIVADAS.

Fóra do debate que na Lei de Costas poida xurdir arredor doutros extremos esenciais como poida se-lo xogo da distribución constitucional de competencias, no fondo de tódolos problemas

* Maxistrado da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xusticia de Galicia

subxace, unha vez máis a tensión entre a propiedade pública e a propiedade privada, entre a expansión daquela e a supresión ou limitacións desta. Como de todos é coñecido, tal tensión pódese entender de novo cuño e reducida ós últimos trinta anos, pois non é ata que se recoñecen as enormes plusvalías e expectativas económicas dos terreos situados á beira do mar ou nas proximidades desta, cando xurde a necesidade de prover unha regulación legal que evite a total destrución ou degradación do demanio marítimo.

Quizais non sexa demasiado tarde en todo o litoral do Estado, quizais realmente o sexa, e a opción a prol de calquera medio que non sexa o estricta e absolutamente expropiatorio non poida impedi-la total consumación e consolidación do fenómeno destructivo.

Agora ben, por respectable e desexable que sexa o mantemento do dominio público, non se pode esquecer que a pretendida recuperación ha facerse na maior parte dos casos a custa dos dereitos de grande número de particulares, o título dos cales, de ningún xeito clandestino, ampárase ben no marco normativo anterior, ben en institucións, como o Rexistro da Propiedade, precisamente preordenadas á garantía e publicidade dos dereitos. A primeira cuestión que xurde, pois, e ela constitúe un bo punto de comezo nesta exposición, é a que se refire á sorte dos dereitos dos particulares a partir da entrada en vigor da Lei 22/1988, do 28 de Xullo, de Costas. Nin que dicir ten que na propia Lei serían perfectamente distinguibles dous marcos normativos diferentes segundo proceda ou non a aplicación da normativa transitoria.

Os fins anunciados haberán de servir polo tanto, e prescindindo de presentacións de carácter dogmático, os tratamentos que a Lei recolle referidos á expansión da zona marítimo terrestre e praias; a situación dos enclaves privados; os efectos do deslindamento administrativo e algunhas cuestións que atinxen ó réxime de protección do dominio público, a articulación de competencias, medios de execución forzosa e pagamento de cánones ou taxas.

A. A ZONA MARÍTIMO TERRESTRE

Trátase dun dos aspectos que xa antes da entrada en vigor da Lei suscitaron inquietude, a súa virtualidade pode crear certos problemas na praxe xudicial. Como é coñecido, o artigo 3 da Lei 22/88, ó reseña-los bens do dominio público marítimo-terrestre, alude en primeiro lugar á beiramar e á ribeira das rías, incluíndo a zona marítimo-terrestre ou espacio comprendido entre a liña de baixamar devalado ou máxima viva equinoccial e o límite ata onde alcanzan as ondas nos maiores temporais coñecidos ou, cando o supere, o da liña de preamar máxima viva equinoccial.

Este concepto, que sofreu o reproche de inconstitucionalidade na doutrina e foi obxecto de exame ó respecto na Sentencia 149/91, en canto se apartaba non só dos precedentes históricos máis remotos, senón do máis próximo da Lei de Costas de 1969 o criterio da cal, neste punto, situábase nos meirandes temporais ordinarios, aténdose así a unha nota de periodicidade que non estaría presente no precepto examinado, suscita algúns problemas, sendo oportuna neste momento a súa análise.

A ampliación da ZMT máis espectacular, e, á súa vez, a que dende o punto de vista da presente exposición pode xerar maior interese, é a que se refire á extensión daquela a onde "alcanzan as ondas nos maiores temporais coñecidos", salvo que a supere o da liña de preamar máxima viva equinoccial. Tal variación, que dende un punto de vista xa tópico na nosa Comunidade Autónoma podería significa-la demanialización de grande parte da localidade de A Guarda ou de parte da zona comprendida entre a praia de Riazor e a rúa Juana de Vega en A Coruña, foi considerada perfectamente axustada á CE pola STC 149/91 aínda recoñecendo que o criterio adoce de "certa imprecisión" (fundamento xurídico segundo), remitindo o problema da transformación en demanio marítimo de propiedades privadas que ata a vixencia da Lei 22/88 non o eran ó réxime xeral das Disposicións Transitorias desta Lei. En calquera caso, tamén subliña o TC a dificultade

tade que entrañaban os criterios ata entón manexados polas Lei de Portos de 1880 e 1928 ou a Lei de Costas de 1969.

Pola súa parte, o Regulamento para desenvolvemento e execución da Lei de Costas, tras reproducir no seu artigo 3 o concepto de ZMT, xa recollido pola Lei de Costas pretende facilitala súa determinación valéndose de dous criterios (artigo 4): o emprego de referencias comprobadas de que se dispoña e a exclusión de ondas de orixe sísmica ou de resonancia a presentación das cales non se produza de forma secuencial.

Trátase, en consecuencia, e á hora de atender á aplicación xudicial que eventualmente se deberá de facer dos preceptos mencionados, dun problema de proba, coas dificultades inherentes ó mesmo, aspecto que igualmente afectará á Administración ó tempo de fixalos correspondentes límites.

En efecto, así como en principio o establecemento da liña de preamar máxima viva equinocial non ha suscitar problemas, a determinación do "límite onde alcanzan as ondas nos maiores temporais coñecidos" produce, a pesar dos criterios do Regulamento, algunhas dúbidas que parece cómpre resolver. Dunha banda, a expresión literal tanto dos preceptos legal coma regulamentario e, moi concretamente, a alusión no artigo 4.b) deste último á exclusión das ondas de orixe sísmica ou de resonancia que non se presenten secuencialmente suscita unha dúbida inicial que atinxe a se dalgún xeito non se pretende algunha periodicidade nos procesos naturais xa que, noutro caso, parecería máis axeitado que os textos normativos fixesen referencia ó límite onde alcanzasen ou, noutro caso, onde alcanzaron as ondas nos maiores temporais coñecidos. Como quiera que a vontade do lexislador de amplía-la ZMT é incuestionable, a cuestión redúcese a determinar nos respectivos puntos da zona cal foi o límite máximo acadado nalgún momento polas ondas, evidentemente a consecuencia dun temporal. O problema complícase (e de aí que quizais a súa solución conduza na práctica a resultados esaxerados) se se ten en conta que a referencia normativa se proxecta ó pasado e é un feito notorio que grande parte das actuacións —adequadas a dereito ou ilegais— levadas a cabo nos últimos anos e outras executadas en forma xa de paseos marítimos ou muros de contención, trouxeron como consecuencia que por grande que sexa a forza dun temporal, e considerable o alcance das súas ondas, sexa xa inviable o que estas poidan acadalos límites que, no pasado, un ou varios temporais conseguisen.

Nun segundo termo ha considerarse complexo o criterio seguido polo Regulamento alusivo ás "referencias comprobadas". Se ben non ha se-la proba testifical o único medio de vir en coñecemento os límites alcanzados no seu momento pola ondada, ha salientarse, por unha banda, a dificultade de que os datos que se poidan extraer de arquivos municipais, organismos portuarios ou medios de comunicación, poidan ser axeitadamente concretados na realidade física actual, ante a moi posible carencia de medios técnicos que posibilitasen naquel momento a medición exacta do límite máximo e, por outra, a necesidade de que os elementos de referencia —parece que os medios directos de coñecemento se presumen sumamente escasos— resulten comprobados, o que en definitiva residenciará en grande parte dos casos a fixación do límite na proba testifical, non só directa senón de referencia, o criterio da cal, tanto no presente caso coma noutros que se poden suscitar en expedientes administrativos ou procedementos xudiciais, a pesar das garantías de práctica existentes, non se pode considerar, en modo ningún, decisivo. Quizais por iso, a virtualidade que o novo límite da ZMT vaia ter na recuperación do dominio público, vaia ser exigua.

Hai que mencionar, para rematar este apartado que tamén se operou unha modificación no concepto de praia, ampliándoo á formación desta mediante factores alleos á formación do mar, coma o vento mareiro ou outras causas naturais ou artificiais, previsión esta última necesaria, ó precisarse de regulación axeitada para o elemento resultante ás actuacións da Administración encamiñadas á rexeneración de areais ou dunas nas praias, desaparecidos como consecuencia da actividade edificatoria ou a dedicación a usos turísticos inadecuados ou incontrolados. En cambio, idénticos problemas probatorios ós anteriores poden extraerse da ampliación do concepto de

marisma ós terreos que se asolagan pola filtración da auga, sen prexuízo de engadir, neste caso a conclusión á que poden conducir as circunstancias concorrentes no subsolo.

B. OS ENCLAVES PRIVADOS

Tanto as propiedades privadas que en virtude do criterio anterior teñan de pasar a conformalo dominio público tralo deslindamento –Disposición Transitoria Primeira 4– como o recoñecemento de enclaves privados (antes da Lei 22/88) –Disposición Transitoria Primeira 1– suscita algunhas dúbidas das que cómpre un exame.

A orixe do problema reséñao con claridade a Exposición de Motivos de Lei de 1988, ó indicar que *“se produciu ademais con demasiada frecuencia a desnaturalización de porcións do dominio público litoral non só porque se recoñeceu a propiedade particular, senón tamén pola privatización de feito que supuxo o outorgamento de determinadas concesións... co resultado de que certas extensións da beiramar quedaron inxustificadamente substraídas ó disfrute da colectividade.”*

A causa próxima de tal estado de cousas é un fenómeno de corte estrictamente social ligado non só ó uso industrial, senón tamén ó interese turístico da costa, ó que vai directamente conectado un forte desexo urbanizador e edificatorio. Non parece esaxerado afirmar –os exemplos están na mente de todos– que a partir da década dos sesenta se inicia unha febril actividade, sexa por empresas ou particulares, tendente a situar no mercado apartamentos, pisos, chalés, refuxios de fin de semana ou simplemente leiras que permitan a construción dun galpón arredor do cal “disfrutar” das vantaxes da costa. Unha e outra situación han de se relacionar de contado coas posibilidades turísticas daquela, directamente establecidas á súa vez respecto dos factores meteorolóxicos (de aí que, en termos xerais, a degradación sexa menor nas costas do Norte).

Pois ben, tales actividades, unhas veces amparadas en instrumentos xurídicos de cobertura, outras veces clandestinas, debuxaron un panorama contemplado pola Constitución no seu artigo 132.2 e pola Lei de Costas de 1988. O seu artigo 9.1 dispón que *“non poderán existir terreos de propiedade distinta da demanial do Estado en ningunha das pertenzas do dominio público marítimo-terrestre, nin aínda no suposto de terreos gañados ó mar ou desecados na súa beira”*, precepto que se ha relacionar co artigo 8 en canto dispón a carencia de valor obstativo fronte ó dominio público das detencións privadas, por prolongadas que sexan e aínda que aparezan amparadas polos asentos do Rexistro da Propiedade. Debe recordarse, verbo destes preceptos, que a STC 149/91 entendeu que, en canto simples disposicións xerais e abstractas non eran contrarias á Constitución, ó non negaren propiamente a existencia de dereitos adquiridos e deferir ó réxime das Disposicións Transitorias a sorte das detencións amparadas por título lexítimo.

Os precedentes legislativos –singularmente a Lei de Portos de 1928 (artigos 1, 7, 8, 9, 11, 48 e 54)– potenciaron que a Xurisprudencia do Tribunal Supremo participase tanto da tendencia privativista como da garante da demanialización. Así as sentencias do 20/11/59 ou 18/6/65 recoñeceron, deixando a salvo certas servidumes, a extensión da propiedade privada ata o mar, sendo de signo contrario outras da mesma época (por exemplo a do 2 de Xaneiro de 1960) que mantiñan fronte á documentación dos particulares as determinacións da Lei de Portos sobre o carácter de dominio público da zona marítimo-terrestre. Na nosa Comunidade Autónoma, é paradigmática a Sentencia do 2 de Febreiro de 1974, relativa á praia de Santa Cristina (Oleiros), o pronunciamiento foi a favor do dereito dos particulares con fundamento (artigo 38 da Lei Hipotecaria) na que a presunción posesoria derivada da inscrición no Rexistro da Propiedade impide a reivindicación administrativa. Pola contra, a sentenza do 23 de Abril de 1976 pronúnciase a prol da Administración ó sinalar que a presunción do artigo 38 da Lei Hipotecaria é “iuris tantum” e polo tanto destruíble cando se probe a existencia dunha realidade extra ó Rexistro da Propiedade, contraria. En definitiva, se algunha conclusión de carácter xeral se pode extraer sería a favorable resolución ó particular (agás no caso da praia de Santa Cristina) no caso de que a súa adquisición traia causa de data anterior á promulgación da Lei de Portos de 1880.

A entrada en vigor da Constitución de 1978, en atención ó disposto no seu artigo 132.2 e, na actualidade, o texto de Lei 22/88, deixan a polémica definitivamente resolta; pero xeran outra ó ser preciso prover ó novo réxime das situacións antes de dominio privado que, consonte o novo réxime normativo resultasen, indiscutiblemente, de dominio público.

Como antes sinalaba, o Tribunal Constitucional, na análise dos artigos da Lei de Costas que afrontan o problema, despraza a súa solución ó réxime das Disposicións Transitorias. O seu exame permite conecta-lo problema dos enclaves privados sobre terreos que antes da Lei eran xa de dominio público cos que, sendo de propiedade privada anteriormente, mercé ós mecanismos da Lei, algún dos cales examinamos anteriormente, resultan agora de dominio público.

Temos, pois, dúas clases de terreos que, sendo propiedade privada, por imperativo do réxime normativo descrito, van transformarse en propiedade pública: dunha banda, aqueles que, a xeito de enclave, recoñeceráanse como tal por sentenza xudicial ou contaban con título lexítimo verbo diso; doutra, aqueles terreos que, pola nova extensión que se outorga ó dominio público marítimo haberán de se transformar nesta categoría, desapoderando consecuentemente ós actuais titulares.

Esta transformación suscita algunhas cuestións comuns ós casos de anterior recoñecemento de titularidade privada recoñecida por sentenza xudicial firme e terreos privados recoñecidos coma públicos tralo deslindamento. A primeira, máis importante e que máis polémica xerou, é a relativa á indemnización que, no seu caso, sexa procedente. A STC 149/91 deixou claro que non se trata propiamente dun proceso confiscatorio, senón que nos termos da Disposición Transitoria primeira da Lei, tal transformación consiste nun xenuíno procedemento expropiatorio no que o prezo xusto ven constituído pola posibilidade de obte-lo réxime concesional por un período máximo de sesenta anos, sen contrapartida de canon ningún.

A transformación do dereito de propiedade en dereito de uso e aproveitamento non a outorgou a Lei propiamente "ex lege", senón mediante un acto administrativo interposto, xerado a partir da solicitude do interesado no prazo dun ano dende a entrada en vigor da Lei. Esta non indicaba os efectos dimanantes da non solicitude, parecendo deducirse do texto literal da Disposición Transitoria estudada que, no caso de non se efectuar aquela, o interesado perdería non só o dereito de propiedade, senón incluso o dereito ó uso e aproveitamento no xeito previsto. Sen embargo, un factor de confusión engádesse polo Regulamento; a Disposición Transitoria primeira deste, in fine, indica que transcorrido o prazo de referencia sen que se solicitase a concesión, a mesma outorgarase de oficio polo Ministerio de Obras Públicas e Urbanismo (actualmente MOPT), salvo renuncia expresa do interesado.

Ó meu xuízo, con tal formulación conséguese xustamente a inversión do que se podería deducir do texto da Lei xa que, se o único efecto previsto nesta é o outorgamento da concesión, pero éste, salvo renuncia do interesado, ha concederse de oficio pola Administración, certamente parece que o particular afectado ningunha conducta debe de seguir, producíndose os efectos da Lei mailo Regulamento exclusivamente, mercé á súa pasividade.

A cuestión, que podería non ter importancia práctica, adquirea dende o momento en que o Tribunal Constitucional ó examina-la constitucionalidade da Disposición Transitoria Primeira (fundamento xurídico octavo, apartado B da sentenza 149/91) logo de se facer eco da fluctuante Xurisprudencia da Sala Primeira do Tribunal Supremo ó que se fixo referencia, copia de igual disputa doutrinal, entendeu en relación co apartado primeiro da Disposición Transitoria Primeira que se trata dunha *moi singular forma de expropiación*, na que, sen embargo, non cabe falar de inexistencia de indemnización, xa que o que a Lei configurou inicialmente como dereito de opción, o Regulamento completou posteriormente como unha decisión expropiatoria na que a Lei fixa o "cuantum" indemnizatorio, situando desta forma a constitucionalidade do sistema, exclusivamente no aspecto de suficiencia da indemnización, o "proporcional equilibrio" da cal viría dado

en termos da STC 166/1986 pola relación entre a natureza da titularidade antes ostentada e o dereito de ocupación e aproveitamento durante sesenta anos, sen obriga de aboar canon ningún. Así cerrada a cuestión, por discutible que poidese resultar, ningún problema xeraría dende a práctica xudicial; pero o feito de que con invocación da tutela xudicial efectiva se aluda á posibilidade de impugnación do título de conversión que, polos afectados, se poderá efectuar perante a xurisdicción competente, co obxecto de deducir as cuestións que se estimen pertinentes verbo do mesmo, suscita, ó meu criterio, o alcance da resolución xudicial ó respecto.

Non é cuestionable que os Tribunais chamados a se pronunciar sobre tal cuestión, haberán de se-los da Orde Contencioso-Administrativo. De aí que, cando por razón do artigo 1 da Lei Xurisdiccional aceptamos que a xurisdicción contencioso-administrativa “coñecerá das pretensións que se deduzan en relación cos actos da Administración pública suxeitos ó Dereito Administrativo”, xurda a dúbida do límite obxectivo das pretensións particulares e do ámbito decisional da Administración e Tribunais da Xurisdicción porque, en principio, parece obvio que o acto eventualmente recorrible é, ou ben o que procede á transformación ou conversión do título, ou ben o que o denega en razón ó descoñecemento de anteriores dereitos dos particulares sobre os agora bens do demanio marítimo. E, se neste segundo caso é evidente que ningunha indemnización procedería cuestionar cando se descoñece a propia razón da conversión, no primeiro a conformidade a Dereito do acto prodúcese en canto se observe estrictamente o mandato legal a prol da conversión; e dicir, recoñecemento dos dereitos concesionais durante trinta anos prorrogables a outros trinta e exclusión de aboar canon ningún, polo que un eventual proceso contencioso-administrativo verbo diso non podería (ou non debería) recoñecer indemnización ou dereitos complementario ningún.

En realidade, tal posibilidade, rexeitada segundo debe de recoñecerse da STC 149/91, a responsabilidade dimanante do Estado-lexislador, habería de se reconducir ó réxime de responsabilidade patrimonial da Administración derivado do artigo 106.2 da Constitución en relación cos artigos 121 a 123 da Lei de Expropiación Forzosa, 135 a 138 do seu Regulamento e 40 e 41 da Lei de Réxime Xurídico da Administración do Estado, con fundamento nun funcionamento normal dos servizos públicos; pero iso é procedemento completamente fóra do estrictamente expropiatorio, no que o prezo xusto ha comprende-lo total das partidas indemnizatorias correspondentes ó afectado. Hai outra posibilidade e quizais teña cabida dentro da sentenza mencionada, que consiste en entender, en cada caso concreto, que se produciu unha relevante privación das facultades próximas ó dereito de propiedade, cunha insuficiente contrapartida promovendo así cuestións de inconstitucionalidade.

C. PARTICULARIDADES DO DESLINDAMENTO ADMINISTRATIVO

A delimitación do dominio público marítimo aparece directamente conectada co deslindamento administrativo.

Convén lembrar, sen embargo, que na súa orixe o deslindamento é unha institución que procede do dereito privado e dimana dos artigos 384 do C.C. e 2.061 da Lei de Axuizamento Civil, preceptos conforme ós que todo propietario ten dereito a delimitar as súas propiedades, fixando os seus límites e procedendo seguidamente a facelos patentes mediante fitos ou marcos. Trátase dun procedemento que, segundo exista ou non oposición pertence ó ámbito da xurisdicción civil, voluntaria ou contenciosa, segundo os casos.

Unha inflexión do réxime descrito constitúea o deslindamento administrativo mercé ó cal – así dedúcese dos artigos 13 a 17 da Lei do Patrimonio do Estado e do 57 a 70 do Regulamento de Bens das Entidades Locais– tal institución convértese nunha potestade administrativa máis, o exercicio da cal permite á Administración, completamente fóra da intervención xudicial, deslin-

da-los que coide inmoables da súa propiedade, se ben co simple obxecto de concreta-lo seu estado posesorio, situándose no exercicio da acción reivindicatoria a definitiva decisión sobre o dominio.

Agora ben, tal esquemático deseño non responde ó procedente na totalidade dos casos, nos que o seu exercicio se realice pola Administración e así, entre as regulacións específicas ó respecto debe de mencionarse, polo que neste momento interesa, o correspondente á delimitación da ZMT, procedemento no que a lexislación de costas de 1988 presenta unha importante novidade, non tanto no seu trámite que produce o xeral ou ordinario (iniciación de oficio ou por instancia dos interesados, suspensión de outorgamento de concesións ou autorizacións, audiencia de interesados, CC.AA. e Concellos) coma nos efectos da resolución final.

En efecto, a Lei 22/88, alonxándose en tal extremo da simple constatación posesoria, facilita o que por este medio se efectúe unha auténtica definición da propiedade pública dos bens deslindados, e así o seu artigo 13.1 dispón que *"o deslindamento aprobado, ó constata-la existencia das características físicas relacionadas nos artigos 3, 4 e 5 declara a posesión e a titularidade dominical a prol do Estado, dando lugar ó amolloamento e sin que as inscricións no Rexistro da Propiedade poidan prevalecer fronte á natureza demanial dos bens deslindados"*. E, como queira que *"a resolución da aprobación do deslindamento será título abondo para rectificar, no xeito e condicións que se determinen regulamentariamente, as situacións xurídicas contradictorias co deslindamento"* (parágrafo 2) resulta claro que por esta vía indirecta a Administración ven revestida dun poder semellante ó xurisdiccional e as súas decisións haberán de ter forza similar á das sentencias, na medida na que se establece unha excepción ó artigo 1 da Lei Hipotecaria canto á salvagarda por Xuíces e Tribunais dos asentos do Rexistro, sequera non falten autores que descarten tal situación de excepcionalidade no entendemento de que a contradicción coa inscrición no Rexistro da Propiedade non se sitúa fóra do ámbito xurisdiccional na medida que se ha resolver nos termos do artigo 40 da Lei Hipotecaria ó se tratar técnicamente dun suposto de inexactitude do Rexistro da Propiedade.

Arredor do sistema de deslindamento configurado pola Lei de Costas sitúase en primeiro termo a cuestión relativa á xurisdicción competente para o coñecemento dos efectos dimanantes daquel. En canto resolución da Administración parece (artigo 1 da Lei Xurisdiccional) que habería que se entender sometida ós Tribunais contencioso-administrativos; pero a delimitación negativa da xurisdicción que aparece no artigo 2.a) da Lei inclina a que a disputa sobre o dominio público ou privado deba de ventilarse perante os Xulgados e Tribunais Cívís, ben investindo o exercicio da acción (a postura do demandante corresponderá ó particular afectado) e baixo un prazo de prescrición (artigo 14 da Lei de Costas) de cinco anos, notoriamente inferior ó de quince anos consignado no artigo 1963 do C.C.. Pola contra os aspectos formais do deslindamento (intervención dos interesados, audiencia de Administracións) poderán dar lugar á impugnación en vía contenciosa-administrativa, logo do recurso de reposición do acto que poña fin ó procedemento de deslindamento.

En definitiva trátase –sempre ó meu xuízo– dun sistema similar ó que xa lucía no artigo 10.9 da Lei 55/80 do 11 de novembro de Montes Veciñais en Man Común, que atribuíu as cuestións relativas ó dominio e demais dereitos reais sobre estes montes á Xurisdicción Ordinaria, logo de indicar no seu apartado 8 a posibilidade do recurso perante a xurisdicción contencioso-administrativa das resolucións do Xurado (artigo 12 da Lei autonómica 13/1989 do 10 de outubro). Por certo que a Lei estatal mencionada xa apuntaba no seu artigo 12 a prevalencia da clasificación sobre as circunstancias do rexistro do monte sequera, a diferenza da Lei 22/88, déixase a salvo o que a inscrición se practicase por sentenza xudicial, o que non se encontra presente no novo réxime da lexislación de costas.

Polo demais, un conflito interesante pode presentarse precisamente nos casos nos que o deslindamento afecte a terreos previamente clasificados como veciñais en man común, suposto per-

fectamente posible na nosa Comunidade Autónoma. Neste caso, a situación non se pode reconducir á equivalencia de resolucións precedentes de órganos da Administración a resolver mediante a aplicación do principio de Lei posterior, senón que haberá de se outorgar prevalencia –partindo de que a veciñal en man común, aínda que privilexiada, non deixa de ser unha propiedade privada– o réxime que para os bens do dominio público procede do artigo 132.2 da Constitución e concretase na Lei 22/88.

Resta sinalar, para rematar coa alusión ós efectos do deslindamento, que a compatibilidade entre impugnación perante a xurisdicción contenciosa e civil é aspecto que, aínda que non contemplado pola Lei, resulta expresamente aludido na STC 149/91, o fundamento xurídico segundo da cal, apartado D) remite igualmente ó exame das Disposicións Transitorias o problema da expropiación sen indemnización resultante do deslindamento practicado nos termos da Lei.

D. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR, EN XERAL

O exercicio da potestade sancionadora por parte da Administración foi expresamente considerado constitucional pola sentenza mencionada. Ningún problema de interpretación xurde dos termos da Lei, se ben, e a resultas dos pronunciamentos do T.C. no ámbito da distribución de competencias, poida presentarse agora a dúbida do trámite que corresponderá ós expedientes sancionadores en curso que iniciados pola Administración do Estado, e non limitados exclusivamente a garantiza-la integridade do demanio marítimo e das servidumes que procuren o seu libre uso, resultan agora excluídos da súa competencia. Aínda que podería estimarse que a incoación e instrución dos expedientes sancionadores por órgano agora incompetente, podería proseguirse sen solución de continuidade pola Administración autonómica, entendendo que tal medida é inviable ó afectar á relación subxectiva entre o instructor mailo afectado polo expediente, entre Administración e interesado, en definitiva polo que, concorrendo a causa de nulidade de pleno dereito prevista no artigo 47.1, a) da Lei de Procedemento Administrativo, deberán de se reiniciar aqueles, sen prexuízo dos efectos da prescrición e participando de que en todo caso, a teor do artigo 92 da Lei a acción de reparación do dano é imprescriptible. Por suposto, os problemas reseñados non se van presentar nos procedementos administrativos, de calquera natureza, xa rematados.

E. A ARTICULACIÓN DE COMPETENCIAS URBANÍSTICAS E A SÚA EFECTIVIDADE

A redistribución de competencias que se deriva das SSTC do 4 de Xullo e 17 de outubro, verbo dalgúns aspectos da Lei e a súa interconexión con outras institucións do Ordenamento Xurídico-Administrativo, suscita tamén aspectos de interese que, sumariamente porque haberán ser obxecto de estudo máis polo miúdo noutros relatorios, resumo:

1.- *A excepción á prohibición de usos* que o artigo 25.3 da Lei establece, permitindo en zona de servidume de protección as actividades que impliquen a destrucción de depósitos de áridos e o tendido aéreo de liñas eléctricas de alta tensión, así como edificacións destinadas a residencia ou habitación e instalacións industriais que puidesen ter outra situación, mediante autorización do Consello de Ministros exclusivamente en atención as razóns de utilidade pública debidamente acreditadas, suscita a dúbida da interdependencia da actuación estatal coa modificación do planeamento preexistente, xerando así unha inflexión de segundo grao, esta vez á autonomía municipal que se deberá de compatibilizar coa decisión estatal e, ó tempo, comprobar que a execución desta se acomoda ó novo planeamento. Así, fóra da dilación que na esfera temporal se poida producir, xurde novamente a polémica sobre as competencias municipais no proceso, pois, se foi cuestionada a necesidade de licencia nas actuacións excepcionais da Administración estatal,

máis debe de selo a actuación municipal na esfera de disciplina urbanística, ó comproba-lo xeito de execución das autorizacións de referencia.

O sistema ven sendo unha reiteración do que figura no artigo 180 TRLS –sequera se suprima a modificación ou revisión do planeamento a instancia do Consello de Ministros para substituíla por unha aparente obriga por ministerio da Lei– motivo polo cal, con independencia das facultades suspensivas alí reflectidas, a execución das actuacións estatais fóra do novo planeamento posibilitará a suspensión municipal.

2.- O tratamento recibido nas SSTC da facultade de *emisión por parte da Administración do Estado, de informes preceptivos e vinculantes* na aprobación, modificación ou revisión de Planos ou normas de ordenación territorial ou urbanística, en canto ó cumprimento das determinacións da Lei e normas que se dicten para o seu desenvolvemento e execución (artigo 112.a, da Lei) permite constatar, en todo caso o carácter preceptivo de tales informes o que, habida conta do carácter facultativo que, con carácter xeral, se predica de tal trámite do procedemento administrativo (artigo 85.2 LPA) non convén axeitadamente á súa necesidade naqueles casos nos que as normas de ordenación afecten ás normas de protección do medio ambiente costeiro, xa que se, en definitiva, á Administración do Estado se lle faculta exclusivamente para a súa impugnación xurisdiccional, esta podería facerse igualmente de non existir ou mediar tales informes.

Polo demais, o carácter vinculante do informe se investiga na práctica de xeito unilateral na Administración que haberá de decidir sobre a concorrencia de circunstancias que afecten ó demanio marítimo, a súa utilización ou outras competencias sectoriais (ás que a Lei non aludía), o que pode situar á Administración competente para a aprobación dos instrumentos de ordenación en situación de absoluta subordinación á estatal, ó ser en principio inviable a impugnación aillada do informe, en atención á súa natureza.

F. EXECUCIÓN FORZOSA

Outro factor de confusión resulta dos termos do artigo 107.3 da Lei (artigo 199 do Regulamento) conforme ó cal: *“os órganos sancionadores poderán impoñer multas coercitivas cando transcorran os prazos sinalados no requirimento correspondente, e conforme ó previsto na Lei de Procedemento Administrativo”*.

Tal práctica, sen embargo, nos casos nos que foi empregada pola Administración competente ó abeiro da normativa anterior, foi desautorizada por diversas sentencias do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (por todas, pode nomearse a do 9 de novembro de 1989). Nas resolucións naquelas recorridas establecíase a prevención de que, transcorrido o prazo concedido ó afectado polo expediente, loxicamente sen observa-la conducta imposta pola Administración, se lle impoñerían multas coercitivas ata a total execución do acordo administrativo, formulación estimada incorrecta polo Tribunal, entendendo que de conformidade coa LPA (artigos 104 e seguintes), en actos como os que se pretende executar deste xeito (non personalísimos), a execución subsidiaria (artigo 106) é medio de execución forzosa preferente á multa coercitiva.

A remisión que os preceptos reseñados efectúan agora á LPA suscita o problema de establecer se a mesma faise exclusivamente ó artigo 107, que regula as multas coercitivas en concreto, ou ben ó teor xeral desta Lei en materia de execución forzosa, ó esixir dunha parte o transcurso dos prazos concedidos, e doutra a observancia do disposto na Lei de Procedemento, interpretación ésta que estimo máis axeitada xa que resulta compatible co sistema xeral de execución forzosa. En calquera caso, mal se compadece a primeira posibilidade coa indicación no parágrafo cuarto do artigo 107 da Lei relativa a que *“asimesmo se poderá proceder á execución subsidiaria por conta do infractor e pola súa costa”*, ubicación sistemática esta que, no mellor dos casos, promove a dúbida sobre se se concede á Administración un dereito de elección entrámbolos medios ou, por contra, a execución subsidiaria encóntrase sometida á preferencia da multa coercitiva.

G. SOBRE O PAGAMENTO DE CÁNONES OU TAXAS

Un eventual abono de dereitos polo mesmo concepto xurde pola aplicación do artigo 84.1 da lei 22/88, conforme ó cal *"toda ocupación ou aproveitamento do dominio público ou marítimo terrestre estatal en virtude dunha concesión ou autorización, calquera que for a Administración outorgante, percibirá o correspondente canon a prol da Administración do Estado, sen prexuízo dos que sexan esixibles por aquela"*.

Interesa salientar, en primeiro lugar, que a Lei de Costas non recolle a alusión á percepción de prezos públicos por este concepto, ó ser anterior á Lei 39/88, do 28 de Decembro, reguladora das Facendas Locais, o artigo 2.1.e, da cal introduce este concepto na nosa lexislación para concretalo definitivamente os artigos 24 ó 37 da Lei 8/1989, do 13 de Abril, de Taxas e Prezos Públicos, xa que segundo o artigo 24a, desta e polo que aquí interesa, as contraprestacións pecuniarias que se satisfagan pola utilización privativa ou aproveitamento especial do dominio público terán a consideración de prezos públicos. Ben é certo que a referencia á taxa non suporía no presente caso maior controversia que a derivada das consecuencias da súa diferente natureza e, por conseguinte, posibilidades de percepción coactiva; pero a súa particularidade máis acusada, e que máis interese pode espertar, é a posible compatibilidade con outras taxas, máis propiamente prezos públicos, a percibir polos Concellos, por idéntico emprego privativo ou aproveitamento especial do dominio público do concello. Trátase dun suposto no que a mesma actividade produce unha duplicidade de pagamento pola que se parece inclina-lo artigo 84.1 da Lei e a prol da cal se pronunciou o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia en Sentencia do 11 de Outubro do presente ano.

H. VERBO DA IMPUGNACIÓN DE ACTOS E ACORDOS

O artigo 119 da Lei, tras declarar contrarios ó interese xeral os actos e acordos que infrinxan a Lei de Costas ou as normas aprobadas conforme á mesma, establece a posibilidade da súa *impugnación directa* pola Administración do Estado, autonómica ou local, con petición expresa de suspensión, engadindo a continuación que o Tribunal se pronunciará sobre a suspensión no primeiro trámite seguinte ó pedimento da mesma.

Establécese así un suposto no que se produce unha derogación singular das disposicións que atinxen ós previos recursos administrativos.

Sen embargo, tal celeridade procedemental, polo demais, incluso superior ó trámite da Lei de Protección Xurisdiccional dos Dereitos Fundamentais da Persoa (Lei 62/78), tende a situar os seus efectos inmediatos no rápido pronunciamento do Tribunal sobre a suspensión solicitada, para o que nin poderá contar co informe da Administración demandada, a súa representación procesual ou Ministerio Fiscal (na Lei 62/78) nin, menos aínda, co expediente administrativo. Tal vez non sexa o simple relato factico da Administración demandante o mellor garante do acerto da decisión xurisdiccional, todo iso fóra de que, nos termos literais da Lei, practicamente procederá decidir sobre a suspensión ó tempo que se ten por interposto o recurso.

III. INFLUENCIA DA LEI DE COSTAS NOUTROS SECTORES DO ORDENAMENTO XURÍDICO.

Aludidos nos apartados precedentes aqueles elementos que potencialmente se revelan complexos na praxe xudicial, non coído que se deba de rematar esta exposición sen, cando menos, facer unha referencia a un aspecto que non afecta a particular ningún da Lei de Costas, senón que se deriva da propia existencia a aplicación desta: a súa influencia noutros sectores do Ordenamento e nas situacións xurídicas dos particulares, os dereitos dos cales, e moi concretamente o de propiedade, vense moi afectados por aquela.

Como é coñecido, son moitas as leis que establecen límites ó dereito de propiedade, sendo viable, no que se refire ós terreos contiguos ou próximos coa beiramar, a concorrencia de varias delas. Así, fóra das limitacións que da propia Lei de Costas se poidan seguir, ha facerse referencia ás seguintes:

- Os artigos 20 e seguintes da Lei 25/1988, do 29 de Xullo, de Estradas, que distingue nas estradas entre zonas de dominio público (art.21); servidume (art.22) e afectación (art.23).

- O artigo 168 da Lei 16/1987, de 30 de Xullo, de Ordenación dos Transportes Terrestres, que declara aplicables ós ferrocarrís as normas e disposicións relativas ó uso das estradas, tendo en conta que o artigo 170 somete a autorización da empresa titular da liña ou, no seu caso, da Administración, as construcións ou edificacións nas zonas de servidume ou afectación.

- As derivadas da Lexislación sobre o solo (texto refundido de 1976, Regulamentos de execución e Lei 8/90), así como as que sexan consecuencia da aprobación do planeamento urbanístico municipal.

Todas elas configuran, en definitiva, unha sorte de limitacións que, cando concorren, independentemente ou en conxunto coas dimanantes da Lei de Costas, inducen á reflexión sobre o tratamento que o Dereito debería de prover no sucesivo a prol do particular afectado.

E é que, propiamente, sequera non se poida falar dunha expropiación sen o correspondente prezo xusto, o que resulta innegable é que a totalidade dos réximes legais expostos conducen a un desapoderamento das facultades dominicais do propietario que, se ben non en modo directo ou tan só a través dalgún dos xa examinados anteriormente en relación á Lei de Costas, se projectan no futuro exercicio daquelas.

Sen embargo, non resulta tal situación contemplada por outros mecanismos previstos no Ordenamento Xurídico para afectar ó beneficio colectivo as plusvalías resultantes da propiedade privada. En efecto, é patente que as limitacións no dereito de propiedade acrecéntanse a medida que aumenta o hipotético beneficio do seu titular por factores alleos ó seu exclusivo esforzo e que teñen máis que ver co réxime de sacrificio ou solidariedade colectiva e a intervención dos entes públicos.

A limitación máis xenuína resulta, en termos xerais, do planeamento urbanístico. Así se deduce do artigo 76 do Texto Refundido da Lei do Solo de 1976, ó prescribi-lo exercicio das facultades do dereito de propiedade dentro dos límites e co cumprimento dos deberes establecidos na Lei e nos planos de ordenación, de acordo coa clasificación urbanística dos predios; pero hai que facer notar que, aínda dentro de tal réxime, o propio sistema confía a redistribución da situación (artigo 87) a un mecanismo como é a equidistribución de beneficios e cargas do planeamento.

Non existen grandes problemas para traslada-la totalidade do esquema exposto ós predios lindeiros coa zona marítimo-terrestre, praias e demais elementos do dominio público marítimo. Como é sabido, os seus titulares encóntranse sometidos a un forte réxime de limitacións prescrito nos artigos 20 e seguintes da Lei, réxime que non é excluín-te doutros potencialmente aplicables, senón complementario con calquera ou todos eles. Dende logo, en xeral, éo coas posibilidades urbanísticas da leira de acordo coa lexislación sobre o solo e, en grande parte dos casos, coas limitacións derivadas da normativa de estradas ou o réxime de ferrocarrís.

A situación descrita suscita o problema dos mecanismos de compensación articulados polo Ordenamento Xurídico.

Hai que mencionar neste punto que, con carácter xeral, non se pode falar de mecanismo compensatorio ningún para os propietarios afectados polas servidumes ou, máis propiamente, limitacións do réxime de costas. Ademais, é xusto recoñecer que os propietarios en tal situación teñen o seu dereito de propiedade configurado non só dende un punto de vista negativo (fundamentalmente, esixencias de parcela mínima, limitacións da Lei de Costas) senón tamén dende unha

perspectiva positiva que pode conducir a unha situación verdadeiramente gravosa para eles: a esfera tributaria.

En efecto, prescindindo de tributos de carácter persoal, o problema se pode examinar non só dende a perspectiva impositiva, senón tamén dende a correspondente a un tributo sumamente común en Concellos que, como os da nosa Comunidade Autónoma, mercé ó grao de dispersión dos núcleos de poboación, deben de afrontar segmentariamente a realización das obras tendentes a dotar-las parcelas de servizos urbanísticos mínimos. Tales tributos son as contribucións especiais.

O problema xa se suscitou nalgũa ocasión perante o noso Tribunal Superior e, é de recoñecer, con solución pouco favorable ó recorrente. Hai que citar, neste punto, a Sentencia do 24 de Setembro de 1991 (recurso 890/89, referido a contribucións especiais por obras da rede de sumidoiros) da que, entre outros puntos, os demandantes postulaban a inexistencia de "beneficio especial" (elemento esencial para a procedencia das contribucións especiais) con fundamento en que a situación das leiras dentro da zona de servidume de protección establecida pola lexislación de costas impedía a realización de toda edificación ou construción, polo que ningún beneficio podería derivar das obras determinantes das contribucións especiais.

O Tribunal que, como se dixo, non atendeu á petición de referencia, remitiuse para iso a sinalar que o artigo 25 da vixente Lei de Costas non prohibe na servidume de protección toda edificación ou construción, senón estritamente as destinadas a residencia ou habitación, o que se debe de complementar cos usos autorizados (parágrafo segundo) e a prohibición de vertidos de augas residuais sen depuración (apartado e. do parágrafo 1), aspectos todos eles que, a xuízo da Sala sentenciadora, impedían a pretendida exclusión de beneficio especial contida na demanda, conclusión reforzada mediante o exame do Regulamento para a execución da Lei aprobado por Real Decreto 1471/89, do 1 de Decembro; o artigo 45.2 deste exclúe da prohibición a instalación de acampamentos autorizados con instalacións desmontables, ós que non é allea nin por suposto inconveniente a existencia da rede de sumidoiros.

Evidentemente, a exposta non cerra o cúmulo de circunstancias concorrentes xa que, en relación cos terreos examinados, é perfectamente viable a remuneración doutros tributos, como o Imposto sobre Bens Inmóbeis ou o Imposto sobre o Incremento do Valor dos Terreos.

O feito imponible do primeiro deles (artigo 61 LRHL) está constituído polo que neste momento interesa, non só pola propiedade dos bens inmóbeis de natureza rústica ou urbana sitos no respectivo concello, senón tamén pola titularidade dunha concesión administrativa sobre estes bens. Quedan así comprendidos tantos os bens incluídos na servidume de protección como aqueles que, sendo privados, deban agora de se transformar ó réxime concesional. Sen embargo, ningunha exención subxectiva, nin o que sería máis propio, obxectiva (en atención a circunstancias económicas ou sociais alleas á condición de suxeito pasivo) se recolle en relación cos terreos afectados polas limitacións derivadas da Lei de Costas, o que resulta incluso agravado se se ten en conta que como bonificación se recolle o suposto dos inmóbeis que constitúan obxecto da actividade de empresas de urbanización e non figuren entre os bens do seu inmovilizado.

Polo que se refire ó segundo Imposto mencionado, parece claro que a posibilidade apuntada podería derivarse da inexistencia de incremento de valor entre o período inicial e o final; pero é de constatar, neste punto, que para o cálculo da base imponible non é determinante propiamente o valor corrente en venda dos terreos, senón as determinacións dos índices unitarios de valores, que reflecten estes (agás, claro está, proba en contra deducida no procedemento correspondente).

Ningunha vantaxe tributaria se deduce tampouco neste punto, como non sexa as que se poden derivar en relación coa diminución do valor final; pero en tal caso o que a norma contempla son as condicións físicas do terreo, non as condicións xurídicas.

Sen embargo, no noso Ordenamento tributario non se pode considerar orixinal a formulación referida ás vantaxes nesta esfera para titulares de propiedades fortemente limitadas. Fóra das

previstas na regulación específica de cada tributo, son de mencionar, certo que como medidas de fomento, as previstas nos artigos 69 e seguintes da Lei 16/1985, do 25 de Xuño, do Patrimonio Histórico Español. Así se pode facer alusión á exención que dispoñen con relación ó pagamento da antiga Contribución Territorial Urbana e que, na actualidade, se continúa verbo do Imposto sobre Bens Inmóveis e, incluso, á exención dos restantes Impostos municipais, sequera precise previsión ó respecto nas Ordenanzas municipais.

Resulta previsible que tal excepción ó réxime xeral do artigo 31 da Constitución non teña outra xustificación que o cumprimento dos deberes (de conservación) e limitacións legais dos bens integrantes do Patrimonio Histórico, xustificación que parece igualmente remisible ás limitacións derivadas doutros instrumentos normativos e, máis concretamente, ó de costas.

De aí, trasladando o anterior ó tema que hoxe nos ocupa, quizais non fose inaxeitado ás formulacións de xustiza material e equidade dun Ordenamento xurídico que os propietarios afectados, como compensación ó réxime de limitacións derivado da Lei de Costas, obtivesen cando menos correspondentes vantaxes na orde tributaria xa que, equiparar nesta situación a quen pode rendabilizar ou optimiza-la súa propiedade con quen, non só se verá impedido de tal posibilidade, senón que deberá de mante-las súas propiedades nas condicións axeitadas de seguridade e salubridade, dificilmente se pode estimar compatible cos devanditos principios.

Ben é certo que, na medida en que tales previsións diminúen as expectativas municipais na esixibilidade e cobro dos tributos producirían á súa vez, como complemento das esixencias formais dos artigos 10 e 14 da Lei Xeral Tributaria, a necesidade dunha cobertura legal ó respecto que incluíse a correspondente compensación económica ós Concellos, pero iso é cuestión que, de momento, non pode derivar do marco normativo en vigor.

CRÓNICA

Seminario sobre negociación colectiva e participación na determinación das condicións de traballo dos empregados públicos

Celebrouse os días 30 e 31 de maio de mil novecentos noventa e un na Escola Galega de Administración Pública un curso baixo o título de *Negociación Colectiva e Participación na Determinación das Condicións de Traballo dos Empregados Públicos*, destinado ós representantes das organizacións sindicais de funcionarios ó servizo das Administracións públicas dentro da Comunidade Autónoma Galega, ós responsables das unidades de persoal das consellerías, e ós funcionarios en xeral destas administracións, e coa participación dos catedráticos de Dereito do Traballo D. Jesús Martínez Girón, da Universidade de A Coruña, D. Antonio Vicente Sempere Navarro, da Universidade de Murcia, D. Alfredo Montoya Melgar, da Universidade Complutense de Madrid, D. Gonzalo Diéguez Cuervo, da Universidade de Santiago e D. Manuel Alonso Olea, Catedrático Emérito da Universidade Complutense de Madrid.

A primeira intervención do curso correspondeu ó **Prof. Martínez Girón**; o seu tema de exposición foi *A xénese da Lei 7/1990, do 19 de xullo*. Esta Lei naceu como resultado dun proceso iniciado en xullo de 1976, e no que se sucederon tres períodos, un que comprende de xullo do 76 á Lei 30/1984 de Reforma da Función Pública, o segundo desta Lei á Lei 9/1987 de Organos de Representación, e o último de 1987 á promulgación da Lei 7/1990.

No período inicial xestáronse os axentes negociadores, neste caso os sindicatos de funcionarios, e, noutra orde de cousas, considerouse a posibilidade de exercer medidas de forza. O primeiro fito a ter en conta constitúe un R.D. de xullo do 76, que regulaba as *asociacións profesionais de funcionarios*, cunha normativa moi cativa que esixía autorización administrativa para que se constituíse unha asociación, que ademais só sería competente para actuar nun ministerio ou nun corpo ou escala. Mais ó ano seguinte, en 1977, outro Decreto regula xa de xeito máis aceptable a liberdade sindical dos funcionarios, pois suprime o requisito da autorización administrativa, e reconece as liberdades de federación e confederación das asociacións funcionariais, recoñecemento que, nalgunha medida, adianta o contido do art. 28.1 da Constitución, referido ó dereito de sindicación de traballadores e empregados públicos. En canto á posibilidade de recorrer ás medidas de forza, na que usualmente se apoia todo sistema de negociación colectiva, a Constitución era ambigua respecto dos funcionarios, e, ademais, a folga de funcionarios considerábase incluída no tipo do delito de sedición do art. 221 do Código Penal. Pero unha decisiva sentenza do Tribunal Constitucional, a STCo 12 abril 1981, declarou que era necesario

o dolo específico de atentar contra a seguridade do Estado para que houbera sedición. Isto animou ós funcionarios a se pór en folga, contra o que reaccionou a Administración descontando os haberes. Nembargantes, unha reiterada xurisprudencia da Sala 5ª do Tribunal Supremo declarou a ilexitimidade deste desconto, pois non había norma habilitante que o lexitimase. Para rematar con esta primeira etapa, nela celebráronse dous *Acordos Colectivos* entre a Administración e U.X.T, CC.OO. e C.S.I.G., un do 1 marzo 1982 e outro do 2 febreiro 1983, a lexitimación dos cales era simplemente fáctica, como reconeceu unha STCo de 27 xullo de 1982, dicindo que a negociación colectiva de funcionarios carecía de cobertura constitucional e legal, pois o art. 37.1 da Constitución fala de negociación colectiva *laboral*. Así, neste intre, a negociación de funcionarios só ten carácter fáctico.

A xeral falta de cobertura xurídica rematou coa promulgación da Lei 30/1984, de 2 agosto, de *Medidas de Reforma para a Función Pública*, coa cal iníciase o segundo período. O art. 3.2 b) dispuso que os sindicatos de funcionarios poden concluír coa Administración convenios colectivos, o cal foi un anticipo da ratificación por parte de España do Convenio 151 da O.I.T., que entrou en vigor en 1985. Este recoñecemento foi paralelo ó da posibilidade de que os funcionarios públicos exerceran o dereito de folga (na disposición adicional 12 da Lei 30/1984, completada con outros preceptos). Xa que foi nesta lei na que se recolleu, o dereito de folga de funcionarios non gozaba de rango constitucional senón legal. A *Lei Orgánica de Liberdade Sindical* de 1985, promulgada en cumprimento do art. 28.1 da Constitución reforzou o tema. Di que “tódolos traballadores teñen dereito a se sindicaren libremente”, incluíndo expresamente dentro do termo “traballadores” ós funcionarios. A pesar deste recoñecemento, o dereito de negociación colectiva de funcionarios non estaba desenvolvido no seu réxime xurídico, baleiro que se fixo máis evidente despois da publicación da L.O.L.S., que permitía que unha lei específica o regulase. Paralelamente, na práctica seguíanse a negociar convenios. Ó fin, e trala superación de certas complicacións parlamentarias, promulgouse a Lei 9/1987, de 12 de xuño, que no seu capítulo 3º (arts. 30 a 40) regula o exercicio do dereito de negociación colectiva polos sindicatos de funcionarios. Formalmente, foi unha lei dictada en execución dunha disposición adicional da L.O.L.S.; materialmente, presenta tres caracteres fundamentais: 1) *sindicalización* da negociación colectiva (pois os sindicatos serán os axentes únicos, quedando excluídos os delegados e as xuntas de persoal), 2) unha distinción entre *pactos*, celebrados con órganos da Administración plenamente competentes e plenamente eficaces, e acordos, os cales necesitaban despois de seren negociados unha autorización expresa dun órgano superior e 3) unha diferenciación entre *negociación* e *consulta*, pois había materias nas que non cabía negociar (as que supuñan un aumento de disponibilidade presupostaria). Por iso, xa que realmente a materia económica é o cerne da negociación, quedaba nesta lei gravemente eivada. Os sindicatos quedaron insatisfeitos ademais por outras razóns, como que quedaba inédito o tema do procedemento negocial, tamén quedaba inédito o deber de negociar de boa fe e limitábase a autonomía colectiva en caso de frustración e fracaso das negociacións, pois nese caso a Administración dictaría unilateralmente as condicións de emprego. Este descontento, xunto con outros acontecementos, como o éxito sindical na folga xeral do 14 decembro 1988 e as eleccións sindicais de outubro de 1989, propiciou que os sindicatos redactaran unha *proposta sindical prioritaria*. No seu Título IV, apartado 15 nº 1º recollíase o dereito de negociación colectiva de funcionarios públicos. Tratábase de que os sindicatos máis representativos e o goberno negociasen un protocolo sobre medidas mínimas para un dereito pleno de negociación colectiva de funcionarios, con prazos, forma e materia obxecto de negociación (incluíndo o tema das retribucións). O feito de que nas últimas eleccións xerais ningún partido alcanzase a maioría absoluta fixo que as relacións Goberno-sindicatos estiveran marcadas por unha grande receptividade daquel respecto destes (o que se veu chamar “*lúa de mel Goberno-sindicatos*”).

Neste eido de estreitas relacións, o 6 de abril de 1990 asínase o *Acordo sobre negociación colectiva da función pública*, que o Goberno se compromete a transformar nun proxecto de lei. Con este fito entramos xa no período inmediatamente anterior á aprobación da Lei 7/1990. No Acordo hai tres aspectos distintivos á Lei 9/1987: a) que se inclúe a materia da *retribución dos funcionarios* como negociable, b) que se impón ó Goberno o deber de negociar de *boa fe*, o que implica, en todo caso, que porá ó dispor dos sindicatos a información necesaria e suficiente, e na medida en que estes a soliciten, e c) que, diante do fracaso das negociacións, non quedará a Administración habilitada para dictar as condicións dos

funcionarios unilateralmente, senón que as partes nomearán de común acordo un *mediador*. Un *Anexo* outorgáballe duración indefinida ó *Acordo*, o mesmo que ó compromiso do Goberno de aumentalos salarios dos funcionarios paralelamente ó crecemento do I.P.C. Foi en execución deste *Acordo* que se presentou ás Cortes para a súa aprobación o proxecto do que se aprobou como *Lei 7/1990 de 7 xuño 1990 sobre negociación colectiva e participación nas condicións do traballo dos empregados públicos*. No seu *Pre-ámbulo* insiste no carácter que ten de lei pactada entre o Goberno e os sindicatos máis representativos.

Correspondeu ó **Prof. Sempere Navarro** a exposición do tema “*os suxeitos da negociación*”, para responder á pregunta de quen pode negociar no eido da función pública. Trátase este dun tema cunha meirande importancia da que parece que ten nun principio, pois, aínda que o fundamental en principio é o que se negocia, detrás do *negotandum* hai alguén coas súas intencións e recursos. Elixindo ós interlocutores decídense implicitamente moitas cousas.

O noso ordenamento xurídico aposta pola *sindicalización*, é dicir, son os sindicatos os únicos lexitimados pola parte dos funcionarios para negociar. Esta máxima exclúe ós suxeitos menos estables e menos institucionalizados, o cal cabe ser explicado por dúas razóns: a) unha inmediata, porque ó consagra-lo dereito á negociación colectiva dos funcionarios aclárase que será a través dos sindicatos, e b) outra mediata, porque a lei que regula o tema ten a súa orixe nun acordo negociado cos propios sindicatos. En definitiva, trátase dun modelo que illa ás representacións unitarias, sexan éstas xuntas de persoal ou delegados.

A relativa novidade da negociación colectiva na función pública fai que moitos dos problemas que se suscitan sexan novos, polo que cáseque todo é opinable, en tanto os Tribunais non vaian delimitando cáles son as marxes de actuación, polo cal tamén a cuestión dos suxeitos negociadores préstase a opinións diversas. Isto é unha dificultade engadida á tarefa das mesas de negociación e ós seus procedementos, e á vez unha habilitación para que fixen as cuestións que nin a lei nin a xurisprudencia teñen aclaradas. Mais a praxe, en canto a actuación dunha mesa sexa estimada laiante da liberdade sindical por un sindicato, fará que xurdan pronunciamentos dos Tribunais.

Ó achegarse á materia da negociación colectiva dos funcionarios, hai que se apoiar na negociación dos traballadores, e iso por razóns coma estas: a) por ter información comparativa para a resolución de problemas, pois o lexislador laboral foi máis prolixo; b) por se procede acudir á analogía, sempre entendendo que funcionarios e traballadores son figuras distintas, pero tendo en conta que neste eido da negociación a diferenza non é tan nidia, especialmente a partir de que a L.O.L.S. comprenda na definición de “traballador” tamén á persoa suxeita por unha relación estatutaria ou funcional; c) porque as normas da negociación colectiva laboral xa se aplican á Administración, que é patrono de moitos traballadores; e d) porque, no fondo, a separación entre persoal funcionario e laboral é, ata certo punto, arbitraria, pois na mesma oficina pode haber dúas persoas co mesmo horario e facendo absolutamente o mesmo traballo, e un pode ser funcionario e outro contratado laboral. E isto porque a Administración, en virtude das súas prerrogativas, o quixo así. Por todo o dito, moitas veces cómpre contrasta-las solucións de ámbolos ámbitos.

A materia dos suxeitos da negociación colectiva dos funcionarios está recollida nos arts. 30 e 31 da *Lei 9/1987, de Organos de Representación* (L.O.R.), modificados pola *Lei 7/1990*. A primeira conclusión que se saca dunha lectura dos mesmos é a separación na elección dos interlocutores respecto do ámbito laboral, no cal pode haber representacións unitarias, como delegados de persoal o comités de empresa, ó contrario que na negociación da Administración Pública, na que o interlocutor dos funcionarios ten que se-lo sindicato. No Dereito Comparado é normal a preferencia dos sindicatos como axentes negociadores. Nesta lei, a preferencia chega ó punto da monopolización, e o lexislador tivo un grande interese en que así fora, aínda que, realmente, xa antes optara por esta representación, pois na *Lei de Reforma da Función Pública* de 1984, no seu art. 3.2 b) dicía que a negociación procedía coa representación *sindical* dos funcionarios públicos. Algunhas leis posteriores a esta, como a *Lei de Réxime Local* de 1985 manifestáronse no mesmo sentido.

O art. 30 L.O.R., no seu parágrafo 1º, remite á L.O.L.S., ó dicir que “*la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos se efectuará mediante la capacidad representativa reconocida a las Organizaciones Sindicales en los artículos 6.3 c), 7.1., y 7.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y lo previsto en este capítulo*”. Desde o punto de vista da Administración que negocia cos funcionarios, a cuestión da súa participación varía segundo se trate de consulta ou ben de negociación, xa que a consulta introduce un trámite procedimental, sendo a súa forza extraxurídica (consulta preceptiva e non vinculante), en tanto que na negociación hai un desprazamento competencial, e o órgano administrativo pasa a compartirla súa responsabilidade coa outra parte negociadora, a non ser que non haxa acordo, caso no que unha parte (o sindicato que representa ós funcionarios) acudirá ós medios de presión e a outra (a Administración), á execución da súa competencia, aínda que ámbalas partes poden, de común acordo, nomear un mediador.

En canto á estrutura da negociación, hai que se preguntar qué tamaño ten a unidade de negociación. Con respecto a iso, o art. 30.2 L.O.R. fala de *Mesas de negociación*. Con esta expresión, a L.O.R. alude a dous aspectos: a) ó tamaño da unidade de negociación, e b) á determinación dos suxeitos que participarán na mesa. Polo que respecta ó tamaño, exclúese o centro de traballo e óptase por unha unidade relativamente grande (Mesa xeral do Estado, da Comunidade Autónoma ou da Entidade Local), entendendo que nestas mesas xerais se debuxan as directrices básicas, que logo serán desenvolvidas en mesas sectoriais. Deste xeito, a exclusión do centro de traballo é só relativa, pois cabe a negociación nua mesa sectorial do centro de traballo. En canto ós suxeitos lexitimados para negociar, hai que ter en conta ademais ós arts. 6 e 7 L.O.L.S., ós que remite a L.O.R. Deste conxunto normativo dedúcese a *monopolización da negociación polos sindicatos*, o cal non se pode entender contrario á Constitución nin a ningunha norma internacional que obrigue ó Estado, pois o *Convenio 151 da O.I.T.* no seu art. 7 fala de *organizacions de empregados públicos*, en referencia clara ós sindicatos, e o *Convenio 154 da O.I.T.* (referido a negociación colectiva en xeral, tamén de traballadores do sector privado) di no seu art. 1.3 que se poderán establecer particularidades na Administración Pública.

Dito o anterior, cabe preguntarse qué sindicatos en concreto serán os negociadores. A resposta vai depender da mesa na que se pretenda negociar, de acordo coa seguinte distribución: a) *na Mesa Xeral do Estado*, 1) os sindicatos máis representativos a nivel de Estado e tamén os máis representativos a nivel de Comunidade Autónoma (actualmente, os máis representativos son U.X.T., CC.OO. e E.L.A.-S.T.V.) e 2) os que teñan unha implantación dun 10% na unidade de negociación (non 10 % de afiliados, nin de votos, senón de representantes). b) *Nas mesas sectoriais*, tódolos integrantes da Mesa Xeral e os que teñan o 10 % no sector do que se trate.

Chegado este punto, hai unha serie de cuestións que xurden no eido dos suxeitos da negociación colectiva de funcionarios que aínda están sen resolver polos Tribunais, ós que non cabe se non aplica a idea apuntada da futura praxe que producirá decisións xudiciais que as resolvan. Por exemplo, as seguintes: cándo se pode negociar?, quén ten que estar, tódolos lexitimados ou unha parte deles?, ten o mesmo valor o voto do sindicato que ten maioría absoluta no sector que os demais?, cantos representantes de cada sindicato participan na mesa negociadora, un de cada ou en proporción á súa implantación?, unha vez sentados todos, cómo se toman acordos?. Respecto desta cuestión, a tese segundo a cal a formación da decisión prodúcese do mesmo xeito que a dos órganos colexiados de acordo coa L.P.A. é equivocada, pois aquí achámonos diante dunha dualidade de partes, e non diante dun órgano colexiado. O acordo ten que ser por avinza das dúas partes, pero, cándo cabe afirmar que hai acordo dos sindicatos?, cando hai unanimidade?, por maioría?, por asentimento dos máis fortes?. O silencio da lei nestes temas produce molestos feitos de pactos que, paradoxalmente, o que traen é conflictividade, xa que un pacto con escaso respaldo sindical non vulnera a lei. A situación agrávase por outra falla de previsión: na L.O.R. non caben pactos de eficacia limitada a un grupo de persoas. Deste xeito, o paradoxo do incremento conflictual coa conclusión de pactos, lonxe de afastarse, é cada vez máis común. En definitiva, pola ausencia de solucións xurídicas, será a mesa de negociación a que teña que fixa-las regras do xogo, no marco do único prescrito que é a *boa fe*, a *lealdade recíproca* e a *liberdade sindical*, de xeito que os que se sintan prexudicados nos seus dereitos haberán de se basear nestes tres principios.

Aparte das especificadas, tamén admitiu a L.O.R. a posibilidade de constituír outras mesas sectoriais, o cal é moito máis evidente nos ámbitos das comunidades autónomas e das entidades locais, nos que non hai ningunha prevista. Serán as mesas xerais respectivas as que decidan a creación das sectoriais non debulladas na L.O.R. Pero esta facultade non é tanta se temos en conta a preferencia que o lexislador otorgou ás mesas xerais, que se traduce nunha dependencia cuasi-xerárquica das mesas sectoriais respecto da xeral, como reconece o art. 31.1 *in fine* L.O.R. cando di que “*la competencia de las Mesas sectoriales se extenderá a los temas que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General*”. Deste xeito, o que hai é unha relación de *suplementariedad*.

Ó tema do *contido da negociación funcional* dedicou a súa intervención o Prof. Montoya Melgar, materia de gran complexidade se se ten en conta a incidencia doutras normas ademais das leis 9/1987 e 7/1990. Cando estas se consideran illadamente, a impresión resultante é que os límites obxectivos á negociación dos empregados públicos son mínimos e que se pode negociar absolutamente todo; pero se acudimos, como é preceptivo, a unha análise sistemática das normas, e consideramos o bloque xurídico, suscítase unha interrogante crucial: ata qué punto as leis citadas están derogando normas xerais relativas á función pública. E o certo é que esta posición radical de derogación é moi aventurado mantela, pois a atribución tan xenerosa de competencias negociadoras ós funcionarios non derroga os poderes das Administracións Públicas.

Polo tanto, imponse unha harmonización entre as novas normas e as anteriores, e iso levará a consecuencias pouco espectaculares do ámbito de negociación dos funcionarios, que resulta moito máis reducido do que nun principio parece, aínda que poida haber prácticas distintas desta interpretación de estrita legalidade. Deste xeito, do que se trata ó falar do contido da negociación funcional é de levar a cabo unha *función esexética* dos arts. 32 e seguintes da Lei 9/1987, modificada pola Lei 7/1990.

No art. 32 relaciónanse as diferentes materias sobre as cales poderán negociar os sindicatos de funcionarios e a Administración, dividíndoa en once grupos que, de acordo coa lei, “*serán obxecto de negociación no seu ámbito respectivo e en relación coas competencias de cada Administración Pública*”, expresión que debe de ser interpretada de acordo coas seguintes consideracións:

1) A expresión da norma é imperativa, o que non quere dicir que as materias incluídas na mesma teñan que ser obrigatoriamente obxecto de negociación. Realmente, esta dicción imperativa é menos correcta ca linguaxe permisiva do art. 85.1 do Estatuto dos Traballadores, o homólogo do art. 32 da L.O.R. no caso dos traballadores do sector privado. Ademais, mesmo a propia Lei 7/1987, no seu art. 33.1 *in fine* acaba dicindo que a negociación comprenderá, de entre as materias relacionadas, as que as partes estimen oportunas. Por outra banda, a lei está configurando o denominado “deber de negociar”: as partes teñan a obriga de negociar nos mesmos termos que en materia laboral, é dicir, non se trata de que as partes estean obrigadas a convir, pero si a tenta-lo acordo a través das negociacións sobre as materias que as partes sometan a debate, e, ademais, este deber de negociación haberá de discurrir polas canles da boa fe, paralelamente ó art. 89.1.3 do Estatuto dos Traballadores.

2) As materias serán obxecto de negociación “no seu ámbito respectivo”. Con esta expresión faise referencia á diversidade de ámbitos que reconece o art. 31 da lei, tanto de carácter territorial como sectorial (sendo ámbitos territoriais o da Administración do Estado, das Comunidades Autónomas e das Administracións Locais, e sectoriais, por exemplo, o dos funcionarios docentes, de Correos, de Telégrafos, da Administración de Xustiza...). O que quere dici-la expresión deste epígrafe é que non se pode negociar nun ámbito por suxeitos nen materias pertencentes a outro, como sucedería, *vg.* se se pretendera nun convenio sectorial tratar unha materia correspondente a un pacto xeral, xa que as mesas sectoriais só posúen unha competencia residual naquilo non decidido polas mesas xerais respectivas.

3) As materias serán obxecto de negociación no seu ámbito respectivo e “en relación cas competencias de cada Administración Pública”. As competencias das Administracións Públicas virán determinadas nas normas reguladoras de cada Administración, tendo en conta que o art. 149.1.18 da Constitu-

ción atribúe ó Estado a competencia exclusiva sobre o réxime estatutario dos funcionarios. A Lei 30/1984 *de Medidas de Reforma da Función Pública* (L.M.R.F.P.) de 2 agosto 1984 considera no seu art. 1.3 bases do réxime estatutario unha serie de cuestións que non poden regula-las mesas xerais, en virtude do art. 103.3 da Constitución, que di que “*la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*”.

O art. 32 L.O.R., modificado pola Lei 7/1990, desemboca logo da expresión examinada na enumeración das materias obxecto de negociación, o que constitúe o eixe ó redor do cal cómpre facer unha análise pormenorizada do contido máximo que poden asumir as mesas negociadoras na negociación funcional:

1. “*El incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local*”. Realmente, o que neste apartado se di é que a función do incremento das retribucións ten unha segunda fase, que a negociación sobre o tema é presuposto de algo que será o decisivo: a súa incorporación ós Presupostos Xerais do Estado ou das CC.AA ou das Entidades Locais. A regra que atribúe á negociación colectiva dos funcionarios a posibilidade de incrementa-las retribucións é nova, non existía no texto orixinal da Lei 9/1987. Ponnos á vista unha curiosa técnica lexislativa, revolucionaria entre nós, a figura da *lei convinda ou pactada*: acórdase o incremento das retribucións co fin de que logo as correspondentes normas presupostarias o fagan seu. Ós xuristas clásicos, estas construcións prodúcenlles grandes conmocións, pois cabe preguntarse logo se a hexemonía da lei non queda aquí eivada cando executa un exercicio formal no cal vai deducida unha vontade extralegal. O certo é que esta técnica problemática, pero eficaz dende o punto de vista da boa harmonía das relacións no sistema social, conta xa con exemplos, como poden ser o Título III do Estatuto dos Traballadores (froito dunha negociación entre os sindicatos e a patronal benzoada polo Goberno e logo polas Cortes) ou a Lei 2/1991, de *Control Sindical dos Contratos* (producto de senllos acordos entre CC.OO. e U.X.T. co Goberno, asumidos logo pola lei). O papel do lexislador queda con esta técnica esvaído, xa que recibe o contido da norma dos interlocutores sociais e o incorpora a unha lei formal.

2. “*La determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos*”. Neste inciso, a Lei 7/1990 engade con respecto á Lei 9/1987 a palabra “determinación”. Se este apartado se considerase ailladamente do bloque normativo, daría a impresión de que todo o relativo á retribución dos funcionarios é materia de negociación; nembargantes hai que ter presente outras normas: o art. 24 L.M.R.F.P., dedicado a fixa-los criterios que presidirán a determinación da contía dos conceptos retributivos, ten a natureza xurídica de bases do réxime estatutario dos funcionarios públicos. A postura maximalista do ámbito de negociación dos funcionarios públicos diría que a lei 7/1990 fai *tabula rasa* nesta materia redúcese considerablemente. A expresión “aplicación” tamén provocou a perplexidade dos intérpretes da Lei 9/1987, pois de acordo co art. 3.2 d) L.M.R.F.P., “*corresponde en particular al Gobierno... fijar anualmente las normas y directrices para la aplicación de régimen retributivo de los funcionarios públicos y personal al servicio de la Administración del Estado*”. Como cabe interpretar esta antinomia?. Unha posibilidade sería a seguinte: a negociación das mesas débese someter a todas estas normas e directrices gobernamentais para facer unha concreta labor de aplicación da retribución, co cal a “aplicación” do art. 32 b) L.O.R non consistiría máis que en, dadas polo Goberno as retribucións-bases, concretalas ós diferentes corpos e categorías. Pero aínda esta interpretación encontra un obstáculo, pois o art. 24 L.M.R.F.P. atribúe esta concreción ás leis presupostarias. Así, aplica-las retribucións na negociación colectiva de funcionarios parece que só se podería facer no suposto de que partidas presupostarias previstas globalmente necesitaran dunha ulterior concreción e distribución entre diversos corpos de empregados públicos. Un exemplo desta competencia residual viría dado pola Lei Presupostaria de 1987, que creou un fondo de 7.000 millóns de pesetas para distribuír entre os funcionarios trala negociación da Administración cos sindicatos. Habería outra posible interpretación: a de recoñe-

ce-lo protagonismo que o Goberno ten en materia de determinación e aplicación das retribucións, pero abrindo unha vía: que, previamente a que adopte as medidas correspondentes, houbera un acordo entre os sindicatos e a Administración.

3. Tamén, seguindo co art. 32 L.O.R., pode ser obxecto da negociación colectiva dos funcionarios, "la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público". A Lei 7/1990 engade á 9/1987 a expresión "diseño". Tamén neste intre hai que facer unha delimitación e limitación do ámbito da negociación de empregados públicos, pola incidencia no tema dos arts. 3.2 e), f) e g) e o art. 18 da L.M.R.F.P.: din os apartados e) f) e g) do art. 3.2 que "corresponde en particular al Gobierno...aprobar, previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública, los criterios para coordinar la programación de las necesidades de personal a medio y largo plazo de las Administraciones Públicas; aprobar, previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública, los criterios de coordinación de los planes de oferta de empleo de las Administraciones Públicas; aprobar la oferta de empleo de la Administración del Estado", e o art. 18 regula polo miúdo a oferta de emprego público. En definitiva, estes artigos atribúen á Administración a aprobación da oferta de emprego en sí mesma, e o lexislador do 90 non se pretende interpoñer nesta competencia allea, pois só fala de "preparar e deseñar" os planes. En qué consisten, pois, estas tarefas preparatorias? Podería ser negociar as previsións e os calendarios temporais de saída a concurso das distintas vacantes de que se dispoñan, mais esta interpretación choca co art. 18 L.M.R.F.P., que outorga esta competencia á Administración. Polo que respecta ó termo "diseño", non está claro qué pode engadir á redacción da Lei 9/1987, pois esta palabra quere dicir "traza, descripción ou bosquexo" seguindo ó Dicionario da Real Academia Española da Lingua, o cal inclúese na preparación dos planes. Por suposto, en materia de preparación, a negociación ten abertos tódolos eidos, pero a súa capacidade decisoria é escasa ou nula.

4. Unha materia particularmente complexa é a relativa á función negociadora na "clasificación de postos de traballo", recollida no inciso d) do art. 32 L.O.R. A vista do bloque xurídico, a competencia da negociación dos sindicatos de funcionarios ca Administración redúcese extremadamente, pois nesta clasificación inciden varios preceptos da L.M.R.F.P.: segundo o art. 3.2 h), "corresponde en particular al Gobierno... aprobar la estructura en grados del personal de la Administración del Estado, los intervalos de niveles de puestos de trabajo asignados a cada Cuerpo o Escala y los criterios generales de promoción profesional de los funcionarios públicos". Polo tanto, esta actividade xa está substraída á negociación colectiva, a non ser que a actuación do Goberno vaia precedida dun acordo cos sindicatos máis representativos que posteriormente fora aprobado polo propio Goberno. Ademais, o art. 6.2 c) L.M.R.F.P. di que "en particular, corresponde al Consejo Superior de la Función Pública... a propuesta de sus componentes, tomar conocimiento, debatir y, en su caso, recomendar a las Administraciones competentes la adopción de medidas dirigidas a mejorar la organización, las condiciones de trabajo, el rendimiento y la consideración social del personal de las Administraciones Públicas". Do mesmo xeito, o art. 11 L.M.R.F.P. reduce as materias susceptibles de negociación, ó dicir que "Las Comunidades Autónomas procederán a ordenar, mediante Ley de sus respectivas Asambleas Legislativas, su Función Pública propia. A estos efectos, y previa deliberación del Consejo Superior de la Función Pública, agruparán a sus funcionarios propios en los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías que proceda, respetando en todo caso los grupos establecidos en el artículo 25 de esta Ley". Tamén o art. 16 da propia L.M.R.F.P. restrinxe a actividade negociadora na función pública: "las Comunidades Autónomas y la Administración Local formarán también la relación de los puestos de trabajo existentes en su organización, que deberán incluir en todo caso la denominación y características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño. Estas relaciones de puestos serán públicas". Finalmente, o art. 25 L.M.R.F.P. establece cinco categorías de funcionarios, das que ninguén se pode substraer, o que constitúe un novo muro para a negociación, e o art. 26 da mesma Ley atribúe ó Goberno do Estado, das Comunidades Autónomas e das Entidades Locais a tarefa de adscribir Corps e Escalas a un departamento ou a calquera outro organismo.

5. Seguindo coa eséxese e delimitación do contido do art. 32 L.O.R. modificado pola Lei 7/1990, di o seu inciso e) que "será objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública...la determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento". Este inciso é unha novidade da Lei 7/1990, e tamén hai que matizalo seu contido tendo en conta a L.M.R.F.P., concretamente o seu art. 22, que regula unha serie de requisitos para a promoción interna, os cales haberá que ter en conta na negociación colectiva. O Regulamento

Xeral de Promoción de Postos de Traballo, de 9 decembro 1985 prevé a existencia de cursos de formación que habilitan ós funcionarios para certos ascensos, co cal á negociación colectiva só lle quedaría un espazo para acordar programas, crear fondos, dotar bolsas, conceder anos sabáticos a funcionarios, etc.

6. Outra materia obxecto de negociación colectiva é, segundo o inciso f) do art. 32, "*la determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas, y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo, a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios jubilados*". Esta declaración, de grande amplitude de seu, ten que ser matizada pola incidencia dun conxunto normativo: a idade de xubilación aparece fixada na L.M.R.F.P. nos sesenta e cinco anos, e ademais, hai dúas leis específicas sobre a materia, concretamente a *Lei de Seguridade Social dos Funcionarios Públicos do Estado*, e a *Lei de Clases Pasivas do Estado*. Quizais neste punto a negociación dos empregados públicos se puidera inspirar na negociación colectiva de traballadores e crear fondos de pensións privados, pero isto dependería das disposicións presupostarias existentes.

7. "*Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos*", di o inciso g), pero neste tema tamén hai que contar ca omnipresente L.M.R.F.P., pois o seu art. 19 regula con minuciosidade a selección de persoal, o art. 20 o procedemento de provisión de postos de traballo, e o art. 21 a promoción profesional, estes dous tamén dun xeito prolixo. Asemade, hai que ter en consideración os criterios constitucionais de capacidade, publicidade e igualdade de oportunidades.

8. O inciso h) contén unha innovación da Lei 7/1990, que quizais sexa a máis importante, "*las propuestas sobre derechos sindicales y de participación*". A palabra "*propuesta*" elimina problemas de ámbito competencial, pois non se trata de decidir nada, co cal para esta materia negocial non hai límites nin fronteiras, mesmo tendo en conta que estas propostas só se poderán formular dentro do marco xurídico da L.O.L.S e da L.O.R. A experiencia na negociación colectiva do sector privado di que esta competencia non levará grandes alteracións na práctica, pois as cláusulas sindicais nos convenios colectivos non foron recoñecidas polos interlocutores sociais senón como un xesto simbólico, e en numerosos convenios o único que se fai é repetir, ás veces literalmente, os preceptos da L.O.L.S., e así, materialmente, non hai preceptos sindicais nos convenios colectivos privados.

9. Outra novidade da Lei 7/1990 é a inclusión, no inciso i) de "*medidas sobre salud laboral*". Estas medidas serían, en calquera caso, complementaria ou de mellora das esixidas pola normativa estatal e comunitaria.

10. Segundo o inciso j), tamén son obxecto da negociación colectiva dos funcionarios "*todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, Carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de Ley*". Tampouco esta competencia aparecía na L.O.R. de 1987. Non hai nada que obxectar á mesma, pois trátase só de facer propostas. Pero non se debe minusvalorar, xa que, aínda que as propostas son máis febles que as normas, pódese xerar un clima de acollida das mesmas, sobre todo se van unidas a medidas de presión.

11. Por último, a letra k) do art. 32 inclúe "*las materia de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración*". Con esta cláusula quizais sobrarian tódalas anteriores, pois resúmeas todas. Se non se contemplara o bloque normativo, daría a impresión de que tódalas condicións económicas e non económicas do réxime xurídico dos funcionarios públicos están atribuídas á negociación colectiva. Por outra banda, o art. 34.1 da Lei 9/1987, de *órganos de representación* expresa que "*quedan excluidas de la obligatoriedad de la consulta o negociación, en su caso, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas*". A fórmula é desafortunada, pois se dise, ó parecer, que son materias excluídas pola súa natureza da posibilidade de negociación.

Correspondeu ó **Prof. Diéguez Cuervo** a análise do tema "*a frustración da negociación*". É este un tema clave ó falar da negociación colectiva dos empregados públicos, no que as connotacións adminis-

trativas son moito máis patentes que nos temas anteriormente expostos. Achegándose á materia, hai que facer unha distinción clave, de acordo co art. 35 da Lei 7/1990, que é a de frustración de pactos *versus* frustración de acordos, os primeiros referidos ás competencias de órganos que non sexan Consello de Ministros, gobernos autonómicos ou os seus equivalentes nas Entidades Locais, e os segundos sobre competencias dos mesmos. Nos dous casos, a frustración da negociación pódese producir en calquera momento, pero no suposto dos pactos só por desacordo entre ámbalas dúas partes e no dos acordos, ademais de por disentimento entre os negociadores, por falta de aprobación do órgano superior. Este suposto de frustración da negociación ten que ver cunha indicación da lei respecto das instrucións ós representantes da Administración: di o art. 37 da Lei 7/1990 que *"el Gobierno, los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas o el órgano correspondiente de las Entidades Locales podrán determinar, respectivamente, las instrucciones a que deberán atenerse sus representantes cuando proceda la negociación con la representación sindical establecida en este Capítulo"*.

Unha pregunta clave que se hai que facer é a de qué *remedios* caben diante da frustración do convenio. Habílitase no art. 38 unha mediación, unha intervención dun terceiro para resolve-lo conflito, pero dun xeito imperfecto, pois esta solución só cabe de común acordo entre ámbalas dúas partes. O mediador formulará unha proposta, que novamente queda supeditada á aprobación das partes, de acordo co procedemento que se establecerá regulamentariamente, co presuposto legal de que a proposta deberá de ser publicada inmediatamente, aínda que as partes non a acepten.

A Lei 7/1990 habilita un remedio radical: chéguese a incoar ou non o procedemento de mediación, o Goberno establecerá as condicións de traballo dos funcionarios públicos (art. 37.2: *"corresponderá al Gobierno...y a los órganos de gobierno de las demás Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos, establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal a que alude el art. 35"*). Esta medida xa se contemplaba no art. 32 b) L.M.R.F.P., e no fondo, é deixar a unha das partes a fixación das condicións de traballo dos empregados públicos. Realmente, non encaixa no contexto, pois deste xeito é difícil concibirla posibilidade de consecución de acordos, cando una parte pode unilateralmente impoñer-las súas condicións. Por outra banda, a mesma L.M.R.F.P., na disp. adicional 12, alude ó dereito de folga dos funcionarios, ó dicir que cando o exerciten non cobrarán nin percibirán retribucións, no art. 31 j) considera falta moi grave a realización de actos encamiñados a coarta-lo exercicio do dereito de folga, e o art. 31 k) tamén considera falta moi grave a participación en folgas das persoas que a teñan expresamente prohibida pola lei.

Que raizames ten a concesión ós funcionarios do dereito de folga? Foi unha xurisprudencia previa, aínda que non moi clara no seu contido, si nas súas intencións, a que o habilitou, concretamente a da xurisdicción contencioso-administrativa. Esta xurisdicción non é moi experta nestas materias, pois ata agora nunca se suscitou o tema da negociación dos empregados públicos, xa que o art. 28. 2 da Constitución, ó falar do dereito de folga só se refire ós "traballadores", o mesmo que o art. 37.1 en sé de negociación colectiva. A partires do 1 xuño 1982, hai moitas sentencias referidas ó tema, a meirande parte delas estereotipadas (máis de cincuenta sentencias son literalmente coincidentes). As mesmas recoñecen o dereito á percepción das súas retribucións dos funcionarios en folga, ó empregar un criterio de estricteza legalidade, xa que non hai cobertura legal para o desconto dos salarios. E un exemplo máis da concepción diversa do Dereito Público e o Dereito Privado: neste, ó contrario que naquel, todo o que non está prohibido está permitido. Neste tema das retribucións hai que recorrer á Constitución, pois afecta moi gravemente a un dereito dos funcionarios que non está prohibido por ela, e que, ademais, está recollido nela, aínda que referido ós traballadores do sector privado; e como é un dereito non recollido, ergo é un dereito. Esta argumentación fixoa propia o Tribunal Constitucional, incluso pódese falar dun recoñecemento implícito pola Constitución do dereito de folga dos funcionarios. A idea, en definitiva, é a ausencia de prohibición. Pois ben, unha sentenza do Tribunal Constitucional (concretamente a STCo 99/1987), refírese á retribución dos funcionarios en folga. Entrementes, entrara en vigor a L.O.L.S., que xa expresamente recoñece ós funcionarios o dereito de folga. A sentenza xira en torno da disposición adicional décimo segunda da L.M.R.F.P., que reacciona contra o non desconto de salarios ós funcionarios en folga. Este precepto foi impugnado no sentido de que

desenvolvía o dereito fundamental recollido no art. 28.2 da Constitución, que só podía ser desenvolvida por Lei Orgánica. A sentenza resolveu o recurso dicindo que a disposición adicional 12 L.M.R.F.P. non se refería ó art. 28.2 da Constitución, pois o dereito de folga dos funcionarios públicos non está derivado da Lei Fundamental. Realmente, a existencia dunha folga e o subsecuente non pagamento dos salarios é unha aplicación da *exceptio inadimpleti contractus*. En resumo, o feito pola disposición adicional 12 L.M.R.F.P. está ben feito, pois non desenvolve o art. 28.2 da Constitución. O fundamental é que o dereito quede garantido, e a base do recoñecemento da folga dos funcionarios é a falta de prohibición constitucional da mesma, co que, realmente, hai unha *sanción implícita*.

Que di, entretanto, a O.I.T. sobre a frustración da negociación colectiva dos funcionarios públicos? O certo é que non ten pronunciamentos claros; constata que na maior parte dos ordenamentos non teñen dereito de folga, pero si de sindicación e de negociación colectiva. O que recomenda é a arbitraje, e que as condicións de traballo non sexan fixadas unilateralmente pola Administración. A solución é equidistante entre os dous extremos: nin imposición unilateral de condicións, nin recoñecemento explícito do dereito de folga. A xurisprudencia do *Comité de Libertade Sindical* asimila a función pública ós servios esenciais, e di que a función pública é un servio esencial; en consecuencia, non cabe a folga. Esta postura é equívoca: servios esenciais hai poucos, e pódense entender funcións públicas que non sexan esenciais, xa que se ten ampliado extraordinariamente o concepto de "funcionario público". Polo tanto, o recurso á folga ven como algo moi natural, e o criterio da esencialidade podía servir para delimitalo seu exercicio. En calquera caso, os servios mínimos do goberno, establecidos en numerosísimos decretos, e os cales constitúen o primeiro obstáculo ó exercicio do dereito de folga, non son servios esenciais. O servio esencial o é pola súa natureza, pola súa extensión, ou ben pola duración no tempo da folga, pero estes criterios non os barallou o Goberno, polo que a cuestión é moi confusa.

A continuación, celebrouse un coloquio presidido polo **Prof. Alonso Olea**, no cal describiu unha certa aproximación entre o ámbito laboral e o funcional, moi acusada no eido da negociación colectiva. Realmente, trátase dunha aproximación do administrativo-funcional cara ó laboral, das situacións funcionariais cara ás laborais. Os Convenios da O.I.T. nº 87 e 98 son os básicos en materia colectiva, e foron concebidos para traballadores por conta allea. Pero, máis tarde, a regulación relativa ós funcionarios públicos foi accedendo á O.I.T. O Convenio 151 de 1978 xa se refire ó dereito de sindicación dos funcionarios. Tamén a L.O.L.S. contribuíu ó achegamento dos traballadores e os funcionarios, ó igualalos no seu réxime, e a L.O.R. contén moitas solucións semellantes respecto dos títulos II e III do Estatuto dos Traballadores.

Noutra orde de cousas, tratando de precisar o significado da palabra "negociar" en sede de función pública, dixo que, no sector privado, negociar colectivamente, sexa conforme ó Estatuto dos Traballadores, sexa fóra de él (negociación extraestatutaria), significa, en puridade, negociar, pois se non hai negociación, non hai convenio. En troques, no sector público, hai que diferenciar pactos e acordos: nos pactos hai unha verdadeira negociación colectiva, pero realmente serven para moi pouco, e nos acordos, o que hai é un pre-acordo que ten que ser aprobado posteriormente pola Autoridade Administrativa. Se a esto se lle quere chamar negociación colectiva, chámesele, pero como está sometida ó *nihil obstat*, realmente non é unha negociación como no laboral.

O curso rematou cun coloquio entre os asistentes, representantes, sindicatos con implantación entre os funcionarios de Galicia e o Sudirector Xeral de Función Pública.

Jaime Cabeza Pereiro
Bolseiro do MEC

BIBLIOGRAFÍA E RECENSIÓNS

Xermán García Cancela e Carlos Luís Díaz Abreira: *Manual de linguaxe administrativa*. EGAP, Santiago de Compostela, 1991.

O libro que imos comentar ven recoller en certo modo o labor realizado nos últimos anos de creación dunha linguaxe administrativa galega, por medio de Institutos científicos (ILGA), asociacións (caso da AFNL e máis da MNL) e da propia Xunta de Galicia, en publicacións periódicas tales coma a xa extinta "*Revista de Administración Galega*" ou "*Lingua e Administración*" –editadas ámbalas dúas pola AFNL –, ou publicacións da Xunta dirixidas á Administración Local –caso dos "*Cadernos de Documentación Municipal*", do "*Boletín Informativo da administración Local*" ou do "*Boletín de Información XUSTIZA*".

O interese, dende un punto de vista xurídico, polos temas lingüísticos vai tamén en aumento: sexa dende instancias públicas propias das CC.AA. –salientando o labor da Escola d'Administració Pública de Catalunya, materializada nas revistas "*Llengua i Dret*" e "*Llengua i Administració*" ou do Instituto Basco de Administración Pública, cunha sección permanente na RVAP dedicada a estes temas– sexa na doutrina, contando xa cunha bibliografía extensa –caso das obras de Tolivar Alas, Cobreros Mendazona e a máis recente, centrada na análise crítica do tratamento legal do galego, tese de doutoramento de P. García Negro.

Dende o punto de vista da Ciencia da Administración, a importancia do tema reflíctese tamén nunha abondosa literatura, centrada na planificación lingüística no eido da Administración, no esforzo por establecer unha linguaxe administrativa axei-

tada aos tempos e ás necesidades dunha Administración máis mecanizada de cada vez e duns cidadáns tamén máis belixerantes na defensa dos seus dereitos –é dicir, unha linguaxe simple, precisa, non discriminatória, etc.– ou na incidencia dos procesos de modernización e reforma administrativa no modelo lingüístico administrativo.

Centrándonos no libro, advertir que a maior parte das súas páxinas están dedicadas a cuestións ortográficas, sintácticas e lexicolóxicas, de xeito que a substancia para un comentario xurídico do mesmo atópase concentrado nas primeiras trinta páxinas, aquelas nas que se expón estricadamente o **marco legal de partida para a construción dunha linguaxe administrativa galega** –a normativa básica estatal en materia de procedemento administrativo, é dicir, a LPA de 1958 e normativa complementaria, (se ben cómpre estarmos ben atentos ás modificacións que nesta materia se poidan derivar da inminente Lei...), e máis a LOPX e a LAC, LACrim., LXCA e LPL no eido procesual–, na medida en que estas normas establecen unha serie de principios aplicables á linguaxe administrativa en xeral –verbigracia, os de eficacia, obxectividade, antiformalismo e flexibilidade–, que un modelo de linguaxe administrativa galego non pode ignorar hoxe por hoxe.

Faise tamén unha **síntese histórica da evolución do galego administrativo**, da Idade Media para acá, rematando coa exposición do réxime do galego coma lingua propia de Galicia e cooficial xunto co castelán no seu territorio, cunha interesantísima escolma de textos xurídicos históricos, de importancia non desbotable cara á dignificación do galego, labor preciso, coidamos, para superarmos a situación de diglosia en

que hoxe nos movemos e que aínda nos diferencia doutros países tamén integrados no Estado español, tales como o catalán ou o basco, nos que o proceso de normalización lingüística enfróntase con outros problemas diferentes —a concienciación e capacitación lingüísticas de grandes colectivos procedentes doutros territorios do Estado, ou a propia dificultade do idioma no caso basco— que xustifican, tamén no eido da Administración, estratexias distintas. Dise que, con prudencia, esta linguaxe xurídica histórica, xunto coa rica variedade dialectal do galego, son elementos importantes á hora de construír unha linguaxe administrativa propia, tal e coma se ten feito, con resultados positivos, verbo doutras linguas en situación semellante ao galego. Nótase a faltar, ó noso xuízo, a referencia ó préstamo de solucións xa asentadas en linguas tan achegadas ao galego coma a portuguesa, alí onde a riqueza da linguaxe antiga e da dialectal non puidese chegar, a máis de producir esta opción unha maior unidade da linguaxe administrativa a nivel internacional.

Partindo destes condicionantes, cumpriría aproveitar o momento presente —aínda está todo por facer— para crear un modelo axeitado ós tempos que andamos; é dicir, unha linguaxe sinxela e clara, non discriminatoria e sen fórmulas que impliquen nin humillación nin tampouco afagamento para o cidadán, na liña do que está a acontecer noutros países e do que recomendan, camiño da normalización crecente da documentación e terminoloxía administrativas a nivel internacional, organismos como a I.S.O. —International Standardization Organization—, órgano consultivo da O.N.U. creado en 1974. Para isto, máis polo miúdo, os **perfis caracterizadores dunha linguaxe administrativa de hoxe** haberían ser:

1) A unidade básica da linguaxe administrativa a nivel internacional, tanto na terminoloxía, coma na documentación.

2) O seu carácter utilitario: é dicir, emprego dunha linguaxe sinxela e clara, sen exercicios retóricos que recarguen innecesariamente os documentos, reparando especialmente no seguinte: clareza da linguaxe e máis dos documentos, sinxeleza na

exposición, precisión e exactitude conceptuais, estrutura interna e visual lóxica e ordenada dos documentos, atendendo ás esencias do seu procesamento informático.

3) A obxectividade.

4) A atención e educación na expresión, teimando na eliminación de tratamentos anticuados e obsoletos, afagadores, humillantes ou discriminatorios.

5) Tendencia á fixeza, á estabilidade e á uniformidade, expresión da natureza sobranceiramente escrita da linguaxe administrativa e, xa que logo, máis estática, así como da súa limitación a marcos laborais determinados, a uns temas homoxéneos e recorrentes e, sobre todo, da posible utilización dos documentos por persoas precisadas de os comprender exacta e rapidamente.

6) A utilización —constante de tódalas linguaxes técnicas— de formas lingüísticas específicas, tanto polo que atinxe ó vocabulario, como á fraseoloxía e tratamentos.

En fin, o libro de García Cancela e Díaz Abreira vén encher un baleiro, alomenos polo que ten de sistematización de iniciativas puntuais anteriores, e está chamado a ser un instrumento fundamental nunha máis ambiciosa política de normalización lingüística nas Administracións públicas operantes en Galicia.

Carlos Ignacio Aymerich Cano
Bolseiro do MEC

Xaime Rodríguez-Arana Muñoz:
Estudios sobre o estatuto galego. EGAP, 1991.

O libro "Estudios sobre o Estatuto" recolle un total de trinta e tres traballos presentados nas "Xornadas sobre o Estatuto" organizadas pola Escola Galega de Administración Pública os días 2 ó 5 de Abril de 1991 en Santiago de Compostela, con motivo do décimo aniversario do Estatuto de Autonomía de Galicia.

O libro consta de sete bloques temáticos de grande interese:

- *"O Estatuto de Autonomía no tempo e no espazo"*, constituído polas colaboracións de José Luís Meilán Gil, Antonio Carlos Pereira Menaut e Gerardo Mariñas Otero.

José Luís Meilán Gil, Catedrático de Dereito Administrativo da Universidade da Coruña, fai unha análise dos dez anos de vida do Estatuto dende dúas perspectivas distintas: unha visión retrospectiva do que entón aconteceu e unha análise de futuro das cuestións estatutarias pendentes.

Antonio Carlos Pereira Menaut, Catedrático de Dereito Constitucional na Universidade de Santiago, compara o Estatuto de Autonomía de Galicia coa organización territorial británica, concretamente co réxime de Escocia e Gales, Irlanda do Norte, a Illa de Man e coas illas da Canal da Mancha que, aínda que non encaixan con precisión no noso esquema vixente teñen algo que ensinar -di o autor- en materia de distribución territorial do poder.

Gerardo Mariñas Otero, Técnico de Administración Civil e Doutor en Ciencia Política, fixo un estudio comparado do Estatuto en relación cos Estatutos das demais Comunidades Autónomas, centrándose na análise dos de Cataluña, País Basco e Andalucía, únicas Comunidades Autónomas que accederon á autonomía pola vía do artigo 151 da Constitución.

- *"Principios e valores estatutarios"* cos traballos de Francisco Puy Muñoz, Jaime Rodríguez Arana, José Filgueira Valverde, Baldomero Cores Trasmonte e Fernando Amarelo de Castro.

Francisco Puy Muñoz, Catedrático de Filosofía da Universidade de Santiago, analiza os valores estatutarios ó seu xuízo de dúas clases: "valores sen dono" -tódolos constitucionais e sobre todo, os catro valores superiores que son a liberdade, a xustiza, a igualdade e o pluralismo- e "valores enxebres" -diferenciais ou propiamente galegos- todos eles reunidos no valor da autoidentificación, que pode ser considerado, polo tanto, o valor decisivo do ordenamento xurídico en canto fundamentado na súa Lei fundamental que é o Estatuto.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Profesor Titular de Dereito Administrativo e coordinador das xornadas, analiza os "obxectivos estatutarios" dos poderes públicos galegos que se explican no marco do Estado Social e do principio promocional dos poderes públicos en relación cos intereses propios que xustifica a existencia da Comunidade Autónoma de Galicia. Obxectivos, en definitiva, ó servizo do obxectivo estatutario por excelencia: a defensa de Galicia e dos seus intereses e a promoción da solidariedade entre todos cantos integran o pobo galego.

José Filgueira Valverde, Presidente do Consello da Cultura Galega refírese ó tema da lingua galega prestando atención a tres aspectos básicos: a súa evolución (as súas orixes romances, o apoxeo da poesía galai-co-portuguesa, o período escuro de silencio académico e o renacemento), a situación actual do galego e o seu status xurídico, coa análise do proceso de recoñecemento da oficialidade da lingua, a súa normalización e a súa incorporación ó ensino e ós medios de comunicación.

Baldomero Cores Trasmonte, Letrado do Parlamento de Galicia, analiza a condición política de Galego como tipo xurídico establecido no Estatuto polo que se regula a vinculación do cidadán dunha Comunidade Autónoma co seu ordenamento xurídico autonómico. Estudia os elementos integridores da condición política, é dicir, por unha banda, a nacionalidade española como requisito primario ó que se condicionan os demais; por outra banda a "veciñanza administrativa" que se fixará de acordo coas Leis Xerais do Estado. Ademais expón outras cuestións de interese, como a dupla nacionalidade, a dupla veciñanza administrativa e a dupla condición política, a condición da comunidade constituída polos veciños nos chamados montes veciñais, etc.

Fernando Amarelo de Castro, Secretario Xeral das Relacións coas Comunidades Galegas da Xunta de Galicia, refírese ó fenómeno das Comunidades Galegas no exterior xurdidas da emigración e sinala os obxectivos do Goberno galego para acadar que tódolos galegos que residen fóra da

Comunidade teñan unha vía de informe e de actuación inmediata en forma de axudas, concentrados en varios proxectos de acción (asistenciais, sociais, formativos e culturais).

– “*Do poder galego*”, un estudio dos poderes básicos da Autonomía galega: o Parlamento, a Xunta e a Administración de Xustiza.

Roberto Blanco Valdés, Profesor Titular de Dereito Constitucional na Universidade de Santiago, examina as principais características e os fundamentais resultados do proceso de produción lexislativa que se inaugura na Comunidade Autónoma Galega trala elección do Parlamento autonómico en 1981, incorporando interesantes datos estatísticos de leis aprobadas, proposicións e proxectos de lei presentados e aprobados e dos contidos materiais da produción lexislativa. Conclúe cun anexo das leis aprobadas polo Parlamento de Galicia ata Xaneiro de 1991.

José Antonio Portero Molina, Catedrático de Dereito Constitucional na Universidade da Coruña, analiza o sistema electoral da Comunidade Autónoma e, concretamente, a Lei 8/1985, do 13 de Agosto, de Eleccións ó Parlamento de Galicia. O balance desta Lei é, ó seu xuízo, satisfactorio, porque garante a libre competencia entre partidos e a libre elección.

Francisco Caamaño Domínguez, Profesor Titular interino de Dereito Constitucional na Universidade de Santiago, fai un estudio das cámaras de representación territorial, centrándose na designación de Senadores pola Comunidade Autónoma galega que, ó seu xuízo, desaproveita innecesariamente as posibilidades abertas pola Xurisprudencia Constitucional para reforzar no posible o principio de autonomía política.

Eloy García López, Profesor Titular de Dereito Constitucional na Universidade de Vigo, fala de inmunidade parlamentaria como principal garantía dos representantes do Parlamento galego, remontándose ás orixes da institución e centrando o seu estudio na súa configuración xurídica: o autor des-

taca o especial e innovador tratamento que se lle da no artigo 11.3 do Estatuto, seguindo un camiño xa iniciado polo Estatuto de Autonomía catalán que por vez primeira convirte a “inmunidade estricto sensu” nunha pura garantía procesual de foro especial que, deixando sempre a salvo a independencia do parlamentario, consegue, non obstante, evita-los abusos da institución.

José Ramón Cólera Leirado, Letrado Maior do Parlamento de Galicia, pronúnciase sobre a iniciativa lexislativa dende, tres planos diferentes: o territorial (centrando o seu estudio na Comunidade Autónoma galega e excluindo, polo tanto, a iniciativa lexislativa do Parlamento de Galicia perante o Congreso dos Deputados); o material (reflexionando sobre aspectos distintivos ou específicos salientables nas distintas modalidades autonómicas); e persoal (porque non se pode esquecer que o estudio da iniciativa lexislativa no marco do procedemento lexislativo trascende ó campo político ó contribuir á articulación entre os poderes públicos da Comunidade Autónoma e pola súa inserción no sistema de goberno estatutario).

Francisco Fernández Segado, Catedrático de Dereito Constitucional na Universidade de Santiago, centra o seu estudio no itinerario lexislativo seguido por todas aquelas iniciativas que, procedentes do Goberno ou dos grupos parlamentarios, tiveron algunha relación coa institución da disolución do Parlamento, en canto facultade atribuída ó Presidente da Xunta. O seu xuízo, unha vez efectuada a opción por un sistema parlamentario de goberno, a lóxica política do sistema parece conducir á incorporación a el da técnica da disolución, circunstancia que no caso autonómico galego non encontra atrancos xurídicos ou estatutarios insalvables.

José Cora Rodríguez, Valedor do Pobo, analiza a institución do Valedor do Pobo contemplada no artigo 14 do Estatuto de Autonomía e regulado por Lei da Comunidade do 5 de Xuño de 1.984, poñendo especial énfase no momento actual da figura e nas actuacións pendentes que van determinar en grande parte o futuro da institución:

a necesidade de publica-lo Regulamento da devandita Lei e a formalización dun acordo entre o "Defensor del Pueblo" e o Valedor do Pobo, para delimita-las esferas competenciais especialmente no referido á Administración Local.

Constantino Alvarellos Galve, Subdirector-Xefe do Gabinete de Asesoramento Xurídico da Asesoría da Xunta de Galicia, estudia o modelo constitucional de organización política das Comunidades Autónomas e, concretamente, a figura do Presidente da Comunidade Autónoma Galega: as súas funcións, a súa investidura, o seu estatuto persoal, as súas atribucións, as súas responsabilidades políticas e o seu cesamento. A análise complétase cun exhaustivo estudio do Consello de Goberno.

José Ramón Vázquez Sandes, Presidente do Tribunal de Xustiza de Galicia, ocúpase do Tribunal Superior de Xustiza, fundamentalmente das súas competencias xurisdiccionais nas Salas Civil e Penal, Contencioso-administrativa e Social, sen perder de vista a actividade "case-xudicial" (así a chama o autor) referente ás recusacións que se formulen contra os seus maxistrados e a súa actividade gubernativa referida ó réxime da Administración de Xustiza en todo o territorio da Comunidade, excluído o que se refire á actividade propiamente xurisdiccional, e ó réxime de corrección disciplinaria.

- **"Da Administración Pública Galega"**, cos traballos de Dositeo Rodríguez Rodríguez, Joaquín López-Rúa Soler, Juan José Bértolo Cadenas, M^a Teresa Carballeira Rivera e Antonio Javier Ferreira Fernández.

Dositeo Rodríguez Rodríguez, Conselleiro da Presidencia e Administración Pública da Xunta de Galicia, fai unhas reflexións sobre o proxecto de reforma administrativa de Galicia, que parte de concibi-la Administración Pública como organización para cumprir-las fins xerais, cunha presenza cada vez maior na sociedade. Reforma que persegue, principalmente, o achegamento ó administrado (mediante a creación de oficinas comarcais con funcións de rexistro e información xeral, información xurídica e

específica ós cidadáns e ós interesados nun procedemento administrativo e, sobre todo, unha liña de conducta baseada na consideración de que a Administración está ó servizo do cidadán-cliente); a eficacia (mediante a racionalización procedemental que implica simplificación de trámites, axilidade na transmisión de documentos, normalización de instancias, ...); e desconcentración (retomando a dinámica xa iniciada na Administración Central impulsada polo proceso de recepción de novas tecnoloxías).

Joaquín López-Rúa Soler, Director Xeral da Función Pública da Xunta de Galicia, analiza as características xerais da Función Pública galega: a súa organización, a provisión de postos de traballo, o acceso á función pública, a carreira administrativa, o réxime de incompatibilidades, o persoal laboral,... e fai mención dos acordos suscritos entre a Xunta de Galicia e as organizacións sindicais.

Juan José Bértolo Cadenas, Director Xeral de Xustiza e Relación coas Corporación Locais da Xunta de Galicia, estudia o abano de normas que configuran o actual réxime local galego, para o cal analiza a Administración Local dende a perspectiva constitucional, tomando como punto de referencia a Lei 7/1985 de Bases de Réxime Local. Recoñece que malia as dificultades que o confucionismo do desenvolvemento constitucional creou, o Goberno galego está intentando o establecemento dun novo réxime local de Galicia, dende a perspectiva de diversas leis parciais que configurarán no seu conxunto un verdadeiro código local galego.

M^a Teresa Carballeira Rivera, Profesora de Dereito Administrativo na Universidade de Santiago, dedica unhas liñas ó exame dunha das pezas, ó seu xuízo, máis controvertidas do noso sistema territorial: a Provincia. Para actuar de xeito autónomo, débese de partir dunha dobre óptica: na súa fase estática, entraña unha capacidade de actuar separadamente ó abeiro dunha protección obxectiva fronte a inxerencias externas; na súa fase dinámica é un poder vinculado, e dicir, unha facultade outorgada ó ente para actuar xuntamente cos restantes

niveis territoriais e a prol da coherencia das actividades públicas. Este último aspecto, que incide e modula a posición da provincia, conforma o núcleo da colaboración da autora a esta obra colectiva.

Antonio Javier Ferreira Fernández, Investigador da E.G.A.P., realiza unha aproximación ó réxime xurídico da comarca, centrándose na regulación estatutaria da institución e na lexislación autonómica de desenvolvemento. Destaca en materia comarcal a Resolución do 9 de Xaneiro de 1991 pola que se ordena a publicación do Acordo da Xunta de Galicia do 14 de Decembro de 1990, no que se establece o "Plan de Desenvolvemento Comarcal" e se crea a "Comisión de Planificación de Desenvolvemento Comarcal", como único texto no que se recolle o espazo comarcal dun xeito exclusivo.

– *"Das competencias da Comunidade Autónoma de Galicia"*, con diversas colaboracións, o contido das cales abrangue, primeiro en xeral, e logo en particular, as competencias estatutarias da Comunidade Autónoma Galega.

Javier Rupérez Alamillo, Profesor Titular de Dereito Constitucional na Universidade da Coruña, refírese ó principio dispositivo en materia de reparto de competencias e á natureza constitucional das normas estatutarias.

Pablo Sande García, Maxistrado do Tribunal Superior de Xusticia de Galicia, fai unha análise das disposicións transitorias 4ª e 7ª do Estatuto de Autonomía de Galicia e estudia o tema da transferencia de servizos correspondentes ás competencias asumidas no Estatuto.

José Luís Carro Fernández Valmayor, Catedrático de Dereito Administrativo na Universidade de Santiago, analiza a potestade autonómica de autoorganización, incorporando a principal doutrina constitucional para establecer que no alcance da competencia sobre a organización das institucións de autogoberno (artigo 148.1.1) non se pode entender incluída a competencia xeral sobre a organización da propia Admi-

nistración Pública, que se debe de considerar implícita no concepto mesmo de Autonomía garantida constitucionalmente nas Comunidades Autónomas.

A continuación, analízanse diversos aspectos competenciais do Estatuto de Autonomía de Galicia: Andrés Precedo Ledo, Catedrático de Xeografía e Director do Gabinete de Planificación e desenvolvemento territorial da Xunta de Galicia, formula algunhas reflexións fundamentais verbo da natureza da planificación territorial ou ordenación do territorio. Juan Luís Castro Somoza, Avogado do Estado, analiza a lexislación de montes veciñais en man común e presenta unha fórmula de futuro, os consorcios, que, deixando a salvo as características esenciais da institución, flexibilicen o réxime dos seus aproveitamentos. Pablo Sande García, Maxistrado do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, determina as competencias estatutarias en materia de dereito civil de Galicia e das fundacións de interese galego. Joám José Santamaría Conde, Profesor de Economía Aplicada na Universidade de Vigo, sinala a distribución de competencias en materia de sanidade e seguridade social. Carlos Aymenrich Cano, Investigador da Área de Dereito Administrativo da Facultade de Dereito da Coruña, analiza a acción de fomento da Comunidade Autónoma Galega no ámbito do turismo. Francisco Javier Sanz Larruga, Profesor Titular de Dereito Administrativo na Universidade da Coruña, ocúpase do réxime competencial da pesca en Galicia, apoiando a elaboración dunha lei básica e integradora de tódolos aspectos relacionados coa pesca, á altura das circunstancias que a integración en Europa esixe.

– *"Economía e Facenda"*, a cargo de Enrique Moldes Teo, Catedrático de Facenda Pública e Director Xeral de Política Financeira da Xunta de Galicia. Dedicada maior parte da súa participación a avaliar os tres compoñentes básicos do sistema de ingresos previstos nos artigos 44 e seguintes do Estatuto (transferencias, recursos tributarios e endebedamento) á luz dos resultados obtidos dez anos despois.

- "*Da reforma do Estatuto*", capítulo abordado por Pablo González Mariñas, Profesor titular de Dereito Administrativo na Universidade de Santiago, que realiza unha análise fundamentalmente xurídica e técnica sobre o procedemento de reforma previsto no Estatuto, análise empapada por veces de verdadeiros condicionantes políticos, porque, como recoñece o autor, a ninguén se lle escapa que o tema ten ineludibles perfís desta natureza.

Marta García Pérez
Bolsreira da EGAP

Xornadas sobre a lei de costas. IVAP, 1990.

Baixo o título "Xornadas sobre a Lei de Costas" recóllense os relatorios de Don Ángel Menéndez Rexach, Don José Luis Meilán Gil, Don Francisco Perales Madueño, Don Javier Balza Aguilera y Don Luis Angulo Errazquín, así como a intervención de Don Manuel Martínez Zabaleta nunha mesa redonda, todo iso co gallo do ciclo organizado pola Escola Basca de Estudios Territoriais e Urbanos en novembro de 1988. Cada un dos participantes tentou salientar na súa intervención os aspectos que considera interesantes da nova Lei 22/1988 de Costas.

O Sr. MENÉNDEZ REXACH, baixo o título "La Ley de Costas 22/88" fai un estudo panorámico do devandito texto legal. Partindo das súas bases constitucionais (arts. 132.2 e 149.1 CE), estudia o concepto de dominio público da nova Lei de Costas a través dunha perspectiva histórica (Lei de Augas de 1866, Lei de Portos de 1880, Lei de Costas de 1969,...) e fai referencia expresa á ampliación que de tal dominio ven de se producir cara a terreos lindeiros con el e situados na zona de influencia co fin de acadar unha protección do dominio público marítimo-terrestre máis axeitada. Ademais, aborda a problemática do valor xurídico do deslindamento e da antinomia entre dominio público e rexistro da propiedade, salien-

tando a novidade lexislativa en canto se reforza a eficacia xurídica do deslindamento, que non só declara a posesión, mais tamén "a titularidade a prol do Estado" (art. 13.1 de Lei de Costas), peza clave para garantiza-la integridade do dominio público fronte a posibles usurpacións de particulares. E, para rematar, esboza os criterios de utilización do solo que aparecen na Lei, subliñando o cambio radical tanto respecto a aqueles usos que teñan especiais circunstancias de intensidade, perigo, rendibilidade e os que requiran a execución de obras e instalacións que só se permitirían cando "de seu non poidan ter outra situación" (art. 32.1 da Lei de Costas), como ós usos que poden recaer sobre as distintas zonas de servicio.

O Sr. MEILÁN GIL aborda o tema do "Réxime Xurídico do dominio público marítimo-terrestre na Lei de Costas", enmarcando a súa exposición sobre a base de tres puntos fundamentais:

a) A determinación do dominio público que amosa, dalgún xeito, a contradicción interna na que se debate o lexislador entre a concepción do dominio público marítimo-terrestre coma dominio público natural e a extensión daquel a espazos, zonas ou perenzas sen características naturais de dominio público marítimo-terrestre por determinación legal.

b) O dereito transitorio da Lei de Costas, isto é, o tratamento do que se encontra o lexislador de 1988 e a incidencia da súa concepción do dominio público marítimo-terrestre de seu nas situacións de feito preexistentes.

c) As competencias sobre o dominio público marítimo-terrestre, especialmente á luz do Estado Composto.

Centrándose no primeiro destes puntos, o Sr. Meilán Gil fai unha presentación histórica do tema para chegar á conclusión de que o novo texto legal rompe, se cadra innecesariamente (di o autor) "cunha ininterrompida tradición legal, tradición, ademais, do Dereito europeo".

O Sr. PERALES MADUEÑO ocúpase de "A ordenación do territorio e do urbanismo dende a nova Lei de Costas". Os problemas preferentemente competenciais preséntanse, a xuízo do autor, porque a Lei de Costas desborda os límites do dominio público marítimo-terrestre e estende as súas determinacións sobre o territorio linceiro mediante a imposición de servidumes e a fixación da zona de influencia habilitando a promulgación de normas que poden afectar a terreos non pertencentes ó demanio, reservando competencias a prol do Estado que alteran dun modo directo o réxime das competencias autonómicas e municipais.

Diante das manifestas colisións que existen entre a Lei de Costas e as competencias da ordenación territorial e urbanística das CC.AA., recoñecidas no art. 148 CE e nos respectivos Estatutos de Autonomía, o autor evidencia a necesidade de coordinación entre o réxime xurídico do dominio público e a ordenación do territorio limítrofe, procurando impedir, en calquera caso, unha invasión de competencias autonómicas, pola vía do emprego de formas alternativas baseadas en acordos entre Administracións autonómicas e mailo Estado.

Finalmente, expón a posibilidade, máis constitucional ó seu xuízo cá presente, de englobar as medidas de protección do dominio público contidas na Lei de Costas nunha Lei de base de protección do medio ambiente, para o cal o Estado ten competencia exclusiva de acordo co art. 149.1.23 CE.

O Sr. BALZA AGUILERA céntrase igualmente na incidencia competencial da Lei de Costas co obxecto de responder ás preguntas de quen debe acometer e por causa de que títulos competenciais, as técnicas demanial e de creación dunha multiplicidade de servidumes e dunha zona de influencia. Todo isto sobre a base dunha interpretación conxunta dos arts. 132.2 e 149.1 CE fronte ás competencias das CC.AA. recollidas no art. 148.1 CE e concretamente nos arts. 10.7, 11.1.b e 43.3 do Estatuto de Autonomía do País Basco.

O eixo central do seu estudio constitúe o contraste entre os principios do estado das Autonomías e os bloques materiais fundamentais nos que se estrutura a Lei, a saber: A definición dos bens que compoñen o dominio público marítimo-terrestre, as limitacións da propiedade sobre os terreos contiguos á beiramar por razóns de protección do dominio público marítimo-terrestre, o emprego deste e as regulacións específicas en materia de portos e vías de transporte, vertidos e obras públicas de interese xeral.

O Sr. ANGULO ERRAZQUIN refírese ás "competencias municipais na Lei de Costas 22/1988 de 28 de xullo" partindo da reiterada doutrina do T.S. que proclama a inclusión dos espazos territoriais do dominio público marítimo-terrestre dentro do Concello coa conseguinte concorrencia de competencias sobre dese espazo físico a cal non impide que a Administración Pública, sexa estatal, autonómica ou local, exerzan as súas respectivas facultades de intervención dentro do marco normativo e delimitador das súas competencias.

A partir dunha minuciosa análise das competencias municipais na Lei de Costas pon sobre a mesa os problemas que pode suscitarlo novo concepto constitucional do dominio público marítimo-terrestre, as servidumes legais e a zona de influencia, o sometemento de todo futuro planeamento territorial e urbanístico do litoral a unha decisiva intervención estatal e a revisión da ordenación actual a fin de axeitala ós criterios da nova Lei.

Isto lévao a concluí-la difícil posición das Corporacións Locais "abocadas a axustar a súa ordenación urbanística a unhas novas disposicións que fragmentan o Concello, limitan gravemente a parte de meirande valor turístico e residencial e imponen unhas graves limitacións de uso e aproveitamento". É por iso que se esixe un especial esforzo de comprensión, adaptación e flexibilidade na aplicación e interpretación das novas normas, tanto pola parte da Administración estatal como da autonómica.

Finalmente, o Sr. MARTÍNEZ ZABALETA, como participante nunha mesa redonda, analiza o problema da "ordenación das praias: as súas zonas de apoio", salientando o cambio que ven de se producir nas últimas décadas sobre as praias hoxe en día enchidas de grandes masas humanas e obxecto de uso e disfrute do máximo interese, polo que está a constituír un equipamento comunitario ou dotación social de primeira orde nos Concellos que contan con estes espazos como zonas de lecer e expansión. De aí a necesidade dun adecuado planeamento para dotar ás praias de equipamentos, servicios e infraestruturas axeitadas á súa utilización racional, todo isto en total coordinación co planeamento urbanístico dos núcleos urbanos, a fin de que exista unha correlación entre oferta praiaera e residencial.

A súa exposición baséase no "estudio sobre dotación de equipamentos en praias de Biscaia", elaborado en 1984 polo Departamento de Acción Territorial e Medio Ambiente da Deputación de Biscaia que, sorprendentemente, viña a coincidir en xeral coas limitacións impostas no Título II da Lei de Costas. Entre outros aspectos, no referido estudio aconsellábase introducir no planeamento o establecemento de zonas de apoio lindeiras coas praias, para servicios e aparcamentos, cun fondo análogo ó daquelas; a delimitación dunha "zona de protección" duns cincocentos metros dende a liña de mar para evitar as pantallas de edificios tan prexudiciais para a costa; e a declaración de espazos protexidos, a planificación de accesos ás praias, a protección de monumentos histórico-artísticos próximos, etc.

Marta García Pérez
Bolseira da EGAP

Miguel Sánchez Morón: *Subvenciones del Estado y Comunidades Autónomas*. Tecnos, Madrid, 1990.

O problema que se analiza na obra que imos comentar, é o que suscitan as medidas de fomento –nomeada e sobranceiramente

subvencións–, outorgadas polo Estado en materia de competencia das CC.AA., ben a particulares e empresas, ben a outros entes públicos radicados no territorio de aquelas –caso das CC.LL. Dende logo, nun Estado prestacional coma no que hoxe vivimos, este non é un problema cativo, tanto pola importancia cuantitativa dos recursos que estas axudas movilizan, canto pola súa sona política –dende logo que ós poderes públicos nun Estado composto non lles é indiferente cal deles apareza coma outorgante da subvención– e xurídico, por canto é unha vía certa de limitar e baleirar as competencias que ás CC.AA. se lle recoñecen no bloque da constitucionalidade.

O presente traballo de M. Sánchez Morón, moi posiblemente froito da súa estada como Letrado no Tribunal Constitucional español, ten o acerto de incidir no tema, un dos menos acabados do deseño do Estado das autonomías, cal é o da incidencia da acción de incentivo do Estado, entendido este na súa acepción máis estricte como Estado central, no sistema de reparto de competencias que se deriva do bloque da constitucionalidade.

A estrutura do libro é sinxela e clásica: tras dunha primeira parte introductoria ("**El Problema**"), centrada na exposición de temas xerais –os termos no que a cuestión que dá título ó traballo se amosa en Estados descentralizados de maior tradición, é dicir, os EUA, a RFA, a Suiza, Austria e Italia, e no propio Estado español; temas xerais de interpretación e xurisdicción constitucionais, especialmente no concernente ó Estado autonómico, incidindo nos seus principios estruturais –unidade, autonomía e solidariedade, alén dos de igualdade, descentralización e eficacia administrativa– e de relación entre o Estado e as CC.AA. –coordinación e cooperación–, no que xa ven sendo unha constante en calquera estudos que dalgunha maneira se refiran á ordenación territorial do Estado. Na segunda parte ("**Las Sentencias**") faise un percorrido polas sentencias constitucionais referidas ás subvencións estatais en materias de competencia das CC.AA., coa excepción da primeira delas –a S.TC

39/82 de 30 de xuño—, referida a un programa de subvencións establecido polo Goberno basco, mais na que se adianta a doutrina constitucional sobre a potestade de gasto público, reiteradísima despois en sentencias posteriores. Finalmente, remata a obra cunhas **conclusiones** nas que se resume a doutrina constitucional sobre os diferentes aspectos examinados, é dicir, sobre a potestade de gasto público ou competencia subvencional, sobre o establecemento e regulación desas medidas de fomento establecidas polo Estado, sobre o alcance que en cada caso acaden as competencias básicas nas que o Estado se abeira para o outorgamento das axudas, o principio xeral de xestión autonómica das mesmas, previo o reparto dos fondos entre as CC.AA. competentes conforme a criterios obxectivos ou a convenios das mesmas e as súas excepcións e finalmente, coma peche do sistema así deseñado, o deber de información das CC.AA. ao Estado sobre a xestión das subvencións financiadas con fondos estatais.

En definitiva pois, unha estrutura e unha exposición sen atranco de ningunha especie, para un contido que, certamente, non engade nada fóra do xa dito polo TC español. Entende así o autor que na materia analizada, o Tribunal realiza *“unha función creativa de Dereito paso a paso, até perfilar con detalle unha doutrina obxectiva de xeral aplicación a supostos que gardan entre si unha certa semellanza temática. Tivo en conta as circunstancias de cada caso concreto. Mais, agás excepción, non caeu no simples e puro casuísmo”* (páx. 193). O que acontece é que, á máis de non ser este entendemento amplamente compartido na doutrina —M. Medina Guerrero, nun traballo anterior publicado no nº 30 da REDC e titulado “La incidencia del poder de gasto estatal en el ejercicio de las competencias autonómicas”, sostén xustamente o contrario—, tamén non é certo, ó meu ver, partindo dunha análise non só da fundamentación xurídica, senón tamén das decisións do TC en cada caso concreto: neste nivel o casuísmo, e aínda máis, a incoherencia, é manifesto, como ben se patentiza, para quen estea interesado, na S.TC 146/86 de 25 de novembro —que o propio autor

recoñece que é sen dúbida a máis polémica das dictadas polo TC na materia (páx. 131)— e se denuncia no voto particular formulado á mesma polo Maxistrado Leguina Villa. Mais non é tampouco o único caso de incoherencia: ¿Que acontece senón coa S.TC 29/86 de 20 de febreiro, na que o TC —e aquí si que temos un bon exemplo de creación xurídica— interpreta de forma diferente a “planificación da actividade económica xeral” do art. 131 CE e a “planificación xeral da actividade económica” do art. 149.1º.13ª CE, contra do parecer da maioría da doutrina e dos propios antecedentes de que nos fornecen as discusións da Constitución?

Xa que logo, non nos atopamos diante dunha doutrina constitucional consolidada, sempre ó noso ver, pois, alén do dito, deixa á parte temas trascendentais, ben que non suscitadas polas CC.AA., e que de se resolver botarían abaixo toda esta construción xurisprudencial: ¿cal é o título do Estado para ter centralizados nos seus orzamentos uns fondos que, de acordo co principio de autonomía financeira deberían de lles corresponder directamente ás CC.AA.? A febleza dos invocados polo TC, competencias básicas que chegan a admitir unha regulación detalladísima e mesmo a xestión en determinados aspectos, sinaladamente no do pagamento, é clara, así como tamén o é a importancia política de que eses fondos se lles atribúan ás CC.AA. condicionadamente: simplemente impídese que sexan capaces de formular políticas cunha substantividade propia —velaí o cerne mesmo da autonomía—, en materias da súa competencia, mesmo exclusiva.

Carlos Ignacio Aymerich Cano
Bolseiro do MEC

Moreno Pérez, J. L. e Vida Soria, J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos.* M.A.P., 1991.

Céntrase o presente libro nunha excepción ó art. 48 do Tratado da Comunidade

Europea (T.C.E.E.), que prevé a libre circulación de traballadores no interior da Comunidade. En concreto, no nº 4 dese artigo establécese que o principio non será aplicable "ós empregos da Administración Pública". Ó longo das páxinas desta monografía, os autores delimitan o contido de semellante excepción, a súa incidencia segundo os empregados públicos de que se trate, e a posición das institucións comunitarias neste respecto, de xeito que a materia é abordada tanto desde a perspectiva do dereito interno como do dereito comunitario.

A primeira parte da obra dedícase a un estudo xeral do art. 48.4 T.C.E.E., que ten que se considerar unha reserva de soberanía estatal, non xustificable por razóns económicas, senón de carácter preeminente político. Polo cal, o seu fundamento haino que buscar na salvagarda das funcións e actividades públicas consideradas como relevantes para a conservación da soberanía limitada recoñecida hoxe en día a cada un dos Estados integrantes da Comunidade. Así explicada, a norma non debe incluí-las actividades administrativas de xestión e servicios, que non implican o exercicio do seu *imperium*, e reservarse a aquelas persoas calificables de "autoridade pública" no sentido de detentar un poder de dirección ou ordenación e de carrexar cunha responsabilidade de garda dos intereses xerais dos Estados. En xeral, e en canto que excepción, ten que se aplicar restrictivamente, e, a partir deste criterio, analizar caso por caso se o suposto concreto se debe de entender como de autoridade pública. Noutra orde de cousas, a limitación nos empregos da Administración Pública da libre circulación refírese, en calquera caso, ó acceso á mesma, e así non caben discriminacións dos estranxeiros unha vez que fosen aceptados nun emprego público.

Na segunda parte, os autores refírense xa en concreto á condición da nacionalidade no acceso do persoal ós empregos do sector público español. A respecto disto, pártese dunha cualificación da diversidade de relacións entre a Administración e o seu persoal (dun lado, os funcionarios de carreira,

funcionarios interinos e relacións estatutarias particulares, vinculados por un acto administrativo de sometemento, e doutro, os contratados administrativos e laborais, e tamén os obrigados por un contrato civil e mercantil de duración determinada). En principio, e como regra xeral, ós funcionarios e afíns esixiráselles a condición de nacionalidade española, ocorrendo o contrario cos non-funcionarios. Nos textos normativos e nas elaboracións xurisprudenciais tense entendido a nacionalidade como requisito subxectivo para poder adquirir e posuí-la condición xurídica de funcionario público. De feito, o art. 23.2 Const., nin sequera sistematicamente, pode interpretarse no sentido de reservar en exclusiva ós nacionais españois a condición de funcionarios, pero esta condición si se esixe, no canto, na Lei de Funcionarios Cívís do Estado, na Lei de Bases de Réxime Local, e, en xeral, nas leis de funcionarios das diversas Comunidades Autónomas, entendéndose que tales disposicións afectan tamén ós interinos. Co cal, e dado que non se revisou a conveniencia da mesma no que respecta ó persoal funcionario que non exerce funcións de autoridade pública, a estes se lles aplicará do mesmo xeito, consecuencia, *de lege ferenda*, moi discutible, sendo preferible a interpretación restrictiva da reserva de nacionalidade. Sen embargo, a Lei Orgánica 7/1985 sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España di que "os estranxeiros non poderán...acceder ó desempeño dos cargos públicos ou que impliquen exercicio de autoridade", pero non os exclúe de calquera función pública.

No que atinxe ó persoal non funcionario, a regra xeral é a non esixencia da nacionalidade española, tanto para os contratados administrativos como para os laborais. Respecto dos primeiros, as matizacións son diversas: ó persoal directivo dos Organismos Autónomos si se lles esixe, pero non ó persoal que ocupa traballos non permanentes na Administración do Estado, da Seguridade Social, dos Organismos Autónomos ou da Administración Local. En canto ó persoal laboral, dificilmente exercerá funcións que impliquen autoridade pública, e a súa situación non difire substancialmente da

dos contratados no sector privado. Coherentemente, o Acordo Marco para o persoal laboral da Administración Civil do Estado, os seus Organismos Autónomos e da Administración da Seguridade Social de 1986 non contempla o requisito da nacionalidade. Non obstante, hai que ter en conta que en ocasións por normas de rango inferior (caso de Decretos e Ordes) e tamén ás veces por convenios colectivos esíxese a nacionalidade dos empregados da Administración neste caso, constatación grave ó abeiro do art. 48.4 T.C.E.E.

Remata a segunda parte do libro cun estudo específico por sectores e organismos públicos e semipúblicos sobre a condición da nacionalidade: establecementos e organismos de transporte, que xestionan os servizos de distribución de auga, gas e electricidade, de comunicación, de servizos de saúde, de ensino, e de investigación para fins civís.

Para completa-la obra, a terceira parte dedícase á posición das institucións comunitarias sobre o particular. Neste eido, a Comisión pretende garanti-la liberdade dos cidadáns comunitarios para o acceso ós empregos que forman parte da Administración Pública de Estados membros que, na súa opinión, non teñen que se beneficiar da excepción á libre circulación de traballadores establecida polo nº 4 do art. 48. Polo cal, decidiu emprender unha acción sistemática para elimina-las restriccións por razón de nacionalidade que impiden tal acceso,

acción coordinada con outras políticas comunitarias, como a de mobilidade de investigadores europeos (programa SCIENCE) e de estudantes (programa ERASMUS). Pola súa banda, o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas ven insistindo nos seus *dicta* na necesidade de interpretar restrictivamente o art. 48.4. A Comisión entende aplicable a excepción para colectividades como as forzas armadas, a policía, a maxistratura, a administración fiscal, e a diplomacia, pero non, vg., ós organismos responsables da xestión dun servizo comercial, ós servizos operativos de saúde pública, ó ensino en centros públicos ou á investigación civil. Cómpre resaltar que os cidadáns da Comunidade non só poden presentar á Comisión reclamacións relativas ás situacións conflictivas que padezan, senón que tamén poden recorrer perante as xurisdicións nacionais dos Estados membros se consideran que o rexeitamento da súa candidatura para un emprego do sector público é incompatible coas normas comunitarias de libre circulación, en virtude da aplicabilidade directa do art. 48.4.

Como colofón, a monografía contén unha serie de sentencias do Tribunal de Xusticia das Comunidades Europeas en aplicación da libre circulación de traballadores e a excepción relativa ós empregos da función pública.

Jaime Cabeza Pereiro
Bolseiro do MEC

P.V.P.: 1.000 Ptas.



CONSELLERÍA DA PRESIDENCIA
E ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESCOLA GALEGA
DE ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA